

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

Mariana Costa Martoni

**TRANSMISSÃO DE BENS DIGITAIS *INTER VIVOS*: um estudo acerca da
possibilidade jurídica e da lacuna legislativa brasileira**

Belo Horizonte

2023

Mariana Costa Martoni

**TRANSMISSÃO DE BENS DIGITAIS *INTER VIVOS*: um estudo acerca da
possibilidade jurídica e da lacuna legislativa brasileira**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientadora: Professora Dra. Taisa Maria Macena de Lima

Área de Concentração: Democracia, Autonomia Privada e Regulação

Belo Horizonte

2023

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

M387t Martoni, Mariana Costa
Transmissão de bens digitais *inter vivos*: um estudo acerca da possibilidade jurídica e da lacuna legislativa brasileira / Mariana Costa Martoni. Belo Horizonte, 2023.
163 f. : il.

Orientadora: Taisa Maria Macena de Lima
Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito

1. Bens incorpóreos - Aspectos jurídicos. 2. Patrimônio digital - Aspectos jurídicos. 3. Direitos da personalidade e Internet - Doutrinas e controvérsias. 4. Autonomia da vontade. 5. Autonomia privada. 6. Herança (direito das sucessões). 7. Internet - Aspectos jurídicos. 8. Contrato eletrônico. I. Lima, Taisa Maria Macena de. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 347.78

Mariana Costa Martoni

**TRANSMISSÃO DE BENS DIGITAIS *INTER VIVOS*: um estudo acerca da
possibilidade jurídica e da lacuna legislativa brasileira**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Democracia, Autonomia Privada e Regulação

Taisa Maria Macena de Lima - (Orientadora) PUC Minas

Bruno Torquato Zampier Lacerda - Faculdade Supremo IDDE – BH - Banca Examinadora

Leonardo Macedo Poli - PUC Minas - Banca Examinadora

Belo Horizonte, 10 de março de 2023.

Ao Senhor Jesus, que é a fonte de salvação.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, em primeiro lugar, a Deus. Agradeço a Ele por ser um Deus misericordioso e bondoso que se importa comigo e cuida tão bem de mim. Cada vez mais percebo que a bondade e a fidelidade de Deus me acompanham diariamente. Sou grata pelo fato de Ele me sustentar, até nos momentos em que não percebo, por ser um Deus Pai, zeloso, paciente, que me instrui e disciplina quando necessário. Palavras serão sempre insuficientes para demonstrar o meu amor e gratidão por Ele. Não só pelo Deus Pai mas, também, pelo Deus Filho, Jesus, e pelo Espírito Santo, que está sempre comigo. As minhas palavras serão sempre insuficientes e o meu amor será sempre muito pequeno perto de tudo o que tem sido feito em mim e em minha vida e, principalmente, por tudo o que já foi feito.

Agradeço também ao Senhor por demonstrar o seu cuidado por mim através das pessoas que Ele coloca em minha vida. Agradeço pela minha família: por todo o suporte e carinho que recebi nesses anos de mestrado (e em toda minha vida).

Aos meus amigos, pela companhia, pelos conselhos, por cada oração.

À minha orientadora Taisa, por cada reunião, por cada palavra dita nesses últimos dois anos: tanto as que tiveram como finalidade ensinar sobre Direito Civil quanto pelas que tiveram como objetivo dar ânimo e esperança.

*“Tudo o que fizerem, façam de todo o coração, como para o Senhor, e não para os
homens” (Colossenses 3:23)*

RESUMO

O presente trabalho busca investigar a possibilidade jurídica da transmissão de bens digitais *inter vivos*. Tal pesquisa se justifica pelo fato de que cada vez mais as pessoas adquirem para si ativos digitais, que muitas vezes representam vultosos gastos econômicos, e não podem dar uma destinação a eles devido ao fato de o contrato de adesão celebrado com a plataforma dispor que o consumidor (ou usuário) não possui a propriedade daquele bem. Assim, busca-se compreender se tais cláusulas impeditivas são justas ou se são abusivas e, portanto, nulas de pleno direito. A última hipótese é a defendida. Percebe-se que há uma discrepância entre a realidade vivenciada pelas pessoas que adquirem determinados bens digitais (como influenciadores digitais que têm perfis – como o Instagram – ou canais no Youtube com muitos seguidores) e aquilo que está disposto nos contratos de adesão eletrônicos. Dessa forma, tendo embasamento nas pesquisas nacionais e internacionais, na legislação estadunidense e europeia sobre o tema, bem como levando-se em conta a função social dos bens digitais, conclui-se pela possibilidade jurídica da transmissão desses ativos, acompanhada por um respaldo tecnológico (evitando uma multiplicação desenfreada, o que representaria um desrespeito aos direitos autorais) e jurídico (representado por um estatuto próprio para a matéria). Dessa forma, resguarda-se tanto os direitos dos autores das obras, quando for o caso, quanto o direito do consumidor bem como o de grandes organizações.

Palavras-chave: Bens Digitais; Contrato; Autonomia Privada; Autonomia Digital; Regulação

ABSTRACT

The present work seeks to investigate the legal possibility of transmitting digital assets by contract. Such research is justified by the fact that more and more people acquire digital assets for themselves, which often represent huge economic expenses, and cannot allocate them due to the fact that the adhesion contract entered into with the platform provides that the consumer (or user) does not own the good. Thus, we seek to understand whether such impeding clauses are fair or whether they are abusive and, therefore, null and void. The last hypothesis is defended. It is noticed that there is a discrepancy between the reality experienced by people who purchase certain digital assets (such as digital influencers who have profiles like Instagram - or YouTube channels with many followers) and what is provided in terms-of-service agreement (TOSA). Thus, based on national and international research, US and European law on the subject, as well as taking into account the social function of digital assets, it is concluded that there is a legal possibility of transmitting these assets, accompanied by technological support (avoiding an unbridled multiplication, which would represent disrespect for copyright) and legal (represented by a statute specific to the matter). In this way, both the rights are protect: of the authors of the works, and the rights of the consumer, such as well as those of larg organizations.

Keywords: Digital Assets; Contract; Private Autonomy, Digital Autonomy; Regulation

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

B2B	Business-to-business
B2C	Business-to-consumer
BGH	Bundesgerichtshof
C2C	Consumer to Consumer
CC	Código Civil
CDC	Código de Defesa do Consumidor
DEPREG	New Data Protection Regulation
ELI	European Law Institute
FGV	Fundação Getúlio Vargas
LGPD	Lei Geral de Proteção de Dados
LMCE	Lei Modelo sobre Comércio Eletrônico
NCCUSL	National Conference of Commissioners on Uniform State Laws
NFT	Non-fungible Token
P2P	Peer-to-Peer
RUFADAA	Revised Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act
STJ	Superior Tribunal de Justiça
UFADAA	Uniform Fiduciary Access to Digital Access Act
ULC	Uniform Law Commission
UNCITRAL	Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional
UNECIC	Convenção das Nações Unidas sobre o Uso de Comunicações Eletrônicas em Contratos Internacionais

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	12
2	CONCEITO JURIDICO DE BENS DIGITAIS.....	16
2.1	Bens digitais objeto de estudo	25
2.1.1	<i>E-book</i>	26
2.1.2	<i>Músicas digitais</i>	26
2.1.3	<i>Milhas aéreas</i>	26
2.1.4	<i>Jogos online</i>	27
2.1.5	<i>Canal no Youtube</i>	27
2.1.6	<i>Perfil no Instagram com milhões de seguidores</i>	29
2.1.7	<i>Criptomoedas</i>	29
2.1.8	<i>NFT's</i>	31
3	PROPRIEDADE DE BENS IMATERIAIS	33
3.1	Conceito.....	33
3.2	Função Social	42
4	AUTONOMIA DIGITAL	48
4.1	Conceito.....	48
4.2	Grau de autonomia digital de um proprietário de um bem digital patrimonial e patrimonial-existencial.....	56
4.2.1	<i>Termos de uso: e-book</i>	60
4.2.2	<i>Termos de uso: músicas digitais</i>	61
4.2.3	<i>Termos de uso: milhas aéreas</i>	64
4.2.4	<i>Termos de uso: jogos online</i>	65
4.2.5	<i>Termos de uso: canal no YouTube</i>	67
4.2.6	<i>Termos de uso: instagram</i>	69
4.3	Consumidor Digital	71
4.4	Direitos Autorais	81
5	TRANSMISSÃO DE BENS DIGITAIS	89
5.1	<i>Mortis causa</i>	89
5.1.1	<i>Herança digital na Alemanha</i>	96
5.2	<i>Inter vivos</i>	98
5.2.1	<i>Relação obrigacional e análise contratual</i>	99
5.2.2	<i>Análise fática</i>	104
5.3	Jurisprudência brasileira	114
6	ESTATUTO	122
6.1	Legislação - Direito estrangeiro	122
6.1.1	<i>Estados Unidos da América</i>	122
6.1.2	<i>Europa</i>	126
6.2	Legislação - Direito brasileiro	132
6.2.1	<i>Posicionamento doutrinário</i>	139

7 CONCLUSÃO150

REFERÊNCIAS154

1 INTRODUÇÃO

Cada vez mais as pessoas têm consumido e adquirido bens digitais, tenham eles caráter patrimonial, existencial ou patrimonial-existencial. O conceito de bem digital é traçado pela doutrina e, até então, não possui respaldo legislativo. Entretanto, essa ausência legislativa não minimiza a sua relevância e o seu crescente papel na vida das pessoas. É fácil verificar a veracidade dessa última informação quando se percebe que cada vez mais as pessoas adquirem e-books, acessam plataformas de mídias digitais (como o YouTube, o Instagram e o Spotify), acumulam para si milhas aéreas, dentre tantos outros exemplos.

Logo, o cenário em que as pessoas do século XXI estão inseridas é intensamente marcado pelo contexto digital. A realidade analógica, caracterizada pelos livros físicos, fotos impressas, CDs e DVDs coexiste e até perde espaço para a realidade marcada pelos bens digitais. O contexto eletrônico se transforma em uma velocidade muito superior à dos bens físicos. Assim, diante desse cenário, não é difícil compreender que, cada vez mais, os bens digitais também ganham relevância no contexto jurídico e econômico.

Dessa forma, nesta dissertação serão abordados os bens digitais de caráter patrimonial e os de caráter patrimonial-existencial, pretendendo-se estudar os e-books, músicas em plataformas digitais, milhas aéreas, canal no YouTube cujo número de acessos possibilite um rendimento aos seus titulares, perfil no Instagram com milhões de seguidores, os jogos online, as criptomoedas e os NFT's.

Diante dessa nova realidade, alguns questionamentos surgem: uma pessoa que tem um bem digital patrimonial é proprietária dele? Ou ela tem apenas uma licença de uso? Se considerada proprietária ela teria direito a todos os atributos inerentes ao direito de propriedade: usar, gozar, dispor e reivindicar? As cláusulas dos termos de uso que proíbem a transmissão desses ativos patrimoniais são abusivas e, assim, devem ser consideradas nulas? Para responder a esses e outros questionamentos se faz necessário analisar o conteúdo dos contratos eletrônicos (termos de usos) de cada um desses ativos. Haverá um capítulo destinado a essa finalidade.

Observar o raciocínio que originou esses questionamentos será útil para compreendê-los e até mesmo para originar novas indagações. Antes do surgimento da internet (e até mesmo após o seu surgimento, no início dessa nova realidade) muitas pessoas investiam certos valores econômicos para adquirir um livro (bem material) sobre determinada disciplina para serem aprovadas em um vestibular e fazer uma graduação em direito, por exemplo. Suponha que ela tenha investido cerca de R\$80,00 para a aquisição do livro. Só que para fazer uma prova de

vestibular o candidato deve estudar não apenas uma matéria, mas cerca de outras 9. Então, durante o último ano do Ensino Médio ela gasta, em média, R\$800,00 só em material didático. Felizmente ela passa no vestibular e ingressa na graduação, na qual não terá mais que estudar essas matérias. O que fazer com esses livros físicos?

Ela pode repassá-los a um primo (contrato de doação), vendê-los a uma pessoa que está no Ensino Médio (contrato de compra e venda) ou até mesmo emprestá-los. Os R\$800 gastos inicialmente no contrato oneroso celebrado com a livraria, de certa forma, continuam circulando. Ela deu à livraria um valor de R\$800 e recebeu 10 livros (que, para o adquirente, têm esse mesmo valor). Como proprietária ela teve autonomia para decidir o que fazer com os seus bens. Mas, como já mencionado, atualmente, e cada vez mais, as pessoas têm adquirido livros eletrônicos ao invés dos físicos.

Assim sendo, se essa pessoa, durante os cinco anos do curso de direito, gasta cerca de R\$ 4.000 em e-books de Direito Civil, Direito Empresarial, Direito Econômico, Direito do Trabalho, Direito Penal, Direito Tributário, Filosofia, dentre tantas outras matérias, e, ao se formar e passar no exame da OAB, decide abrir um escritório para atuar na área Contratual do Direito Civil (não necessitando, portanto, de livros de Direito Penal ou Administrativo), seria justo que ela não possa, de alguma forma, reaver esse valor gasto inicialmente, como fez ao ser aprovada na graduação? Ou ainda dar uma destinação a esse material adquirido ao longo dos anos?

Ao realizar a indagação sobre a justiça se faz necessário realizar um adendo. Deve-se compreender que ao abordar o conceito de justiça, pode-se fazê-lo em dois níveis: em um em que se realiza um juízo de legalidade, no qual é feita uma análise com base no ordenamento jurídico e em outro no qual se analisa os valores que motivaram o legislador a criar determinada norma. Assim, no primeiro nível (da dogmática) o conceito de justiça é traçado a partir de indagações como: as cláusulas dos contratos de adesão eletrônicos representam atos ilícitos, conforme dispõe o artigo 187¹ do Código Civil (CC), e por isso e em consonância com o artigo 51² do Código de Defesa do Consumidor (CDC), são tidas como nulas e, conseqüentemente, são consideradas injustas? Já no segundo nível (o da valoração) a análise não se sustenta, de forma substancial, nos artigos de leis que compõem o ordenamento jurídico. Busca-se

¹ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. (BRASIL [2022b])

² Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:
(...) IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade; (BRASIL, [2021a])

compreender se prevalece a justiça ou a injustiça com base nos valores inspiradores da política. Assim, a escolha legislativa pela ausência de um estatuto regulando os bens digitais beneficia a quem: os consumidores ou as grandes organizações? Considerando a vulnerabilidade característica dos consumidores essa ausência legislativa corrobora para a existência de injustiça nestas relações jurídicas?

Retomando a situação hipotética, da pessoa que se gradua em direito, é necessário que se compreenda alguns pontos importantes para que se valide o exemplo dado. O primeiro deles é de que a aquisição de bens digitais, sobretudo os e-books, é uma realidade cada vez mais presente. Essa informação se sustenta no fato de que os e-books apresentam diversas vantagens se comparados aos livros físicos: o seu proprietário consegue levar vários sem se preocupar com o peso (uma pessoa que quer levar a coleção completa dos livros de Direito Civil dos autores Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald o consegue fazer sem grandes dificuldades em se tratando de e-books, bastando levar seu aparelho Kindle que pesa menos de meio quilo, bem diferente da realidade de quem quer fazer com os livros físicos dos mesmos autores que certamente deverá carregar um peso muito maior), não há a preocupação com o espaço que o material irá ocupar, há vantagens ecológicas, dentre tantas outras. Muitos são os fatores que levam uma pessoa a escolher comprar um e-book ao invés de um livro físico, o que o torna cada vez mais presente na vida dos adquirentes de livros. Ressalta-se que não são apenas os fatores econômicos que direcionam essa escolha (uma vez que há e-books que possuem um valor menor do que o do livro físico, mas há outros em que os valores se equiparam e em determinados casos até ultrapassam). Então, se esses questionamentos surgem hoje, eles tendem a ganhar cada vez mais força com o passar dos anos em que a necessidade de se ter uma maior autonomia na esfera digital será cada vez mais notória.

Esse mesmo raciocínio pode ser aplicado para outros bens digitais patrimoniais que estão presentes no nosso cotidiano e que certamente estarão cada vez mais presentes. Um ponto que já vem sendo discutido na academia é sobre a possibilidade da transmissão de bens digitais após a morte. Além dessa discussão, proponho o estudo sobre a possibilidade da transmissão desses ativos *inter vivos*, por meio de contratos de compra e venda, doação, comodato ou até mesmo locação. Sobre esse assunto, autores como Bruno Zampier Lacerda defendem esse posicionamento. Atualmente, a transmissão está condicionada ao disposto nos termos de uso.

Desta forma, o problema a ser respondido ao longo da pesquisa pode ser definido como: juridicamente é possível que um bem digital seja o objeto mediato de um contrato? Em outras palavras, entende-se que a impossibilidade da transmissão de bens digitais patrimoniais não é justificável juridicamente e pode ser considerada como uma cláusula abusiva, constante nos

termos de uso, para os adquirentes desses ativos.

Como hipótese tem-se que o ordenamento jurídico brasileiro deve se adequar a essa nova realidade em que a população está inserida, criando um estatuto para os bens digitais. Nesse estatuto deve-se regular e garantir a possibilidade que bens digitais patrimoniais integrem o objeto mediato de uma obrigação, respeitando as particularidades de cada bem digital, uma vez que, juridicamente, não há argumento que sustente a intransmissibilidade desses ativos.

Para confirmar, ou refutar, tal hipótese será feita uma pesquisa de caráter bibliográfico e documental, analisando-se o disciplinado pela doutrina nacional bem como internacional. Assim o estudo será segmentado nos seguintes capítulos: no capítulo dois, deve-se compreender a natureza jurídica de um bem digital. O que é um bem digital no contexto nacional (através do posicionamento doutrinário e legislativo) bem como o tema tem sido compreendido no contexto internacional. Posteriormente, será realizado um estudo sobre a relação do sujeito com o objeto: é juridicamente possível compreender um bem digital como objeto de um direito de propriedade? Em seguida, no quarto capítulo, será feita uma análise do instrumento jurídico que une o sujeito ao objeto, estudando-se os contratos eletrônicos que regem essas novas relações jurídicas. Depois, será feito um estudo acerca da possibilidade (ou não) de se realizar a transmissão de bens digitais tanto *mortis causa* quanto *inter vivos*. Por fim, no capítulo seis, após compreender tais pontos, será feito um estudo sobre a possível necessidade de se ter um estatuto disciplinando os bens digitais.

2 CONCEITO JURIDICO DE BENS DIGITAIS

A população brasileira está cada vez mais inserida em um contexto digital. Em pesquisa realizada em 2020 pela FGV (FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS, 2020) verificou-se que há, só no Brasil, cerca de 424 milhões de dispositivos digitais, como tablets, celulares, notebooks e computadores em uso. Patrícia Pinheiro (2021) retrata o fato de que um lar de classe média possui cerca de 200 chips eletrônicos (incluindo, nessa somatória, aparelhos eletrodomésticos como micro-ondas, máquinas de lavar e geladeiras). Devido aos grandes avanços e transformações tecnológicas que estamos inseridos, a autora afirma que não é de se espantar que em poucos anos esses dispositivos estejam interligados entre si e pela internet (imaginando-se um cenário no qual a geladeira realiza o pedido de alimentos que estão faltando ou acabando por um aplicativo próprio). Em relação ao número de smartphones a população brasileira conta com 234 milhões de aparelhos em uso, em se tratando de uma população de cerca de 211 milhões de habitantes (CONSELHO DE ARQUITETURA E URBANISMO DO RIO DE JANEIRO, 2020). Ou seja, há mais dispositivos móveis (só considerando os celulares) do que seres humanos no país. Essa nova realidade faz surgir novas preocupações para o direito, como é o caso dos bens digitais. Assim, é necessário primeiro compreender o conceito de bens digitais para que então seja possível discutir outros aspectos jurídicos que os envolvem.

Para que se compreenda o conceito do termo bens digitais, também conhecidos como bens tecnodigitais, é necessário que se faça uma investigação na doutrina brasileira e estrangeira, bem como na legislação estrangeira. O tema não pode ser compreendido através da legislação nacional já que ainda não há regulação que trate sobre o assunto no Brasil.

Um primeiro ponto a se refletir é: por que se trata de “bens digitais” e não de “coisas digitais”? A doutrina nacional já consagrou a primeira expressão e isso se deve a diversos fatores. Em primeiro plano devido ao fato de que, segundo o entendimento de autores como Gomes (2019) ao se referir aos bens, remete-se a um termo amplo, no qual abarcaria tanto as questões patrimoniais quanto as existenciais e as que são, simultaneamente, patrimoniais e existenciais. Bem seria uma categoria mais ampla (gênero) ao passo que coisa seria uma mais restrita (espécie). “A noção de bem compreende o que pode ser objeto de direito sem valor econômico, enquanto a de coisa restringe-se às utilidades patrimoniais, isto é, as que possuem valor pecuniário.” (GOMES, 2019, p. 147).

De acordo com o autor Gomes (2019), ainda que bem seja uma classificação mais abrangente, nem toda coisa será um bem e vice-versa. Os direitos e as prestações, por exemplo, são bens mas não são coisas. Além disso, o vocábulo “coisa” restringe-se aos objetos corpóreos

que possuam apreciação econômica. Assim, o autor ensina que “a noção de coisa é mais vasta do que a de bem, pois há coisas que não são bens, por não interessarem ao Direito, como a luz, o ar, a água do mar. Do mesmo modo, há bens que não são coisas, como os direitos e as prestações.” (GOMES, 2019, p. 147)

Não se deve esquecer que como ensina Lacerda (2016) esse entendimento (de que “bem” é gênero em que “coisa” é espécie) não é unânime, existindo autores que divergem desse posicionamento.

Vê-se que coisa seria um conceito então ligado à noção de substância, algo fisicamente delimitado, existente no mundo da natureza e que pode vir a repercutir no mundo jurídico. Seguindo-se esta linha, em que pese haver divergência doutrinária a respeito, coisa seria um gênero e bem um de suas espécies (LACERDA, 2016, p. 61).

Autores como Amaral (2018) classificam “coisas” como gênero, já que elas abarcam fenômenos não jurídicos e “bens” como uma de suas espécies já que se restringem a situações pertinentes ao direito:

A utilidade e a possibilidade de apropriação conferem valor às coisas, transformando-as em bens. (...) Bem é tudo aquilo que tem valor e que, por isso, entra no mundo jurídico, como objeto de direito. O bem é, assim, jurídico, quando se considera útil para o titular do direito ou da situação jurídica subjetiva. (...) A noção de coisa liga-se, primariamente, à de substância. (...) Coisa é gênero, bem é espécie, embora haja divergência doutrinária quanto a esta distinção (AMARAL, 2018, p. 425).

Assim entende-se que entre os doutrinadores do direito civil não há um entendimento unânime no que diz respeito ao conceito de bem e coisa, mais especificamente, qual das duas categorias corresponderia a um gênero e qual seria a espécie. Autores clássicos como Orlando Gomes (2019) entendem que bem é gênero pois dizem respeito a objetos que possuem valoração econômica e àqueles que não a possuem, sendo “coisa” restrita a objetos que possuem valoração econômica.

Caio Mário, ao distinguir bem e coisa explica que pode fazer esta distinção em sentido lato e restrito. Do ponto de vista lato, Pereira (2020) explica que bem jurídico é tudo aquilo que pode integrar o patrimônio de uma pessoa e que por isso deve ser tutelado pelo ordenamento jurídico (como um imóvel) acrescido de outros direitos que não são apreciáveis economicamente, mas que, assim como aqueles, devem ser resguardados pelo ordenamento jurídico (como o estado de filiação ou o direito ao nome). Do ponto de vista restrito a distinção concentra na materialidade: coisa seriam tangíveis (como uma casa ou um livro) ao passo que os bens seriam intangíveis (como o direito ao crédito). O autor assim escreve:

Uma casa, um animal de tração são coisas, porque concretizado cada um em uma unidade material e objetiva, distinta de qualquer outra. Um direito de crédito, uma faculdade, embora defensável pelos remédios jurídicos postos à disposição do sujeito em caso de lesão, diz-se, com maior precisão, ser um bem. Sob o aspecto de sua materialidade é que se faz a distinção entre a coisa e o bem. Mas nem tudo que é corpóreo e material é coisa: o corpo humano não é, apesar de sua materialidade, porque o ser humano é sujeito dos direitos, e não é possível separar a pessoa humana, dotada do requisito da personalidade, de seu próprio corpo (PEREIRA, 2020, p. 341).

Assim, em que pese haver divergências no tocante ao conceito, como pontua Lacerda (2016), entende-se que o ordenamento jurídico brasileiro, no Código Civil de 2002, ao tratar do tema, utiliza a terminologia “bem” como sendo mais ampla, em relação à terminologia “coisa”. Ademais, como pontuado inicialmente, autores nacionais têm tratado o tema como “bens digitais” e não como “coisas digitais” e portanto, essa também será a terminologia empregada neste estudo.

Almeida, J. (2017) ensina que os bens digitais podem ser compreendidos como bens imateriais que correspondem aos diversos registros realizados no ambiente virtual.

Países da common law, tais como Estados Unidos e Reino Unido, têm definido os bens digitais - digital assets - de forma ampla, incluindo, perfis de redes sociais, email, tweets, base de dados em nuvem, dados de jogos virtuais, senhas de contas, nomes de domínio, icons de contas ou imagens relacionados a avatars, e-books, músicas, imagens, textos digitalizados, entre outras possibilidades (EDWARDS; HARBINJA, 2013 *apud* ALMEIDA, J. 2017, p. 37).

O conceito apresentado pela autora é bastante amplo, assim como o conceito que foi traçado por Cássio Brant que, ao conceituar os bens digitais, se utiliza do vocábulo “propriedade tecnodigital” e o relaciona às variadas formas de tecnologia, apresentando um rol extenso e exemplificativo:

Pode-se dizer que a propriedade tecnodigital abrange atualmente os softwares, os bancos de dados, as obras de multimídia e as transmissões por meio de satélites, cabos, os circuitos integrados e outros sistemas. Obviamente, não se esgotará nesses, sendo rol exemplificativo, pois novas formas de tecnologia serão inseridas na sociedade (BRANT, 2010, p. 51).

Observa-se que o conceito apresentado por Brant é de 2010, já tendo sido aperfeiçoado pela doutrina e estudiosos sobre o tema. O próprio autor já considerava essa possibilidade ao dizer que o rol apresentado por ele é exemplificativo.

Utilizando a mesma linha de pensamento, Bruno Lacerda conceitua-os como sendo “bens incorpóreos, os quais são progressivamente inseridos na Internet por um usuário, consistindo

em informações de caráter pessoal que trazem alguma utilidade àquele, tenha ou não conteúdo econômico” (LACERDA, 2016, p. 73). Eles são, portanto, informações criadas, seja por uma plataforma ou por um usuário deste meio, e que apresenta alguma relevância para a pessoa que a inseriu no contexto digital. Como bem explica o autor, essa relevância pode ser dotada de caráter patrimonial, existencial ou pode conter aspectos tanto patrimoniais quanto existenciais. “Pois bem, quando a informação inserida em rede for capaz de gerar repercussões econômicas imediatas, há que se entender que ela será um bem tecnodigital patrimonial” (LACERDA, 2016, p. 86). Um exemplo dessa categoria de bens digitais são os e-books. Pessoas com o conhecimento sobre um determinado assunto comercializam esse material³ em plataformas digitais, como a Amazon.

Outro exemplo de um bem digital patrimonial e que de certo modo divide opiniões são as roupas virtuais, como o tênis virtual lançado pela Gucci. Seguindo a tendência do guarda-roupas virtual (GRIFE..., 2021) a Gucci disponibilizou à venda um tênis, denominado (BEZERRA, 2021) virtual 25, no valor de U\$12,99 e que só pode ser visto através das redes sociais. Assim, o consumidor adquire um bem imaterial de caráter exclusivamente patrimonial. Será possível imaginar uma venda ou doação de peças virtuais (bens digitais patrimoniais) tal qual acontece com as roupas físicas? Essa indagação será respondida ao longo do trabalho.

De forma inequívoca pode-se concluir que o modelo de riqueza da sociedade atual não é o mesmo percebido pelas sociedades pretéritas, como pontuado: “O modelo de riqueza da Sociedade pós-Digital está baseado em ativos intangíveis, onde, do ponto de vista jurídico, crescem de importância as questões que envolvem a proteção da propriedade intelectual”. (PINHEIRO, 2021, p. 25) Sendo, portanto, inegável a importância dos bens digitais de caráter patrimonial tanto na esfera jurídica quanto na esfera econômica.

Os bens digitais existenciais, por sua vez, são aqueles em que a informação inserida gera alguma utilidade de caráter extrapatrimonial:

O sujeito irá realizar o upload de fotos, vídeos, externar suas emoções, seus pensamentos, suas ideias, sua intimidade, com um número ilimitado de pessoas. Este conjunto de atributos extrapatrimoniais digitalizados ao longo do tempo, formaria a noção de bem tecnodigital existencial (LACERDA, 2016, p. 120).

Assim, dentre os inúmeros exemplos que podem ser listados de bens digitais existenciais, tem-se os tweets, stories e posts de perfis com pouca audiência (ou seguidores). A pessoa que

³ No capítulo 3 será levantada a questão: é possível falar em propriedade de bens digitais? De toda forma, há uma informação sendo veiculada no contexto digital que será transformada em valores econômicos, não restando dúvidas quanto ao caráter patrimonial desse bem digital.

compartilha uma foto, nessas circunstâncias, que não tem o *animus* (e nem a possibilidade – no momento do compartilhamento) de influenciar um grande número de pessoas, não quer vender determinado produto ou serviço, cria um bem digital de caráter existencial. A última informação pode ser entendida através da comparação entre o conceito de um bem digital patrimonial e um bem digital existencial.

O primeiro, como visto, é caracterizado pelo fato de a informação poder ser convertida em valores econômicos de imediato. Um canal no YouTube com nenhum inscrito e cujos vídeos não possuem visualizações não pode ser considerado como um bem digital de caráter patrimonial uma vez que o *upload* do vídeo não se converte em valores econômicos. Neste exemplo, se o vídeo inserido no meio eletrônico apresentar alguma utilidade ao dono do canal do YouTube, esta relevância não será uma relevância de caráter patrimonial. Outro exemplo seria o de um *digital influencer* cujo perfil no Instagram conte com milhões de seguidores e que posta um story de uma árvore florida que viu no caminho de casa para o trabalho. Essa informação, neste momento, não foi postada com o *animus* de conversão patrimonial. Este influenciador quis tão somente externalizar uma boa emoção causada pela árvore que viu. Assim, analisa-se: qual o objetivo ao veicular tal informação no contexto eletrônico? Ela pode repercutir em valores econômicos? Essas indagações auxiliam-nos na classificação adequada dos bens digitais.

Assim, se o indivíduo objetiva tão somente compartilhar os seus sentimentos, anseios, alegrias e medos no contexto digital, será um bem digital de caráter existencial. Uma correlação que pode ser feita é: se na década de 90 e início dos anos 2000 as pessoas tinham álbuns de fotografias, caixas de cartas com lembranças agradáveis bem como cartões postais, agora elas passam a ter essas lembranças em um contexto digital. Outra diferença é que o acesso a esses conteúdos por terceiros ficou, potencialmente, facilitado. Nessa espécie de bem digital, compartilha-se, portanto, informações que não podem ser convertidas em valores econômicos/patrimoniais.

Ao compreender as duas primeiras modalidades e como a maioria dos acontecimentos ocorrem no mundo real, será fácil entender o que são os bens digitais de caráter patrimonial-existencial. Muitas vezes ao estudar ou tentar compreender um determinado tema colocamos em caixinhas, categorizando-os. Entretanto os acontecimentos muitas vezes não se encontram nos extremos, mas em posições intermediárias entre eles. E essa máxima também se aplica aos bens digitais de caráter patrimonial-existencial: não são nem só patrimoniais e nem apenas existenciais. Eles carregam características dessas duas modalidades uma vez que “não poderão ser enquadrados como exclusivamente patrimoniais ou existenciais, navegando por

uma zona cinzenta, numa coluna do meio, entre um e outro.” (LACERDA, 2016, p. 120) Um canal no YouTube com milhões de seguidores em que o dono da conta compartilha suas emoções, crenças e anseios sobre determinado assunto e ao mesmo tempo auferir lucro devido à monetização gerada através das visualizações de sua audiência é um exemplo de um bem digital de caráter patrimonial-existencial.

Nesse mesmo entendimento, Honorato e Leal também dividem a classificação dos bens digitais em patrimoniais, personalíssimos (existenciais) e híbridos (patrimoniais-existenciais):

Tem-se estabelecido na doutrina uma classificação entre bens digitais patrimoniais, personalíssimos ou híbridos, sendo os primeiros aqueles que dotam de conteúdo meramente econômico, como é o caso de bibliotecas digitais e acessórios de jogos virtuais. Por seu turno, os bens digitais personalíssimos seriam aqueles com natureza existencial, como contas de e-mail e WhatsApp, que contêm diversos conteúdos privativos, como fotografias, vídeos, áudios etc. Já nos bens digitais híbridos estariam incluídos os bens que gozassem tanto de valor existencial como de conteúdo econômico, como ocorre com alguns perfis de redes sociais, a exemplo de contas do YouTube ou do Instagram (HONORATO, LEAL, 2020, p. 159).

Observa-se que a despeito de a nomenclatura ser distinta, os objetos se agrupam da mesma forma, não havendo, assim, divergência no conceito em si.

Ao realizar uma análise da doutrina estrangeira também se consegue traçar contornos que nos ajudam a compreender o que são os Bens Digitais. De acordo com Blachly (2015), os bens digitais são as informações inseridas e armazenadas no computador ou na internet. Assim, eles contemplam as fotos digitais de família ou do animal de estimação, redes sociais que contam parte da vida pessoal (como o Instagram) ou profissional (como o LinkedIn), os extratos bancários ou contas de investimentos. A autora ainda explica que essas contas podem armazenar: fotos, vídeos, músicas, registros médicos, documentos jurídicos ou financeiros, informações bancárias, contas comerciais e qualquer outro material ou dados de propriedade de um indivíduo. Ela entende que o direito de propriedade se transformou na era da Internet, podendo-se afirmar que a natureza da propriedade atualmente é distinta, mais abrangente, daquela de décadas atrás. Todas essas informações são tidas como bens digitais. Importante ressaltar que a autora afirma que para se ter um bem digital não é necessário que este esteja na internet, bastando a sua existência no computador ou dispositivo móvel do usuário. Assim, uma foto tirada em um smartphone e nunca postada seria um bem digital. Ela afirma que essa variada gama de bens digitais, que armazenamos ao longo dos anos, podem possuir um considerável valor financeiro, emocional ou até estético.

E, segundo o estatuto que disciplina a matéria nos Estados Unidos da América, a Revised Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act (RUFADAA, 2015) os ativos digitais podem

ser compreendidos como um registro eletrônico no qual um indivíduo tem direito ou interesse. Então, assim como pontuado por Lacerda (2021) o direito deve tutelar essas informações que são inseridas na internet (bens digitais) uma vez que a pessoa que a inseriu tem algum interesse nessa informação (interesse esse que pode ser de caráter econômico ou não). Percebe-se, ao se comparar a temática em nível nacional e internacional, uma convergência de entendimentos sobre o assunto.

Um ponto em comum nas definições de bens digitais é o fato de eles estarem inseridos em um contexto da sociedade da informação, na qual a informação transmitida, seja ela dotada de características patrimoniais ou não, apresentando alguma relevância àquele que a inseriu no contexto eletrônico, recebe uma maior relevância para o emissor, destinatário e para o direito. A informação passa a ser tão relevante que, quando apreciada em um contexto digital, é, segundo Mendes e Fritz (2019) considerada o “ouro do século XXI”.

Para que se compreenda o significado do termo “sociedade da informação” pode-se, a princípio, compreender o significado dos termos que a compõem de forma isolada para, então, compreender o todo. De acordo com Brant “Por se tratar de uma rede mundial de computadores, em que há várias pessoas de todas as partes do mundo trocando informações e se comunicando, é possível, a princípio, falar em sociedade.” (BRANT, 2016, p. 29). Sociedade essa que pertence, então, ao ambiente virtual (ou eletrônico) e não ao real e que vivencia situações distintas (como, por exemplo, a de não enfrentar o mesmo espaço físico e, assim, evitar determinados conflitos como o trânsito caótico). A diferença, segundo Brant (2016), reside não só no *locus* no qual essa sociedade se manifesta mas, também, nos próprios cidadãos que a compõe e no fato de esse relacionamento ocorrer de forma transnacional o que, de certa forma, também altera a forma como ocorre a atuação estatal. E, o fato de se compreender que os membros dessa sociedade têm uma nova forma de se relacionar, sendo essa interação através das informações (e, por que não afirmar através dos bens digitais?) complementa o entendimento da expressão “sociedade da informação”. Assim explica o professor:

São compras realizadas online, atendimentos ao consumidor, operações bancárias e financeiras, escolas virtuais, pesquisas de conteúdos a uma variedade de sites ou mesmos de bibliotecas de universidades situadas em todo o mundo. A este fenômeno dá-se o nome de sociedade de informação (BRANT, 2016, p. 30).

Desta forma, sistematizando o pensamento de Brant (2016), um conjunto de indivíduos passa a se relacionar no contexto eletrônico, sendo as informações trocadas o elo que os une. Não é como se a sociedade da informação deixasse de existir no mundo analógico para existir

tão somente no digital. Ela coexiste nos dois ambientes e é regida pelo tempo do mundo real e pelo tempo digital. Patrícia Pinheiro explica essa coexistência ao dizer que: “na década de 1970, Alvin Tofler apontou o surgimento de uma sociedade derivada da informação, de maneira que a “sociedade da informação” seria conduzida por dois relógios, sendo um relógio analógico e outro digital.” (PINHEIRO, 2021, p. 18). Então, assim como apontado por Brant (2016), a sociedade da informação, por coexistir nesses dois ambientes, rompe com os limites temporais e geográficos.

De acordo com Sávio Soares, “A sociedade da informação” pode ser identificada como sociedade da informática, pósindustrial, sociedade da Era Digital ou da Era Informacional” (SOARES, 2012, p. 37). Esse entendimento é o mesmo trabalhado por José Costa e Fernanda Sola, que assim expõem: “O que se denomina sociedade de informação também recebe, com algumas alterações, o nome de sociedade informacional, economia do conhecimento, sociedade pós-industrial, sociedade pós-moderna e sociedade em rede, entre outros nomes” (COSTA, SOLA; 2010, p. 296).

Esse entendimento, inserido no contexto dos bens digitais – objeto de estudo, ressalta a importância de se compreender o conceito do que se chama sociedade da informação: (TOFFLER, 1980 *apud* ALMEIDA, D. 2017, p. 29) se, historicamente, a sociedade vivenciou períodos como a era da agricultura, posteriormente a era industrial, hoje vivencia-se a era da informação. Assim, entende-se que a sociedade atual está inserida em um novo contexto histórico, que seus padrões de comportamento bem como aquilo que é apreciado economicamente passa a apresentar novas roupagens. Cada era é apresentada, pelo autor, como uma “onda”, marcando novos aspectos valorativos a toda a sociedade:

Segundo Tofler, a evolução da humanidade poderia ser dividida em **três ondas**. A primeira delas teve início quando a espécie humana deixou o nomadismo e passou a cultivar a terra. Essa **Era Agrícola** tinha por base a propriedade da terra como instrumento de riqueza e poder. A Segunda Onda tem início com a **Revolução Industrial**, em que a riqueza passa a ser uma combinação de propriedade, trabalho e capital. Seu ápice se dá com a Segunda Guerra Mundial, (...) a chegada da Terceira Onda, a **Era da Informação**, começou a dar seus primeiros sinais ainda antes do apogeu da Segunda Onda, com a invenção dos grandes veículos de comunicação, como o telefone, o cinema, o rádio e a TV, num período de cinquenta anos entre o final do século XIX e início do século XX (PINHEIRO, 2021, p. 18, grifo nosso).

Observa-se que, em cada onda, há um “bem” que é considerado como riqueza para a sociedade. Assim, segundo Pinheiro (2021) a terceira onda é caracterizada pelo surgimento de veículos que transmitem um grande volume de informações. E a autora ainda complementa ao afirmar que a terceira onda é marcada pela inclusão de dois novos elementos: “a velocidade, cada vez maior na transmissão de informações, e a origem descentralizada destas.”

(PINHEIRO, 2021, p. 18) O elemento “velocidade” combinado com o elemento “informação” representam um grande elemento de poder no contexto da sociedade da informação, como explica Pinheiro:

Em termos práticos, Tofler apontou que, na sociedade da informação, o instrumento central de sobrevivência das organizações seria a velocidade da tomada de decisão, já que, com o desenvolvimento da tecnologia, esse processo poderia ser cada vez mais acelerado, de forma que aquela empresa que executa as decisões em melhor tempo hábil ficaria na frente (PINHEIRO, 2021, p. 18).

Assim, as informações no contexto digital passam a ter valoração econômica e maior relevância: “Os produtos de maior valor agregado deixaram de ser os bens móveis industrializados, como automóveis e eletrodomésticos, para ser bens incorpóreos, como programas de computador, filmes e gravações musicais.” (COSTA, SOLA; 2010, p. 297) Assim, a sociedade da informação, ao possibilitar a realização de novos negócios jurídicos, como os realizados pelo e-commerce ou até mesmo aqueles em que possuem como objeto da obrigação um bem digital (esse ainda não regulamentado pelo ordenamento jurídico e vedado pelos contratos de adesão celebrados entre consumidor e fornecedores de bens digitais, como se verá em tópicos posteriores), possui, também, como uma de suas características a maior facilidade ao acesso a esses bens digitais. É o que pontua o professor:

A sociedade da informação facilitou o acesso às obras intelectuais, permitindo-se o compartilhamento e a obtenção de arquivos digitais, muitos deles suscetíveis a adulteração ou corrupção, o que gera inevitavelmente a insegurança jurídica da proteção adequada, eficiente e contínua dos direitos intelectuais (SOUSA, 2013, p. 81).

Assim, atualmente é muito mais fácil para um usuário de internet ter acesso a uma música digital (por meio de aplicativos como spotify ou deezer) do que para um usuário de internet em 2010 em que para ter acesso a esse tipo de conteúdo deveria se valer de plataformas Peer-to-Peer (P2P) próprias como o eMule. Como pontuado pelo autor, esse maior acesso deve vir acompanhado por uma maior prevenção a um possível uso inadequado dessas obras, utilizando-se da tecnologia para evitar que essas obras sejam adulteradas ou transmitidas de forma inadequada, minimizando, assim, uma possível insegurança jurídica gerada pelo mau uso dessa nova realidade. Sobre a necessidade desse cuidado, Pinheiro ensina:

Para Nicholas Negroponte, há um terceiro elemento que caracteriza a informação na Era Digital: seu caráter de riqueza inesgotável. (...)Na indústria da informação, os bens podem ser infinitamente duplicados por quem quer que seja (...) Esta evolução das mídias traz desafios sucessivos para o universo jurídico (PINHEIRO, 2021, p. 18).

Como será abordado em tópico posterior, a possibilidade de transmitir bens digitais *inter vivos* deve vir acompanhada de avanços tecnológicos que preservem, também, os direitos autorais. A transmissão de um e-book deve ocorrer garantindo os interesses de consumidores e autor da obra, tal qual ocorre com o seu correspondente físico.

Sávio Soares ainda complementa a explicação ao tratar do paradigma da sociedade da informação, ao ressaltar o papel fundamental que a informação (e, por consequentemente, os bens digitais) tem na sociedade do século XXI: “Tal paradigma entendido como modo de desenvolvimento socioeconômico em que a informação é essencial na formulação do conhecimento e na satisfação das necessidades dos indivíduos e das empresas, sob uma base comum da digitalização”. (SOARES, 2012, p. 37). Compreende-se, então, que a informação detém um papel importante na sociedade do século XXI e que, cada vez mais, os bens digitais integrarão a realidade fática dos brasileiros.

Assim, de forma sintética, pode-se entender um bem digital como uma espécie de bem que decorre da intelectualidade humana, de existência imaterial e que não se confunde com o suporte fático que o carrega. Os bens digitais são obras do espírito humano, algumas dotadas de caráter econômico, outras de caráter existencial e outras ainda de caráter econômico e existencial, que se materializam no contexto digital.

Importante pontuar que toda e qualquer definição de bens digitais (NELSON, SIMEK; 2016) corre o risco de estar desatualizada. O contexto digital implica em diversas transformações em um curto espaço de tempo. Desta forma, o objetivo deste capítulo não é o de dar uma definição padrão e estanque, mas sim o de apresentar alguns contornos fundamentais que auxiliam na compreensão da temática.

Muitos são os exemplos de bens digitais. No próximo tópico haverá uma breve explicação das modalidades que serão estudadas ao longo deste trabalho. Destaca-se que o objeto de estudo constitui nos bens digitais de caráter patrimonial e patrimonial-existencial, não sendo objeto de estudo, portanto, os bens digitais de caráter exclusivamente existenciais.

2.1 Bens digitais objeto de estudo

Como relatado no tópico anterior, os bens digitais estão em constante transformação, o que nos faz compreender que há inúmeras possibilidades de bens digitais. Compreendido o conceito do gênero, bem como das espécies de bens digitais, será apresentado os que serão estudadas nesta dissertação.

2.1.1 E-book

O e-book é uma espécie de bem digital patrimonial. Também conhecido como “livro digital” é a versão eletrônica dos livros físicos. Há alguns que foram transcritos do formato físico para o eletrônico ao passo que outros foram escritos exclusivamente para o formato digital. Assim, ele pode ser acessado por meio de computadores, tablets, celulares ou aparelhos próprios para a leitura destes documentos, como o Kindle.

2.1.2 Músicas digitais

As músicas são uma espécie de bem imaterial e que podem ser adquiridas de diversas formas. Antes do surgimento da internet era comum que pessoas comprassem disco de vinil ou CDs para que tivessem a possibilidade de ouvir determinadas músicas quando quisessem, sem ter que esperar que elas tocassem no rádio, por exemplo. Após o advento da internet a forma de ouvir músicas também mudou. Não é incomum que pessoas ouçam seus álbuns preferidos através de plataformas de *streaming* como o Spotify, Deezer ou Apple Music ou os adquiram em formato virtual através da compra em plataformas como a Google Play Store, iTunes Store ou até mesmo a Amazon.

2.1.3 Milhas aéreas

Milhas aéreas são uma espécie de bem digital patrimonial e pode ser compreendida como os “pontos acumulados em programa de fidelização de companhias” (O QUE..., [202-]). Após realizar o cadastro em uma companhia aérea, esses pontos podem ser adquiridos através da compra de passagens aéreas. A depender da companhia, ao adquirir um número determinado de milhas aéreas o adquirente poderá trocá-las por uma passagem aérea, bens materiais ou até alugueis de veículos. A título exemplificativo, a companhia aérea Tudo Azul realiza a seguinte troca: “Nos voos domésticos é possível encontrar passagens por 5.000 milhas o trecho. Para destinos internacionais como EUA, Portugal e países na América do Sul, esse valor sobe para 25.000 pontos o trecho.” (O QUE..., [202-]) Assim, esses pontos, que podem ser compreendidos como uma espécie de moeda utilizável em companhias aéreas, podem ser trocados por uma passagem aérea ou por produtos e serviços ofertados pela companhia aérea.

Uma questão que merece ser ressaltada é que os pontos, que correspondem às milhas, não devem ser confundidos com as plataformas em que estes pontos são comercializados. Como pontuado pelo autor: “é possível juntar milhas comprando produtos na internet, usando o cartão de crédito, assinando planos mensais em troca de milhas.” (LOPES, 2021) Assim, Lopes (2021) explica que milha é sinônimo de moeda de troca.

2.1.4 Jogos online

Outra modalidade de bens digitais que pode ser acumulada ocorre através dos jogos online. Neles, pessoas têm a possibilidade de adquirir diversos itens virtuais que são comprados com moedas reais. A título exemplificativo, pode-se citar as moedas virtuais e as skins. Em se tratando de moedas virtuais elas podem ser compreendidas como uma unidade monetária utilizável em um jogo virtual. São adquiridas através da compra, com dinheiro real, de pacotes que as contém. Já no tocante às skins, (WHOW, 2021) que são acessórios que compõem o visual do personagem virtual, algumas podem chegar ao valor de R\$ 7.000; outras ainda ao valor de um carro popular. Muitos jogos online, como o League of Legends são gratuitos e veem na venda de skins uma oportunidade para aumentar o interesse do jogador no game e aumentar, também, o lucro advindo do jogo.

Compreender a indústria e o mercado dos jogos virtuais é muito importante uma vez que

De acordo com um estudo da TechNET Immersive a indústria dos games está avaliada em US\$ 163,1 bilhões. O lucro do segmento é maior que, por exemplo, o universo da música e o filme juntos. Em todo mundo, o esporte eletrônico conta com mais de 2,5 bilhões de jogadores. (...) Ele [mercado das skins] movimenta mais de 10 bilhões de dólares por ano (WHOW, 2021).

Isso demonstra a importância de se compreender e debater sobre o universo dos bens digitais inseridos nos jogos online.

2.1.5 Canal no Youtube

Compreende-se esta espécie de bem digital como podendo ser tanto de caráter exclusivamente patrimonial como podendo ser de caráter patrimonial-existencial. O YouTube é uma plataforma digital em que pessoas de todo o mundo podem publicar os mais variados vídeos, respeitando sempre a política da plataforma. Para fazer o upload do vídeo é necessário que a pessoa crie uma conta, que é gratuita. Assim, é possível adicionar os mais variados

conteúdos, como videoclipes musicais, vídeo aulas (seja de forma tradicional ou através de um formato que extrapole a forma como o conteúdo pode ser passado em sala de aula⁴), reuniões religiosas⁵, vídeos educativos⁶ e sobre o dia a dia do dono do canal⁷, dentre tantas outras possibilidades.

A classificação desse bem digital como sendo um bem digital patrimonial ou patrimonial-existencial dependerá do uso a que ele se prestar. Se for um canal com uma grande audiência cujo conteúdo seja exclusivamente educativo, por exemplo, será um bem digital patrimonial. Por outro lado, se a pessoa insere conteúdos em que ela expõe suas emoções em relação a um acontecimento (seja ele de ordem global, como a pandemia que se iniciou em 2020, seja ele de caráter pessoal, como o nascimento de um filho) e, devido à sua grande audiência auferir lucro, esse será um exemplo de um bem digital patrimonial-existencial.

De acordo com a revista Forbes (BERG; BROWN, 2020) um canal no YouTube passa a monetizar (gerar valor econômico ao seu titular) no momento em que a plataforma passa a veicular anúncios nos vídeos postados no canal. E isso acontece quando o perfil e o vídeo em questão passam a ter um número de visualizações consideráveis. A revista fez um levantamento com a estimativa de ganho dos 10 youtubers mais bem remunerados pela plataforma de 1º de junho de 2019 a 1º de junho de 2020.

Jeffree Star (BERG; BROWN, 2020) aparece na 10ª posição faturando cerca de 15 milhões de dólares mensais. O canal possuía, na época, 16,9 milhões de inscritos. O primeiro lugar é ocupado por Ryan Kaji que possuía em seu canal 41,7 milhões de inscritos e um faturamento de 29,5 milhões de dólares mensais na época da pesquisa.

Mesmo que esses dados representem ganhos superiores aos demais criadores de conteúdo da plataforma, torna-se inegável o seu potencial econômico. Honorato e Leal (2020) afirmam que os ganhos oriundos da rede social YouTube podem superar, em muito, os ganhos de negócios empresariais tradicionais.

⁴ A título exemplificativo pode-se citar o canal “Terra Negra” em que professores de Belo Horizonte explicam temas ligados à história, política, geopolítica e a geografia física *in loco*. Para mais informações acesse: <https://www.youtube.com/@TerraNegra/featured>

⁵ Dentre as mais variadas possibilidades, cita-se as reuniões da igreja Central Online que ocorrem de forma híbrida: presencial e online. Os cultos ficam disponíveis no canal de Youtube da igreja. Para mais informações, acesse: <https://www.youtube.com/user/comunicaribc>

⁶ No canal “Manual do Mundo” há a exposição dos mais variados temas ligados à física e à química, por exemplo. Para mais informações, acesse: <https://www.youtube.com/@manualdomundo>

⁷ Dentre os tantos canais que poderiam ser citados para melhor elucidar a questão, destaca-se o da Flávia Calina em que além de tratar sobre educação infantil há também vídeos em que a YouTuber compartilha parte do seu dia e rotina com sua família. Para mais informações, acesse: <https://www.youtube.com/@flaviacalina>

2.1.6 Perfil no Instagram com milhões de seguidores

O Instagram é uma rede social cujo principal objetivo de quem dela se utiliza é o de compartilhar parte do dia ou gostos pessoais, através de publicações nos stories, feed, igtv, reels ou até mesmo fazendo lives. A rede social possibilita que cada dono de perfil o deixe aberto ou fechado. Se aberto for, qualquer pessoa que tenha uma conta poderá seguir e ver o que foi publicado. Se for uma conta fechada, o dono do perfil deverá aceitar a solicitação permitindo, assim, que aquela pessoa que solicitou acompanhe as postagens.

A depender do número de seguidores, a pessoa poderá influenciar a sua audiência (ou seguidores) a seguir um determinado comportamento (como o de adquirir determinado produto ou serviço). Assim, além da função comum (a saber: a de externalizar suas emoções e sentimentos) a rede social pode possibilitar o ganho de valores econômico para o detentor da conta através de publicidade. Assim, percebe-se o duplo caráter desse ativo digital, sendo possível classificá-lo como um bem digital patrimonial-existencial.

Importante ressaltar que uma determinada conta pode influenciar e mudar hábitos de uma só pessoa (influenciando-a a praticar exercícios físicos ou incluir um hábito de leitura pela manhã, por exemplo). Do ponto de vista humanitário essa conta também possui relevância tal qual uma que influencia 100.000 pessoas a adquirirem os mesmos hábitos. Entretanto, do ponto de vista jurídico, aquela conta ainda será considerada um bem digital de caráter existencial (e não patrimonial-existencial como a segunda).

2.1.7 Criptomoedas

As criptomoedas podem ser entendidas como uma

criação intelectual destinada a servir de referência de valor, meio de quitação de obrigações e, também, de quantificação de riqueza, concebida exclusivamente em ambiente virtual, sem qualquer vínculo estatal e cuja credibilidade decorra da adoção de criptografia e de um sistema prévio e descentralizado para geração de confiança. (PIMENTA, 2023a, p. 272)

Não restando dúvidas, então, que as criptomoedas se enquadram como um bem digital de caráter patrimonial. Talvez o exemplo mais conhecido de criptomoeda na atualidade seja o Bitcoin⁸, que foi o primeiro criptoativo exitoso. Além deste, também há, a título exemplificativo, o Ripple, o Litecoin, o Ethereum e o Namecoin.

⁸ Pimenta (2023a) explica que a criação desta criptomoeda está ligada à história do blockchain e da misteriosa figura de Satoshi Nakamoto. Não se sabe se este pseudônimo se refere a uma pessoa natural ou a um conjunto de

Do conceito exposto por Pimenta, dois elementos devem ser explicados: a criptografia e o sistema descentralizado para geração de confiança.

A criptografia é um dos instrumentos que podem ser utilizados para resguardar a “privacidade, segurança e eficiência nas transações realizadas através da internet, pois permite que uma mensagem seja trocada entre o remetente e destinatário, sob o conhecimento de terceiras pessoas, sem que estas últimas consigam acessar o conteúdo da comunicação”. (PIMENTA, 2023a, p. 179)

De acordo com a explicação de Pimenta (2023a) é como se a mensagem estivesse em um idioma conhecido para o remetente e destinatário e desconhecido para terceiros. Assim, estes têm conhecimento da existência da mensagem mas não conseguem decifrá-la. O autor ainda explica que:

a criptografia, originalmente usada para manter segredo de informações (como, por exemplo, referentes a operações militares) é usada atualmente também para permitir troca de informações ou valores entre pessoas de maneira segura e via internet, pois computadores permitem “encriptar” (codificar) qualquer tipo de informação digital, não apenas textos. (PIMENTA, 2023a, p. 181)

Além da compreensão adequada sobre a criptografia também é necessário que se compreenda o sistema por trás das criptomoedas que confere a segurança necessária para a transmissão destes (e de outros) ativos digitais. Pimenta (2023a) explica que a confiabilidade inerente às moedas, que permite que sejam utilizadas como valores de referência e valores de troca, em se tratando das criptomoedas, não está atrelada ao Estado mas sim ao blockchain. Então é pelo fato de o blockchain ser confiável é que a utilização das criptomoedas em transmissão também é.

De acordo com Pimenta (2023a) o blockchain pode ser entendido como um sistema criado inicialmente para permitir a transferência de bitcoins de forma confiável. Com o passar do tempo, percebeu-se que ele seria capaz de trazer a confiabilidade para a transmissão de quaisquer outros ativos. O autor ainda pondera que o blockchain pode ser compreendido como um conjunto de “plataformas descentralizadas de registro e negociação de titularidade sobre um ativo financeiro” (PIMENTA, 2023b, p. 191) Pimenta (2023a) explica que esta rede descentralizada subsiste na premissa de que os usuários são ao mesmo tempo fornecedores e

programadores, mas o que se sabe é que esta *persona* está por trás da publicação realizada em meio eletrônico no dia 31 de outubro de 2008 do artigo intitulado “Bitcoin: a Peer-to-peer Eletronic Cash sistem” no qual expõe-se o conceito e a possibilidade de utilização de uma rede descentralizada (blockchain) para a transferência de ativos digitais (o texto publicado se referia ao Bitcoin).

tomadores de informações. Desta forma, este sistema possibilita que todos os usuários participem da validação das transações que ali ocorrem.

Assim, faz-se o questionamento: o que impede a utilização desta tecnologia para trazer a confiabilidade necessária à transmissão de bens digitais dotados de caráter patrimonial? Deste modo a tecnologia inerente ao sistema blockchain poderia ser utilizada na transmissão de e-books, músicas ou criptomoedas entre um devedor e um credor de uma obrigação, seja ela a título oneroso ou gratuito.

Em relação a aceitabilidade das criptomoedas, atualmente ela está condicionada à autonomia de cada agente integrante do mercado e não de uma imposição legislativa: “Em última análise, caberá a cada vendedor de bens ou serviços decidir se aceita ou não um determinado criptoativo como forma de quitação de obrigações e referência de valor”. (PIMENTA, 2020, p. 337)

É necessário alertar para o caráter especulativo destes ativos digitais. Atualmente não há um uso irrestrito e amplamente aceito. Talvez com o passar dos anos essa realidade venha a ser alterada.

2.1.8 NFT's

Os NFT's podem ser entendidos como uma espécie de certificado que confere a propriedade de uma obra intangível e única. Os “Non-fungible Tokens” ou, em tradução livre “Tokens não fungíveis” representam uma espécie de bem digital de caráter patrimonial. Sabe-se que os bens não fungíveis (ou infungíveis) são aqueles bens que não podem ser substituídos por outros de mesma espécie, quantidade e qualidade (BRASIL, [2022b]). São bens insubstituíveis, ficando evidente o seu caráter de exclusividade.

Para que haja a compreensão do que é um NFT deve-se compreender o significado do termo “Token”. De acordo com Warren (2022) estes Tokens que compõem os NFTs são uma espécie de criptoativos (como as moedas digitais também são), que têm o seu registro em blockchain e que podem ser objeto de transação econômica. Assim, o termo Token é polissêmico: pode significar tanto um criptoativo quanto um gerador de senha que garante uma maior segurança ao acessar determinadas plataformas online, como a do internet banking.

Pimenta assim escreve:

Este ativo pode, no caso das NFT, ser uma imagem, música, vídeo ou mesmo um personagem ou elemento de algum game. Este arquivo fica atrelado, via registro na plataforma blockchain ou similar, a um token de titularidade de determinada pessoa, que poderá, se quiser, mantê-lo ou negociá-lo. (...) Diferentemente de uma criptomoeda (como o bitcoin, por exemplo) o NFT atrela a imagem ou bem imaterial àquela pessoa, seu titular. Assim, não poderá aquela obra ser de titularidade de mais ninguém, a não ser o titular do token, que poderá negociá-la, aí sim, nos mesmos moldes de uma criptomoeda. (PIMENTA, 2023b, p. 192)

Então distinguindo os NFTs das criptomoedas, pode-se pontuar que estas são bens fungíveis ao passo que os NFTs são criptoativos infungíveis. Pimenta explica que: “Enquanto, em tese, as criptomoedas extraem seu valor a partir de sua capacidade de compra de produtos ou serviços, o valor do NFT decorre da infungibilidade de seu objeto”. (PIMENTA, 2023b, p. 193). Outro ponto importante é que, como pontuado por Warren (2022) os NFTs são negociados em criptomoedas.

Pimenta (2023b) ainda explica que a compreensão do valor de um NFT pode se dar ao se fazer um paralelo destas obras imateriais com obras artísticas físicas. O quadro “A noite estrelada” de Van Gogh pode ser reproduzido diversas vezes, por cópias que tenham alta semelhança ao original (talvez pelo olhar de pessoas que têm conhecimento mediano de obras artísticas) mas estas cópias nunca terão o mesmo valor da original. Assim é com os NFT’s que podem ter cópias mas estas sem o valor do original. “Tomando como exemplo o mundo da arte, o NFT pode servir para atestar a originalidade da obra digital (...) funcionaria como um documento de registro digital da obra”. (WARREN, 2022)

Em se tratando de valores econômicos, muitos destes ativos podem representar consideráveis quantias. A título exemplificativo, Warren (2022) cita o NFT “Everydays: The First 5000 Days”, do artista estadunidense Mike Winkelmann (Beeple). Este consiste em um criptoativo formado por 5 mil imagens virtuais criadas pelo próprio artista, uma para cada dia do ano de 2007 a Janeiro de 2021. Em março de 2021 este NFT foi vendido pelo valor de US\$ 69,3 milhões.

Um ponto importante a ser percebido é que o conceito das criptomoedas e dos NFT’s está atrelado à sua possibilidade de transmissão *inter vivos*, em que pese ainda haver pouca aceitabilidade. Esta questão será melhor detalhada no capítulo referente ao estudo da transmissão de bens digitais.

3 PROPRIEDADE DE BENS IMATERIAIS

Neste tópico será abordado o conceito de propriedade para que se compreenda se um bem imaterial, como são os bens digitais, podem ser objeto de direito de propriedade. Caso o entendimento doutrinário seja negativo a essa possibilidade, a hipótese inicialmente traçada (a de que é possível a transmissibilidade *inter vivos* de bens digitais) será considerada falsa.

3.1 Conceito

Para responder à pergunta: “um bem digital pode ser considerado como propriedade de um consumidor que o adquiriu mediante um contrato de compra e venda?” é necessário compreender alguns conceitos fundamentais, como o de propriedade. Algumas perguntas, (como: é possível pensar em propriedade de bens imateriais?), ao serem respondidas, servirão de auxílio para responder à questão principal deste tópico e, conseqüentemente, auxiliarão na resposta do problema central da pesquisa, a saber: juridicamente é possível que um bem digital seja objeto de um contrato?

Assim, o que é uma propriedade para o atual ordenamento jurídico brasileiro? É um direito real, como ensinam Gagliano e Pamplona (2021), que confere ao seu titular o direito de usar, gozar, dispor e reivindicar mas sempre de forma funcional: ela não é mais um direito ilimitado, deve prestar a cumprir a sua função na sociedade. Assim, para os autores, o conceito está estritamente ligado ao da Função Social da Propriedade, não sendo possível falar no direito de propriedade sem mencionar a sua Função Social.

O artigo 1.228 do Código Civil, ao tratar das faculdades que o proprietário tem, menciona, em seu parágrafo primeiro, a Função Social do Direito de Propriedade. Isso se deve ao fato de que o Código Civil está alinhado ao disciplinado pela Constituição da República de 88⁹. O Código Civil assim dispõe:

Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.
 § 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas (BRASIL, [2022b]).

⁹ A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL, [2022a]) em seu artigo 5º, XXIII, disciplina que a Propriedade deverá atender à sua Função Social.

Compreendida a realidade civil constitucional em que estes conceitos estão inseridos, será apresentado, primeiramente, o conceito de propriedade e posteriormente o de Função Social da propriedade.

Assim, ao se referir à propriedade, percebe-se algumas características que lhe são próprias e indispensáveis a esse direito real. Uma delas é a característica de exclusividade, que é confirmada pelo artigo 1.231 do código civil: “A propriedade presume-se plena e exclusiva, até prova em contrário”, (BRASIL, [2022b]). A propriedade é plena quando o titular do direito detém para si as faculdades de usar, gozar, dispor e reivindicar, apresentadas pelo artigo 1.228. Uma pessoa que tem como propriedade o imóvel no qual reside detém a propriedade plena. Diferentemente daquele proprietário que decide alugar o seu imóvel: neste caso os atributos de usar e gozar são transferidos a outrem em troca do pagamento do aluguel. Neste caso o titular do imóvel continua sendo proprietário, mas não detém a propriedade plena. Já a característica da exclusividade se refere ao fato de o direito de propriedade excluir outras pessoas de exercerem esse mesmo direito simultaneamente sobre o mesmo objeto (ressalvadas algumas situações específicas como a multipropriedade). Esse é um direito oponível *erga omnes*, ou seja, a todos, sendo, assim absoluto: o liame jurídico que liga o proprietário ao seu bem exclui toda a sociedade conferindo ao proprietário a possibilidade de utilizá-lo como lhe for conveniente e de sua vontade, sempre respeitando os limites impostos pelo ordenamento jurídico.

Traçados os atributos e características do direito de propriedade, pode-se entender, mais claramente, o seu conceito. Orlando Gomes afirmou que “a propriedade é a soma de todos os direitos possíveis que pertencem ao proprietário sobre a sua coisa, quais os da posse, uso, gozo e livre disposição” (GOMES, 2012, p. 26) Os autores norte-americanos Cooter e Ulen definem o conceito jurídico de propriedade como sendo “um conjunto de direitos sobre recursos que o proprietário é livre para exercer e cujo exercício é protegido da interferência ou intromissão de outros” (COOTER, ULEN; 2010, p. 92) Seguindo a mesma linha de raciocínio, os professores Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2014b) ensinam que o direito de propriedade é o direito sobre determinados recursos. Direito esse que lhe confere a faculdade de excluir a interferência de todos os outros sobre esse seu bem:

A definição dominante de direitos de propriedade, tanto em Economia como em Direito, é de propriedade, como sendo um conjunto de direitos sobre um recurso que o dono está livre para exercer e cujo exercício é protegido contra interferência por outros agentes. (FARIAS, ROSENVALD, 2014b, p. 250)

Importante pontuar que há correntes que entendem que esses recursos, mencionados pelos autores, podem ou não ter caráter material/tangível. Assim, se faz necessária a compreensão dessa diferença que não foi observada pelo legislador do Código Civil. O Direito de Propriedade, no código civil, está no Livro das Coisas (que se referem aos bens materiais). Já na Constituição da República esse direito se refere ao conceito de bem (conceito amplo que abarca tanto os bens materiais quanto os imateriais). O professor Bruno Lacerda entende que o conceito apresentado pelo Código Civil não se alinha mais à realidade vivenciada hoje:

A visão clássica do direito de propriedade, como sendo apenas um direito subjetivo que concederia ao seu titular as faculdades jurídicas de usar, gozar, dispor e reivindicar, repetida inclusive pelo Código Civil atual, em seu art. 1228, merece ser ampliada e revisitada, por não mais atender às necessidades atuais (LACERDA, 2016, p. 84).

Segundo o entendimento dos professores Cristiano Farias e Nelson Rosenvald o Código Civil deveria, então, tratar o Direito de Propriedade tal como a Constituição da República:

Nada obstante, o quadro é severamente alterado quando a Constituição Federal garante o direito de propriedade com função social. Aqui a propriedade se identifica com a noção de bem, não de coisa. Bem é o gênero, coisa é uma de suas espécies. Bem é qualquer objeto que compõe um patrimônio, seja ele corpóreo ou incorpóreo. A propriedade constitucional é sinônimo de qualquer crédito que se encontre em um patrimônio, seja ele materializado ou uma simples abstração que detenha valor econômico (FARIAS, ROSENVALD, 2014b, p. 296).

Assim, há uma corrente que ao se referir aos Direitos Reais (que têm em sua clássica manifestação o Direito de Propriedade) aborda tanto objetos materiais objetos imateriais. O professor Orlando Gomes explica essa questão pontuando a possibilidade de se ter direitos sobre direitos:

Objeto de direito real podem ser tanto as coisas corpóreas quanto as incorpóreas. Sua limitação às primeiras não se justifica. É reconhecida a existência de direitos sobre direitos, que são bens incorpóreos. Admite-se que o usufruto e o penhor possam ser objeto de outro direito real (GOMES, 2012, p. 21).

No entanto, deve-se pontuar que, para o autor, nem todo direito que incide sobre bens incorpóreos será, necessariamente, um direito real de propriedade. Ele aborda a questão afirmando que há a possibilidade de direitos que incidem sobre bens incorpóreos serem considerados direitos a quase-propriedade:

Outros direitos incidentes em bens incorpóreos, como os que se exercem sobre o fundo de comércio, a clientela, o emprego, também não se consideram objeto de direito real propriamente dito, ainda que submetidos a regime jurídico análogo ao da propriedade. Formam o que se poderia chamar a quase-propriedade (GOMES, 2012, p. 21).

O autor defendeu, em vida, que o Direito de Propriedade, tal como apresentado no início do capítulo, se refere tão somente aos bens corpóreos: “Subsiste, assim, a doutrina de que o objeto do direito de propriedade não pode ser senão bens corpóreos” (GOMES, 2012, p. 107). Logo, para o autor, ao se referir aos Direitos Reais seria possível falar em direitos sobre bens imateriais, mas ao se especificar no direito de propriedade, não haveria essa possibilidade.

Ora, então não seria possível afirmar que, juridicamente, há a possibilidade de bens imateriais serem objeto de direito de propriedade? Este ponto merece uma maior atenção: por um lado, como ensinam Farias e Rosenvald (2014b), não há de se negar que o direito deve abordar a questão envolvendo os bens imateriais, já que estão cada vez mais presentes na realidade dos brasileiros e o direito deve acompanhar essas transformações sociais.

Os próprios autores Farias e Rosenvald (2014b) pontuam essa nova realidade ao afirmarem que cada vez mais as pessoas adquirem o acesso a bens digitais ao invés de sua compra. Se antes as pessoas compravam CDs hoje é cada vez mais comum ouvir músicas por plataformas digitais. Além de estarem cada vez mais presentes no dia a dia das pessoas, seja por meio da aquisição do bem, seja por meio de seu uso, eles também mobilizam vultosos valores econômicos como ensinam os professores: “As maiores fortunas da atualidade são encontradas entre titulares de domínios da web. Enormes quantias cruzam fronteiras de nações em um simples toque ao computador” (FARIAS, ROSENVALD, 2014b, p. 296).

O conceito de propriedade, segundo os autores Farias, Rosenvald (2014b), tem se transformado assim como a sociedade. Talvez tendo consciência dessa discrepância entre realidades (a do século XX e a do século XXI) seja fácil compreender o motivo pelo qual grandes autores como Orlando Gomes, como já pontuado, defendem que não há como falar em propriedade de bens imateriais. Os autores estadunidenses Coer e Ulen explicam que o Direito de Propriedade se transforma e que hoje, nos Estados Unidos, fala-se em Direitos de Propriedade que seriam inimagináveis em épocas passadas:

Numa sociedade em constante mutação, novas formas de propriedade surgem continuamente. Para ilustrar: nos Estados Unidos, o direito da propriedade para o gás subterrâneo e o espectro eletromagnético (transmissão de rádio e televisão) se desenvolveram durante o século passado, e o direito da propriedade para software, música e vídeo de computador e outros materiais da Internet, bem como para formas de vida produzidas pela engenharia genética, na década passada (COOTER, ULEN;

2010, p. 98).

Os autores que negam a existência de um direito de propriedade de bens imateriais pegam um conceito construído no século passado e tentam relacioná-lo a uma realidade do século XXI, diferente de qualquer outra já vista na história da humanidade. Como o próprio Orlando Gomes já ensinava, há de se pensar em uma transformação do Direito de Propriedade. A resposta à pergunta “o que pode ser objeto do direito de propriedade?” não é única e, desde outrora, levanta diversas hipóteses entre pesquisadores:

O objeto do direito de propriedade não é definido em termos incontroversos. Tradicionalmente, afirma-se que hão de ser os bens corpóreos, mas, contra essa doutrina, que foi pacífica, levantou-se corrente doutrinária que o estende aos bens incorpóreos. Seus partidários admitem a existência de propriedade literária, artística e científica, que, recaindo nas produções do espírito humano, teria como objeto bens imateriais. Outros vão adiante, sustentando que os direitos podem ser objeto de propriedade. Recentemente, o conceito de propriedade alarga-se abrangendo certos valores, como o fundo de comércio, a clientela, o nome comercial, as patentes de invenção e tantos outros. Fala-se, constantemente, em propriedade industrial para significar o direito dos inventores e o que se assegura aos industriais e comerciantes sobre as marcas de fábricas, desenhos e modelos. Chega-se até a admitir a propriedade de cargos e empregos (GOMES, 2012, p. 106).

Essa questão possibilita a construção de mais de um posicionamento, como apresentado por Gomes, e, sobre essa temática, o professor se posiciona ao lado da corrente que entende não ser possível falar em direito de propriedade de bens imateriais. Para o falecido professor, há um direito que envolve esses bens mas esse direito não se confunde com o direito de propriedade. Para ele seria correto afirmar que há um “direito de quase-propriedade”:

O fenômeno da propriedade incorpórea explica-se como reflexo do valor psicológico da ideia de propriedade, mas embora esses direitos novos tenham semelhança com o de propriedade, porque também são exclusivos e absolutos, com ela não se confundem. A assimilação é tecnicamente falsa. Poderiam enquadrar-se, contudo, numa categoria à parte, que, alhures, denominamos quase-propriedade (GOMES, 2012, p. 106).

Como se verá adiante, outros pesquisadores defendem que há um direito de propriedade envolvendo esses bens, direito esse que é diferente do direito de propriedade tradicional (e que talvez, por isso, mereça outra nomenclatura) mas que ainda assim seria um direito de propriedade. Talvez a diferença de pensamento resida no fato de que para esses autores, fala-se em um gênero (Direito de Propriedade) em que há várias espécies: Direito de Propriedade de bens materiais; Direito de Propriedade de bens imateriais, etc; Já para a outra corrente, defendida para o professor Orlando Gomes, há o Direito de Propriedade e, também, o Direito a

quase-propriedade, sendo esses dois gêneros distintos e que não se confundem.

Arnaldo Rizzardo (2021) compreende que o objeto do direito de propriedade é tudo aquilo que pode ser apreciado economicamente. Os professores Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald também se posicionam no sentido de haver um direito de propriedade sobre bens imateriais e explicam esse entendimento quando pontuam que: “há uma propriedade privada *stricto sensu*, traduzida em bens imóveis e móveis e uma titularidade em sentido amplo, abarcando outras situações jurídicas patrimoniais, traduzidas em novas especificações deste direito fundamental” (FARIAS, ROSENVALD, 2014b, p. 230).

Essa conclusão dialoga com o que os autores outrora afirmavam: a Constituição da República de 1988, ao tratar do Direito de Propriedade e da Função Social do direito de Propriedade o faz em sentido *lato*: abarca tanto o direito de propriedade “convencional”, envolvendo bens móveis e imóveis, nos quais se aplicam as características da exclusividade, por exemplo, quanto aquele direito de propriedade envolvendo aspectos imateriais como o direito ao crédito e os direitos envolvendo os bens digitais (e tantos outros que possivelmente surgirão com o desenvolvimento da sociedade do século XXI – afinal, não se pensava nos bens digitais em 1988 assim como, certamente, não se pensa em novos direitos que existirão daqui a 50 anos – que serão fruto das transformações do contexto digital e da sociedade).

Assim, entende-se que o conceito de Direito de Propriedade se transforma com a sociedade. Deve-se pensar em conceitos mais amplos e que sejam usuais à realidade vivenciada:

Com efeito, temos que, em geral, a propriedade tem por objeto bens corpóreos – ou seja, coisas – embora se admita a propriedade de bens imateriais, a exemplo de valores mobiliários (ações) ou obras do intelecto, posto, nesses últimos casos, não se possa afirmar que estejamos diante de uma concepção tradicional de propriedade. Afinal, o Direito nunca foi, não é, e jamais será uma ciência exata. (GAGLIANO, PAMPLONA; 2021, p. 51).

O Direito não é uma ciência exata visto que ele se atualiza e se modifica de acordo com a sociedade. Ele não pode ser considerado uma ciência estática, imutável (como a matemática em que $2 + 2 = 4$ tanto no Brasil quanto na Arábia Saudita – locais totalmente diferentes em termos culturais e sociais). Ele deve acompanhar as necessidades e transformações sociais. Deve regular e possibilitar uma vida digna àqueles que a ele estão submetidos. Assim ensina Patrícia Pinheiro (2021, p. 17): “o Direito é a soma de tudo isso, é a magnífica harmonia entre linguagem e comportamento. (...) Toda mudança tecnológica é uma mudança social, comportamental, portanto jurídica. (...) Quando a sociedade muda, deve o Direito também mudar, evoluir”.

Uma alteração que ocorreu no contexto fático, alterando o comportamento de muitas pessoas e que ainda não está regulamentada pelo direito é a possibilidade de revenda de skins de jogos online. De acordo com matéria veiculada (SKINS PARA...) há sites do e-commerce que permitem que jogadores comprem skins para seus jogos por valores mais baratos. É como se fosse um brechó online de itens para os seus jogos online. Um verdadeiro brechó de bens digitais. Se essa é uma realidade possível outras paralelas também são como um “sebo online” de e-books no qual uma pessoa que não deseja ter mais determinado arquivo em seu computador revende-o para esses estabelecimentos. Essas possibilidades só são juridicamente aceitas se se pensar em uma propriedade desses bens digitais.

Talvez, o que se possa refletir é na diferenciação de nomenclatura: em relação aos bens digitais, não seja possível falar simplesmente em “Direito de Propriedade” - visto a possível confusão com o Direito tradicional que se relaciona aos bens materiais. Talvez há de se pensar em denominá-lo de um “Direito de Propriedade *sui generis*” ou outra nomenclatura pertinente. Cássio Brant comenta a dificuldade de enquadrar os bens imateriais na classificação tradicional dos direitos reais ao afirmar:

A dificuldade de conceituar o bem incorpóreo como propriedade dos Direitos Reais e, por sua vez, a peculiaridade de conter elementos de proteção dos Direitos da Personalidade, assim como, de caráter obrigacional, trazem a concepção de que sua natureza seria *sui generis* (BRANT, 2010, p. 67).

Para o professor Bruno Lacerda utilizar tão somente “Direito de Propriedade” seria um equívoco e, seguindo a linha de pensamento dos professores Cristiano Farias e Nelson Rosenvald, entende que o mais correto seria falar em “Direitos de Propriedades”:

Portanto, deve-se entender que várias são as propriedades tuteladas pelo nosso ordenamento jurídico. O vocábulo propriedades se apresentaria então como mais adequado à esta pluralidade de manifestações. Já o vocábulo propriedade ficaria circunscrito à noção antiga e reducionista de bens de raiz, devendo, portanto, ser evitado (LACERDA, 2016, p. 85).

Orlando Gomes já ensinava que é perfeitamente possível pensar em “Propriedades” ao se ter em mente a possibilidade de alteração do objeto, sujeito ativo e das circunstâncias sociais que envolvem aquela relação jurídica. Essa percepção nos permite construir um direito que não está preso nas páginas de livros mas que flui diante da realidade mutável em que a humanidade sempre esteve inserida. Assim escreveu o professor:

os diversos estatutos jurídicos das titularidades permitem não mais falar em propriedade, mas em “propriedades”, com regimes jurídicos diferenciados conforme características do objeto apropriado, do sujeito ativo e das circunstâncias sociais envolvidas (GOMES, 2012, p. 17).

Zampier ainda defende que um exemplo de bem que se enquadra nessa nova perspectiva do Direito de Propriedade são os bens digitais. O autor afirma, de forma inequívoca, que os bens digitais se apresentam como um Direito de Propriedade e não como um Direito de “quase-propriedade”:

Logo, a propriedade de um bem desta natureza [bem digital patrimonial] se enquadraria como uma propriedade imaterial ou incorpórea. Se no passado este tipo de titularidade foi denominado de quase-propriedade, hoje a maioria da doutrina aceita sua existência, exatamente dentro desta perspectiva de presença de vários tipos de propriedades (LACERDA, 2016, p. 87).

O professor ainda defende que essa nova realidade já é perceptível no mundo fático (proporcionado pela evolução e transformação do campo computacional) e só não é no campo jurídico por uma obsolescência do legislador e dos juristas contemporâneos:

vale registrar também que com a expansão dos livros, filmes e músicas em formatos digitais, milhões de usuários estão diuturnamente a formar bibliotecas, videotecas e discotecas no mundo virtual. Dezenas de softwares permitem a aquisição lícita destes arquivos, a partir do pagamento de valores variáveis (LACERDA, 2016, p. 78).

Lacerda (2016) ainda promove a reflexão de que esses bens digitais integram o patrimônio pessoal de (quase) toda a população brasileira. E, em se tratando de patrimônio, tem-se em mente que ele é composto pelos direitos reais e obrigacionais de cada indivíduo. Assim sendo, não seria, juridicamente, errôneo pensar em uma transferência de um bem digital *inter vivos*. Se há programas de computador, softwares, capazes de permitir o armazenamento desses ativos, também é possível pensar em mecanismos que permitam a sua transferência. Assim escreve o professor:

Não há dúvida de que estas novas formas de aquisição, armazenamento e utilização de livros, filmes e músicas integram o patrimônio digital do indivíduo. Quanto dinheiro efetivo não se desembolsa para a aquisição destes ativos? Quanto vale um arquivo deste? Quantas horas de navegação pela Internet foram necessárias para que se pudesse chegar à formação deste patrimônio? (LACERDA, 2016, p. 88)

E assim ensina Pinheiro (2021, p. 60) “com o avanço da tecnologia, a facilidade de se modificar obras é muito grande; no entanto, também existem softwares que permitem a criação de uma chave de proteção da obra original, assim como impressões digitais que identificam

uma obra autêntica, ou seja, não alterada”.

Lacerda ainda complementa afirmando que os proprietários desses bens digitais deveriam poder exercer todas as faculdades jurídicas atribuíveis aos proprietários pelo art. 1.228 do Código Civil:

Sendo todos estes bens integrantes do patrimônio digital, o direito de propriedade dos bens tecnodigitais deveria gozar das mesmas faculdades jurídicas existentes para a propriedade de roupagem tradicional, previstas no art. 1228 do Código Civil. Logo, além do evidente uso (*jus utendi*) e gozo (*jus fruendi*) que se possa fazer destes bens jurídicos, há que se garantir ao proprietário o direito de dispor (*jus abutendi*). Exercendo a faculdade de dispor, o proprietário poderia deletar o ativo digital, fornecê-lo em garantia a um credor, bem como aliená-lo onerosa (celebrando uma compra e venda) ou gratuitamente (realizando uma doação) (LACERDA, 2016, p. 88).

Patrícia Pinheiro, ao estudar sobre o Direito Digital, também compreende que essa vertente jurídica comporta a existência de novos direitos a serem tutelados, como o da propriedade sobre bens imateriais. Ela também compreende que ao se referir ao Direito de Propriedade fala-se em Direitos de Propriedades:

Todo Indivíduo deve ter direito a proteção de suas propriedades e de sua privacidade. Isso é indiscutível. No tocante à propriedade, há tanto bens tangíveis como bens intangíveis. Nesse sentido, suas informações, em última análise, são um ativo de sua propriedade e, portanto, merecem proteção (PINHEIRO, 2021, p. 33).

O professor Arnaldo Rizzardo também se posiciona à favor da corrente que compreende a existência de um direito de propriedade de bens imateriais. Para o autor a realidade atual transformou o Direito de Propriedade até então reconhecido:

Trata-se de propriedade imaterial ou incorpórea, que alargou o conceito tradicional de propriedade, fundado na divisão romana das coisas *mancipi* e *nec mancipi*. (...) A realidade que vai se impondo obriga a abranger no conceito de objeto tais bens imateriais, posto que economicamente apreciáveis e comerciáveis (RIZZARDO, 2021, p. 175).

Assim, independente da nomenclatura, não há de se duvidar que há um Direito, envolvendo os bens imateriais, que já é tutelado pelo ordenamento jurídico através de sua Carta Magna e que o deve ser feito, também, pelas legislações ordinárias e pelo poder judiciário. Isso se deve ao fato de esses bens serem apreciáveis economicamente. Desta feita, a percepção sobre os direitos e deveres sobre os bens digitais, por parte de seus proprietários (como a de que é possível realizar a venda de um e-book), será cada vez mais presente. Percepção essa que se alinha com o sistema político-econômico em que a sociedade brasileira está inserida. Em

relação ao sistema capitalista e o direito de propriedade o professor Orlando Gomes ensina que ele apresenta “entre seus princípios básicos, o da livre circulação dos bens. Assim, a possibilidade de aliená-los não deve ser trancada, em tese, pela lei e, muito menos, pela vontade individual”. (GOMES, 2012, p. 146) Como se verá adiante, a impossibilidade de se alienar um bem digital no contexto brasileiro não é oriunda de uma legislação nesse sentido, mas tão somente devido às cláusulas dos contratos de adesão eletrônicos celebrados entre provedores e consumidores.

Também se faz necessário compreender o conceito de Função Social da Propriedade e se é possível falar em Função Social da Propriedade Imaterial. Como já pontuado, este conceito está estritamente vinculado ao conceito de Propriedade, aparecendo no Parágrafo primeiro do Artigo 1.228 do Código Civil.

3.2 Função Social

Como já pontuado a Função Social ganha espaço e relevância no ordenamento jurídico brasileiro a partir de 1988 com a Constituição da República. Em se tratando de um contexto global a sua notoriedade se dá em 1789 com a Declaração de Direitos do Homem e do cidadão: “art. 17- como a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado, a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigir e sob condição de justa e prévia indenização.” (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1789). E em 1948 com a Declaração Universal dos Direitos Humanos que prescreve: “1. Todo ser humano tem direito à propriedade, só ou em sociedade com outros. 2. Ninguém será arbitrariamente privado de sua propriedade.” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948)

O professor Arnaldo Rizzardo explica que os interesses individuais ficam submetidos aos interesses gerais ao afirmar que “Exige-se que, vivendo o homem em sociedade, seus interesses devem conciliar-se com os direitos superiores do Estado, ao qual cumpre a salvaguarda dos interesses gerais”. (RIZZARDO, 2021, p. 170) Ou seja, pode-se compreender que o direito de propriedade em si é a manifestação dos interesses privados e a função social do direito de propriedade é a manifestação dos interesses públicos sobre aquele bem. Ambos coexistem e recebem proteção em nosso ordenamento jurídico, como se verá adiante.

Perlingieri (2002), ao apresentar o conceito de Função Social explica que ela se refere aos limites impostos à propriedade privada mas não se limita a eles:

Em um sistema inspirado na solidariedade política, econômica e social e ao pleno desenvolvimento da pessoa (art. 2 Const.) o conteúdo da função social assume um papel de tipo promocional, no sentido de que a disciplina das formas de propriedade e as suas interpretações deveriam ser atuadas para garantir e para promover os valores sobre os quais se funda o ordenamento. E isso não se realiza somente finalizando a disciplina dos limites à função social. (PERLINGIERI, 2002, p. 226)

O autor ainda completa o raciocínio ao afirmar que a função social deve ser entendida como “a própria razão pela qual o direito de propriedade foi atribuído a um determinado sujeito” (PERLINGIERI, 2002, p. 226) Ou seja, para Perlingieri, não é como se se falasse em um direito de propriedade que “deixou de ser inteiro/absoluto” pela existência de sua função social. O autor entende que o direito de propriedade só existe devido à existência da função social uma vez que é ela que permite a adequação do direito de propriedade a todo o ordenamento jurídico.

Não há como compreender a Função Social de forma satisfatória sem tocar no nome do jurista francês Pierre Leon Duguit. O brasileiro Orlando Gomes explicou o entendimento de Duguit sobre o tema ao dizer que

Pela influência que a sua obra do começo do século exerceu nos autores latinos, Leon Duguit pode ser considerado o pai da ideia de que os direitos só se justificam pela missão social para a qual devem contribuir e, portanto, que o proprietário se deve comportar e ser considerado, quanto à gestão dos seus bens, como um funcionário. (GOMES, 2012, p. 121)

Assim, de acordo com os ensinamentos do francês, a Função Social coloca a Propriedade Privada a serviço de toda uma coletividade e não apenas de uma pessoa (ou pequeno grupo). Ao se tratar de Função Social, pergunta-se: “quem está dando uma razão/finalidade para esse bem que beneficia toda a sociedade?” Essa linha de raciocínio faz com que se compreenda o entendimento do autor:

Só o proprietário pode executar uma certa tarefa social. Só ele pode aumentar a riqueza geral utilizando a sua própria; a propriedade não é, de modo algum, um direito intangível e sagrado, mas um direito em contínua mudança que se deve modelar sobre as necessidades sociais às quais deve responder (DUGUIT t.3 *apud* GOMES, 2012, p. 121).

Seguindo os ensinamentos do professor Orlando Gomes, se faz necessário fazer um esclarecimento sobre o tema. A função social da propriedade é um instituto típico do sistema político-econômico capitalista, uma vez que ela preza pela utilização da propriedade de forma a gerar lucro para o seu titular e, conseqüentemente, de forma reflexa, para toda a sociedade. Utilizando-se de um raciocínio econômico, típico de autores da Análise Econômica do Direito, como Cooter e Ulen, a Função Social da Propriedade exige que o Direito Real de Propriedade

seja daquele que mais o valoriza e, conseqüentemente, mais poderá gerar lucro para a sociedade. Basta refletir: qual desses dois modelos de sociedade mais reflete uma sociedade capitalista: modelo A – no qual o proprietário não tem nenhum dever perante a sociedade e, assim, acumula para si várias residências nas quais ele não cuida (e, talvez, nem se dê conta da existência de todas as suas propriedades); ou modelo B – na qual o direito de propriedade é transferido para aquele que mais o valoriza (seguindo todos os critérios legais) e, assim, uma possível residência abandonada se torna um estabelecimento comercial no qual gera lucro para o empreendedor e, conseqüentemente, para toda a sociedade (a título exemplificativo gerando mais empregos, aumentando a circulação econômica e o arrecadamento de impostos)? Sobre essa falsa associação da Função Social da Propriedade com a ideologia Socialista o professor Orlando Gomes assim ensinou:

(...) que legitima o lucro ao configurar a atividade do produtor de riqueza, do empresário, do capitalista, como exercício de uma profissão no interesse geral. Seu conteúdo essencial permanece intangível, assim como seus componentes estruturais. A propriedade continua privada, isto é, exclusiva e transmissível livremente (GOMES, 2012, p. 122).

Assim, a atividade que gera lucro não é de interesse só do empresário, mas de toda coletividade e a propriedade privada não é de interesse só de seu titular, mas de toda uma sociedade. Desta forma, o direito de propriedade sofre limitações, mas ele, em si, não se altera (o direito de propriedade continua sendo o mesmo o que muda é o seu titular, por exemplo). Sobre esse tema ensina Orlando Gomes: “as limitações atingem o exercício do direito de propriedade, não a sua substância, e em que só se justificam se uma nova concepção do direito de propriedade é aceita.” (GOMES, 2012, p. 122). Logo, ao tratar desse tema, fala-se em um benefício de todos.

O tema é relevante não só perante a academia, mas, também, para os legisladores. O professor, ao tratar da Constituição da Alemanha de 1949, assim escreveu: “Nas Constituições das democracias ocidentais, o melhor texto, a meu aviso, é o art. 14, alínea 2, da Constituição da República Federal da Alemanha, de 1949, que transcrevo: ‘A propriedade obriga. O uso da propriedade deve concorrer também para o bem da coletividade’” (GOMES, 2012, p. 124).

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 também garante o Direito à Propriedade resguardando a aplicabilidade desse direito em consonância à Função Social, uma vez que ela é um Direito Fundamental apresentado pelo art. 5, XXII mas que vem acompanhada pela necessidade de comprovação de sua Função Social, pelo inciso XXIII:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXII - é garantido o direito de propriedade; XXIII - a propriedade atenderá a sua função social; (BRASIL, [2022a])

E também pelo artigo 170, III:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
(...)
III - função social da propriedade; (BRASIL, [2022a]).

O mesmo raciocínio aparece no Código Civil, no qual nos permite compreender que a propriedade é um direito mas que devem ser observadas as necessidades de toda a coletividade. Seguindo este entendimento é que se pode afirmar que o *caput* do artigo 1.228 apresenta os contornos do direito à propriedade e os seus parágrafos apresentam as suas limitações:

Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.
§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.
§ 2º São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem. (BRASIL, [2021b]).

Colocando luz no parágrafo primeiro supracitado percebe-se que os bens digitais corroboram para que a Função Social seja aplicada. A propriedade tecnodigital, como já apresentada, existe no contexto digital e é intangível. Assim, ao comprar um e-book ao invés de um livro físico o consumidor que o adquiriu está contribuindo para o equilíbrio ecológico. Assim, quem deveria ser considerado proprietário do e-book pelo ordenamento jurídico: o fornecedor que tão somente realiza a venda do bem digital ou o consumidor que ao adquiri-lo mediante a compra permite que esse bem digital tenha a Função Social resguardada através da preservação do meio ambiente? E mais: será que o equilíbrio ecológico estaria mais protegido em uma sociedade na qual apenas um grupo poderia comercializar esses bens digitais ou em uma em que os consumidores também tivessem a faculdade de realizar esse negócio jurídico entre si (C2C) gerando, de certa forma, uma maior competitividade perante os fornecedores? Ao se compreender que esses institutos estão indissociáveis a resposta a esses questionamentos fica evidente: o consumidor, por resguardar a Função Social, também deveria ser considerado

o proprietário desses ativos digitais, podendo valer-se de todas as faculdades apresentadas pelo caput do art. 1.228 do Código Civil. Afinal, como ensina Lacerda (2021) a Função Social eleva o interesse da coletividade (nesse caso, consumidores), colocando-o no mesmo nível, no mesmo patamar, dos interesses individuais (no exemplo representado pelos fornecedores). Atualmente, com a vedação da utilização de bens digitais como objeto mediato de uma obrigação, há a preponderância dos interesses individuais sobre os coletivos, representando um nítido desrespeito ao princípio da Função Social e, conseqüentemente, à Constituição da República.

Em relação à possibilidade de se vislumbrar a Função Social de bens imateriais, além da reflexão a partir do parágrafo primeiro do artigo 1.228 do Código Civil, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald explicam que assim como o Direito de Propriedade se transformou diante da nova realidade social (no entendimento dos autores não sendo possível falar tão somente em ‘Direito de Propriedade’ mas sim em ‘Direitos de Propriedades’) a Função Social também se transforma com a sociedade devendo ser resguardada em toda e qualquer relação jurídica patrimonial:

Ora, se no estágio fluido da pós-modernidade a propriedade é ampliada em diversas propriedades, a função social também se avoluma, ultrapassando o estágio primário do direito das coisas, incidindo atualmente em toda e qualquer relação jurídica patrimonial (FARIAS, ROSENVALD, 2014b, p. 298).

Desta forma, como foi visto no tópico anterior, atualmente fala-se não só em um “Direito de Propriedade” mas sim em “Direitos de Propriedades” e, como foi estudado neste tópico, não há como falar em Propriedade sem mencionar a sua Função Social. Assim, como essa acompanha aquele, o operador do direito deve ater-se, também, à Função Social dos Bens Digitais. Lacerda, ao discorrer sobre os múltiplos direitos de propriedades presentes na atualidade também menciona a existência de suas respectivas Funções Sociais:

entende-se que o princípio da função social integra a própria noção de propriedade e de contrato na atualidade. Toda propriedade e negócio jurídicos contratuais hão de ter tal função, sendo equivocado o entendimento de que apenas alguns tipos deveriam portar tal caráter funcionalizado. (LACERDA, 2022, p. 127).

Assim, fala-se em Função Social de bens imateriais devendo-se alcançar, através dela, o benefício de toda a coletividade e não só de grandes sociedades empresárias, como a Amazon, que realizam a venda de bens digitais. O cenário, como é visto hoje, contornado pelos contratos de adesão eletrônicos, beneficiam apenas a esses grupos. A coletividade (representada pelos consumidores e pelos produtores desses conteúdos) bem como o equilíbrio ecológico estão

prejudicados por essa realidade imposta contratualmente. Assim, fica evidente que não há a garantia da preservação da Função Social nessas relações jurídicas, o que é um desrespeito ao disciplinado no Código Civil e, principalmente, ao texto constitucional.

4 AUTONOMIA DIGITAL

Neste tópico será abordado o conceito de autonomia digital. Para tanto, será feito um estudo acerca dos conceitos de autonomia da vontade e autonomia privada. Ao se ter tal conceito bem delimitado, será possível responder à pergunta: qual é o grau de autonomia digital de um proprietário de um bem digital? Para responder a tal indagação, será necessário fazer um estudo dos contratos de adesão eletrônicos que perpassam essas relações jurídicas.

Mostra-se indispensável, também, a realização de um estudo envolvendo os direitos autorais, dos criadores de obras digitais, bem como dos direitos dos consumidores desses ativos digitais. Como ensina Perlingieri (2002) a Justiça é estabelecida ao se contrapor e averiguar os interesses, direitos e deveres de todos os agentes que compõem o quadro jurídico que está sendo analisado.

4.1 Conceito

Alguns termos jurídicos estão reconhecidos pela jurisprudência enquanto outros pela legislação. Há ainda aqueles que são construídos pela academia, como é o caso dos bens digitais abordados no capítulo dois e da autonomia digital, abordada neste tópico. Assim, nas próximas linhas, será elaborado o conceito de autonomia digital, tendo como ponto inicial os conceitos de autonomia da vontade e de autonomia privada.

Para que se compreenda o instituto da autonomia privada é necessário que se tenha em mente que, assim como muitos outros termos jurídicos (como os próprios bens digitais), este não é um conceito único e cristalizado. Assim, o que será estudado nas próximas linhas tem o objetivo de fornecer uma melhor compreensão e uma base para a construção do termo autonomia digital, objeto de estudo.

O entendimento sobre a autonomia privada é construído a partir de outros conceitos. Ele é um conceito que se transforma a cada época, como explica Renata Pompeu: “As alterações do princípio da autonomia revelam sua natureza mutável, especialmente se considerado o impacto dos períodos históricos, bem como a influência das heranças conceituais de cada investigador do tema” (POMPEU, 2012, p. 71). Em sentido semelhante, Perlingieri (2002) ensina que o conceito de autonomia privada deve ser entendido à luz de cada ordenamento jurídico: “A autonomia privada pode ser determinada não em abstrato, mas em relação ao específico ordenamento jurídico no qual é estudada e à experiência histórica que, de várias formas, coloca a sua exigência” (PERLINGIERI, 2002, p. 17). Desta forma, o conceito que será

trabalhado refere-se ao ordenamento jurídico brasileiro e, tendo-se em mente que a autonomia privada é fruto de transformações históricas, será feito um estudo acerca da autonomia da vontade com a finalidade de se compreender como a autonomia privada surge bem como o seu conceito.

Assim, é importante compreender que na gênese da autonomia privada, havia a aplicabilidade da autonomia da vontade. Caracterizada pela intangibilidade do pactuado, a ideia que permeava na mente dos juristas e demais contratantes era a de que se os contraentes tiveram a faculdade de optar pela celebração do contrato (incluindo, nessa escolha, todos os elementos que permitem a existência de um contrato: com quem iriam celebrá-lo, o objeto pactuado bem como a forma), o contrato deveria ser cumprido. Surge, então, o princípio do *pacta sunt servanda*, o qual significa “o pactuado deve ser cumprido”. Na concepção do código civil de 1916, em que havia um forte viés patrimonialista e liberal, o magistrado limitava-se a apreciar o conteúdo formal do contrato e não os efeitos que poderiam advir de sua celebração. Como explicam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald “o contrato era justo por ser emanado da vontade de pessoas livres, o que significava abstenção do julgador de envolver-se na apreciação do conteúdo substantivo clausulado” (FARIAS, ROSENVALD; 2014a, p. 136). No mesmo sentido, Renata Pompeu explica que neste primeiro momento, a autonomia da vontade aparece como a possibilidade que o particular tinha de se autorregular sem a intervenção de terceiros:

O liberalismo econômico e as idéias individualistas influenciaram sobremaneira a concepção de autonomia a qual era compreendida como a possibilidade absoluta de autoregramento dos interesses particulares, de forma a permitir o livre comércio em toda a sua plenitude. A noção liberalista de autonomia é marcada, desta forma, por uma natureza voluntarista, cujo foco é a vontade compreendida em si mesma, numa manifestação autosuficiente (POMPEU, 2012, p. 70).

Ou seja, Pompeu (2012) explica que, neste primeiro momento, a autonomia da vontade aparece em um contexto individualista e patrimonialista. É nesse *locus* que a autonomia da vontade ganha espaço e relevância jurídica. Ainda sobre a lógica que permeava o ordenamento jurídico do século XX, Farias e Rosenvald explicam que o objetivo era o de tutelar o patrimônio pessoal bem como a sua livre disposição:

Em seu perfil oitocentista, o direito civil possuía alicerces sólidos na proteção patrimonial. (...) Regime dedicado à apropriação e conservação de bens. Os direitos fundamentais se concretizavam com o livre estabelecimento de relações particulares (...) O Estado era ausente, espectador inerte do jogo do mercado, que só se manifestava, em última instância, para preservar as regras do jogo (FARIAS, ROSENVALD, 2014a, p. 32).

Ou seja, o Estado interviria tão somente se houvesse algum vício na manifestação de vontade dos agentes contratantes: quando, o contratante incorresse em erro ou dolo, por exemplo. Os efeitos, perante terceiros, que poderiam resultar do cumprimento do contrato não eram apreciados pelo poder judiciário. Assim, o que era tutelado pelo ordenamento jurídico e garantido pela autonomia da vontade era a própria vontade dos indivíduos pouco importando os reflexos que poderiam ser percebidos pela coletividade:

O peso dado à livre manifestação da vontade, compreendida como uma forma de se garantir a liberdade trouxe a orientação de que o indivíduo deveria apenas submeter-se ao fruto do seu próprio querer, pois somente este seria soberano. A linha demarcatória da liberdade e da moralidade residiria nessa orientação e no governo dos indivíduos pela própria vontade (POMPEU, 2012, p. 70).

Já a autonomia privada, como conhecida no século XXI, se apresenta em um contexto diferente. O pactuado entre as partes continua sendo relevante, a livre manifestação de vontade, no momento da celebração contratual também continua resguardada pelo ordenamento jurídico, mas acrescenta-se o entendimento de que essa livre manifestação de vontade é limitada pelos princípios constitucionais inseridos no ordenamento jurídico. Assim, como o ordenamento jurídico está alicerçado, entre outros princípios, no da Função Social percebe-se que a coletividade também importa. Dessa forma, com o código civil de 2002 e a Função Social do Contrato, analisa-se se houve algum vício na manifestação de vontade e, também, quais são os efeitos que podem surgir a partir da execução do contrato celebrado. Abandona-se a lógica e o contexto extremamente individualista, em que a autonomia da vontade vigorava, para se cultivar um espaço da coletividade. Sobre esse ponto, Pompeu escreve:

Para se falar em autonomia privada deve-se deixar clara a sua natureza principiológica pressupondo a possibilidade de se auto-regulamentar recepcionando assim as normas previstas pelo ordenamento. O exercício da vontade em situações patrimoniais e existenciais significa um espaço de liberdade para os sujeitos de direito escolherem ou não determinadas normas (POMPEU, 2012, p. 73).

Corroborando com este entendimento, os autores assim discorrem: “Em sede de autonomia privada, admite-se a vontade como suporte fático, porém acrescida da regulamentação legal, a fim de que realize interesses dignos de tutela. Cuida-se da funcionalização do contrato.” (FARIAS, ROSENVALD; 2014a, p. 140). E os autores completam o raciocínio ao pontuarem que “Isto implica aceitar que a liberdade dos sujeitos de direito é circunscrita pelos valores constitucionais” (FARIAS, ROSENVALD; 2014a, p. 140) E ainda: “Tem-se o contrato como instrumento de realização das finalidades traçadas pelo

ordenamento jurídico, e não mais dos interesses dos contratantes isoladamente considerados” (FARIAS, ROSEVALD; 2014a, p. 140)

Assim, a autorregulamentação permanece em sede de autonomia privada, porém, limitada pelo disposto no ordenamento civil-constitucional do século XXI. Em se tratando de autonomia privada o indivíduo tem o poder de escolher entre a “conduta a” ou a “conduta b” mas tem o dever de respeitar o ordenamento jurídico. Tanto uma conduta quanto a outra devem estar de acordo com os limites impostos pelo ordenamento jurídico. Assim, percebe-se que a liberdade que lhe é conferida aparece limitada pelo dever de respeitar a ordem jurídica, logo, não é ilimitada. Sobre esse ponto Renata Pompeu esclarece:

é oportuno esclarecer a compreensão do que seja liberdade. É necessário firmar um conceito de liberdade, bem como esclarecer em que consiste esse poder de se autorregular promovendo condutas que recepcionam as normas do ordenamento vigente. Para pensar a liberdade é necessário não negligenciar que ela sempre se realiza em meio a inúmeras limitações, deveres, obrigações, imposições (POMPEU, 2012, p. 73).

E a autora ainda completa: “não é possível a realização da liberdade, e aqui, da autonomia privada, sem a influência dos deveres, das necessidades e das limitações existentes. A autonomia, assim, somente se realiza em um ambiente de heteronomias” (POMPEU, 2012, p. 74). Pompeu (2012) explica que as heteronomias são as limitações externas que limitam o alcance da manifestação de vontade. Assim, ela continua existindo, mas é moldada por fatores externos. No mesmo sentido, Lacerda ao discorrer sobre as heteronomias: “quando se tem exercício de autonomia, a norma partirá do próprio sujeito, que definirá para si regras de conduta. Ao revés, quando se tem heteronomia, a norma partirá de um ente externo, alcançando o sujeito.” (LACERDA, 2021, p. 173) Ou seja, a autonomia privada refere-se a uma escolha de como agir mas que estará limitada pelo ordenamento jurídico (por exemplo o sujeito pode escolher realizar um contrato de locação – e não um contrato de doação - de um imóvel). Já as heteronomias se referem a uma limitação da ação, sendo imposta por entes externos ao sujeito.

Se faz necessário esclarecer que a liberdade, desde quando vigorava a autonomia da vontade, não era ilimitada. O que difere é que historicamente o ordenamento jurídico do século XX tutelava, de forma preponderante, a livre manifestação de vontade dos contratantes, resguardando sobretudo interesses patrimoniais. O ordenamento jurídico do século XXI, embasado na Constituição da República de 1988, resguarda os direitos dos contratantes e, também, os direitos da coletividade. Destarte, “conclui-se que o ordenamento civil-constitucional não quer que o contrato seja ‘*abstrato*’, no sentido de servir somente à utilidade econômica proporcionada às partes, mas ‘*causal*’, cumpridor de uma função social” (FARIAS,

ROSENVALD; 2014a, p. 142) Assim, a extensão da liberdade é moldada pelo cenário histórico-jurídico.

Perlingieri (2002, p. 17) ao conceituar autonomia privada assim o faz: “Pode-se entender por “autonomia privada”, em geral, o poder reconhecido ou concedido pelo ordenamento estatal a um indivíduo ou a um grupo, de determinar vicissitudes jurídicas (...) como consequências de comportamentos – em qualquer medida – livremente assumidos”.

Assim, uma pessoa que tenha a vontade de celebrar um negócio jurídico poderá fazê-lo dentro dos limites impostos pelo ordenamento jurídico: agente deve ser capaz, o objeto deve ser lícito, possível, determinado ou determinável e a forma deve ser prescrita ou não defesa em lei (BRASIL, [2022b]). Além disso, há de se perguntar: o pactuado irá intervir de forma negativa na coletividade? Se a resposta for negativa o contrato respeitará o disposto pelo ordenamento jurídico atual. Como pontuado por Farias e Rosenvald (2014a) o “por que” e o “para que” o contrato está sendo celebrado passam a ser aspectos importantes.

Dentro desse limite estabelecido pelo ordenamento jurídico brasileiro o indivíduo pode exercitar a sua autonomia privada: poderá determinar quais os contornos específicos que aquele negócio jurídico terá (por exemplo, poderá escolher entre celebrar um contrato oneroso ou um gratuito). Assim, ao traçar o conceito de autonomia privada fala-se em liberdade, mas essa condicionada aos limites legais. Dentro desses limites, dessa “borda legislativa”, os indivíduos têm liberdade para exercer a sua vontade e determinar como o pactuado se sucederá. Essa borda foi fixada tendo em vista tutelar direitos alheios, evitando que o negócio jurídico tenha efeitos prejudiciais a terceiros, e assim pode ser caracterizada e entendida a autonomia privada.

Na ótica solidarista, a autonomia negocial se condiciona a um quadro de valores, sendo a liberdade consentida pelo sistema, de forma a que o contrato não se restrinja às ‘vestes da circulação econômica’, mas que, simultaneamente, atue como instrumento a serviço da defesa dos interesses existenciais do contratante e da coletividade que com ele interage (FARIAS, ROSENVALD; 2014a, p. 142).

Assim, além de resguardar os interesses patrimoniais a legislação tutela, também, os efeitos que podem interferir na ordem da coletividade. Essa tutela se materializa em nosso ordenamento jurídico tanto na Constituição da República, em seu artigo 5º, XXIII¹⁰ quanto no Código Civil de 2002, em seu artigo 421¹¹.

¹⁰ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
XXIII - a propriedade atenderá a sua função social; (BRASIL, [2022a])

¹¹ Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato. (BRASIL, [2022b])

Diante da disrupção que a era digital tem provocado na história da humanidade é necessário que se compreenda um desdobramento da autonomia privada, denominado neste estudo como “autonomia digital”. O então contexto oitocentista, marcado pelo forte viés patrimonialista fez resplandecer a autonomia da vontade; o contexto principiológico da Constituição da República de 1988 deu espaço à aplicabilidade da autonomia privada; e o contexto digital em que a sociedade do século XXI está inserida permite o estudo de um desdobramento da autonomia privada: a autonomia digital. Assim, um primeiro ponto que merece destaque é o de que o conceito de autonomia digital deriva do conceito de autonomia privada, sendo que esta, por óbvio, não perdeu a sua eficácia.

Sobre este novo contexto que possibilita a percepção da autonomia digital Lacerda enfatiza a necessidade de o Direito acompanhar as transformações sociais:

Se a sociedade descortina novas formas de relacionamento, é certo que o Direito deve a elas se adaptar. E nesse sentido, a autonomia privada é exercida também no ambiente eletrônico, cada vez de forma mais contundente, por meio das declarações unilaterais de vontade, da oferta de serviços públicos, da celebração de contratos online ou mesmo da exacerbada exposição da imagem (LACERDA, 2021, p. 177)

Como tem sido ponderado neste trabalho, este novo contexto permite a constatação de situações de cunho patrimonial e também de caráter existencial. Assim, como ensina Pompeu (2012) a autonomia privada refere-se a assuntos que versam sobre questões patrimoniais e à questões existenciais: “Um dos pontos de destaque a ser considerado sobre a autonomia privada reside na extensão do seu alcance para que não se imagine tratar exclusivamente de questões de natureza econômica”. (POMPEU, 2012, p. 62)

Desta forma, é correto compreender que o campo de atuação da autonomia digital se estende não apenas para os bens digitais dotados de caráter econômico, mas também aos bens digitais existenciais. Este último se referiria à possibilidade de uma pessoa determinar que os seus herdeiros tenham acesso a uma determinada rede social (com poucos seguidores) ou à sua caixa de e-mail após seu falecimento, dentre tantas outras hipóteses. Assim, ao manifestar que determinado herdeiro teria acesso a um perfil eletrônico o indivíduo estaria valendo-se de sua autonomia digital em caráter existencial. Como pontuado por Pompeu (2012) esta liberdade encontra limites. Estes limites, como explica Lacerda (2021) podem ser percebidos através dos interesses dos demais agentes envolvidos nesta relação digital: interesse dos provedores, dos demais familiares e das pessoas com quem o falecido havia trocado mensagens em vida, além dos limites já traçados pela Constituição da República e de um possível estatuto que delimite este tema.

Sobre o amplo conceito de autonomia privada Pompeu discorre:

Falar em autonomia privada traz à tona uma realidade conceitual bastante ampla, cujos fenômenos de expressão são inúmeros. Desde os fatos classificados como atos humanos de natureza estrita, que apresentam o exercício da autonomia entre múltiplas interferências heterônomas, assim como aqueles de natureza essencialmente negocial. (POMPEU, 2012, p. 64)

Outro ponto que merece destaque é o fato de que a autonomia digital se manifesta em graus distintos, a depender de fatores como a legislação vigente e os contratos eletrônicos que estão presentes na relação entre consumidores e fornecedores. Em se tratando de legislação, será visto em tópico posterior que ainda não há nenhuma lei sobre os bens digitais. Em se tratando dos contratos de adesão eletrônicos estes podem conter cláusulas abusivas que limitam a autonomia digital dos consumidores.

A verificação do grau de autonomia digital se mostra necessária uma vez que ela se mostra de forma mais acentuada na realidade fática da população do que nos contratos de adesão eletrônicos celebrados entre consumidores e fornecedores, como será visto em tópico posterior. O direito não deve estar estático diante das transformações sociais. Como explica o autor, “o papel da Ciência do Direito é um papel de reconstrução: não podemos generalizar sua assertiva” (CHAMON JUNIOR, 2006, p. 113). E também a autora: “pode-se dizer que o ordenamento apresenta natureza mutável e histórica e é desejável que isto possa acontecer como forma de atualização do Direito com as realidades, culturas, valores e populações”. (POMPEU, 2012, p. 69) Tais assertivas convergem para o entendimento de que este descompasso da realidade jurídica com a fática não encontra respaldo na doutrina.

A realidade apresentada pelo contexto digital, a liberdade que um usuário de internet tem (em termos potenciais) nos permite desenhar novos possíveis contornos para a autonomia digital que lhe é conferida. Assim, a autonomia digital existe, entretanto a sua aplicabilidade aparece em um grau muito reduzido na atualidade. Sobre esta nova realidade, pode-se refletir:

Na sociedade da informação, com a ampla possibilidade de novos contatos e contratos, sobreleva-se a autonomia privada. A titularidade de bens digitais se enquadra exatamente dentro deste novel panorama. Se no passado era impossível se conceber os numerosos contratos eletrônicos celebrados com provedores de serviços virtuais, hoje há uma realidade da qual não se pode fugir. (LACERDA, 2021, p. 177)

Lacerda (2021) explica ainda que os negócios jurídicos apresentam como um de seus alicerces, como uma de suas bases a autonomia privada. Em outras palavras, os contratos (celebrados no ambiente digital ou não) seriam uma expressão da autonomia privada. Assim sendo, um ponto de grande relevância é o fato de que deve haver uma coerência unindo todo o

ordenamento jurídico. Espera-se que haja uma aplicabilidade da autonomia coerente tanto na realidade analógica quanto na digital e que ambas firmem a sua estrutura na Constituição da República. Se um indivíduo possui liberdade para escolher realizar um contrato de doação de um livro deve-se supor que ele também tenha esta liberdade no ambiente digital: poder escolher se irá realizar um contrato de doação de um e-book.

Assim, fazendo-se um recorte da autonomia digital em seu âmbito patrimonial (que é o objeto de estudo desta dissertação) têm-se que uma de suas características fundamentais é promover a possibilidade de os contratos, que tenham como objeto mediato um bem digital dotado de economicidade, sejam a expressão da manifestação da autonomia digital.

Pompeu escreve:

Esse pressuposto da propriedade reflete outro requisito para o exercício da autonomia privada que é a negociabilidade. Se uma das principais características da autonomia, se não a mais relevante, é a possibilidade de compor as categorias jurídicas que farão parte do ato executado pelo sujeito, a negociabilidade é fundamental.

Esse caráter negocial dos atos de autonomia privada enfatiza sua relação com os negócios jurídicos, já que esses representam condutas jurídicas de liberdade e de possibilidade de opção de carga eficaz. (POMPEU, 2012, p. 66)

Como explica Pompeu (2012), não limitando somente aos contratos, mas irradiando-se também para outros negócios jurídicos como testamentos, gestão de negócios e até mesmo títulos de crédito. A autonomia digital negocial se irradia a todo negócio jurídico presente no ambiente digital, assim como a autonomia privada negocial aparece como fundamento destes negócios jurídicos no ambiente analógico.

Assim, a autonomia digital pode ser inicialmente conceituada como o grau de liberdade que um usuário de internet tem para, utilizando dessa ferramenta, promover mudanças jurídicas no contexto eletrônico, sempre condicionadas ao ordenamento jurídico nacional. Um exemplo seria a utilização da autonomia digital contratual para a celebração de contratos em que tivessem como objetos mediatos bens digitais patrimoniais e os patrimoniais-existenciais. Assim, como cenários a serem imaginados (de forma exemplificativa e não exaustiva) tem-se a possibilidade de se realizar a compra de um e-book por meio da Amazon, acessar um vídeo no YouTube (gerando renda para o criador de conteúdo, a depender do número de acessos do vídeo), criar e disponibilizar conteúdos no YouTube, dentre tantos outros.

Mas, como já exposto, a autonomia digital não se limita ao aspecto contratual. Lacerda (2021) explica que em se tratando de autonomia privada fala-se em autonomia privada contratual, autonomia negocial unilateral e autonomia existencial. Uma vez que o conceito de autonomia digital deriva do conceito de autonomia privada, além da autonomia digital

contratual também é possível pensar na autonomia digital negocial unilateral e na autonomia digital existencial.

Após compreender o que é este conceito inicialmente traçado de autonomia digital é necessário que se faça um estudo sobre qual é o grau de autonomia digital contratual que um usuário de internet tem. Para tanto, será feito um estudo acerca dos limites impostos pelo ordenamento jurídico brasileiro e, posteriormente será feita uma análise dos contratos que permeiam a realidade digital: os termos de uso.

4.2 Grau de autonomia digital de um proprietário de um bem digital patrimonial e patrimonial-existencial

Assim, compreendidos os conceitos fundamentais, pode-se responder à pergunta: quais são os limites impostos pelo ordenamento jurídico hoje envolvendo os bens digitais? Ou, qual é a liberdade jurídica que um adquirente de um bem digital possui? Ou, ainda, em outras palavras, qual é o grau de autonomia digital de um proprietário de um bem digital dotado de economicidade?

O direito brasileiro não possui uma lei específica que regulamente os bens tecnodigitais. Como explica Pinheiro (2016) o que prevalece, em se tratando de direito digital, é a autotutela. Então, para descobrir o grau de autonomia digital, ou qual é a liberdade e as possibilidades que um proprietário de um bem digital tem, deve-se fazer uma análise dos termos de uso de cada plataforma.

Para que o estudo atinja a sua plenitude é necessário que sejam compreendidos também quais são os limites impostos pelo Código de Defesa do Consumidor a essas relações contratuais. Assim, poder-se-á compreender qual é o grau de autonomia digital conferido aos consumidores através de sua relação com os fornecedores destes ativos (a ser apresentado na próxima seção) e qual é a proteção legal conferida aos consumidores (apresentada ainda nesta seção). Ao concatenar as informações destas duas seções a indagação de que se estas cláusulas são válidas poderá ser respondida.

Desta forma, é necessário que se compreenda primeiramente como o Código de Defesa do Consumidor organiza e disciplina tal matéria. O Título I (Dos Direitos do Consumidor) apresenta o Capítulo VI (Da Proteção Contratual) no qual merecem destaque a Seção II (Das Cláusulas Abusivas) - artigos 51 a 53 - e a Seção III (Dos Contratos de Adesão) - artigo 54 - (BRASIL, [2021a]). Sobre a legislação consumerista, Cláudia Marques explica que “[o CDC] instituiu também um controle de conteúdo dos contratos de consumo, controle de equidade de

suas cláusulas de prestações e contraprestações, dos direitos e deveres deles resultantes (...)” (MARQUES, 2005, p. 873)

Um ponto legislativo que merece destaque é o artigo 47 do CDC que assim dispõe: “As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor”. (BRASIL, [2021a]) Esta norma se deve ao fato de o consumidor ser o elo mais fraco desta relação obrigacional.

Tem-se disciplinado pelo artigo 51 um rol exemplificativo de cláusulas contratuais que devido à sua abusividade são tidas como nulas de pleno direito:

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (...)

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

(...)

§ 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que:

I - ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence;

II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual;

III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso. (BRASIL, [2021a])

Sobre esse rol Marques explica que a sua aplicabilidade se sobressai à vontade manifestada pelo consumidor, mesmo que de forma consciente. Isso se deve ao fato de que as normas protetivas do Código de Defesa do Consumidor têm um caráter público: “a cláusula [abusiva] pode ter sido aceita conscientemente pelo consumidor, mas se traz vantagem excessiva para o fornecedor, se é abusiva, o resultado é contrário à ordem pública (...) e a autonomia da vontade não prevalecerá” (MARQUES, 2005, p. 874) E a autora ainda completa o raciocínio ao ponderar que “O CDC é norma de ordem pública (art. 1º do CDC) e os direitos assegurados aos consumidores são indisponíveis por contrato”. (MARQUES, 2005, p. 890) Assim, é possível compreender que “Estas normas do CDC aparecem como instrumento para restabelecer o equilíbrio (...) compensando assim a sua [do consumidor] vulnerabilidade fática”. (MARQUES, 2005, p. 897)

Outro ponto que merece destaque é o de que o disposto no artigo 51 do CDC possui caráter exemplificativo podendo a circunstância fática em que consumidor e fornecedor estão inseridos apresentar uma nova possibilidade jurídica em que o fornecedor auferir vantagem exagerada sobre o consumidor. Um exemplo que é aplicável a essa hipótese é o dos bens digitais. Tais ativos não eram imagináveis pelo legislador no final do Século XX. Entretanto,

essa é uma nova realidade em que consumidores e fornecedores estão inseridos e que pode ter como reflexo uma abusividade por parte dos fornecedores (tal questão será analisada nas próximas seções). Sobre o seu caráter exemplificativo, os autores assim ensinam: “As hipóteses descritas no § 1º do art. 51 são exemplificativas, podendo ser consideradas exageradas outras vantagens previstas a favor do fornecedor, observadas as circunstâncias e peculiaridades que envolverem a relação jurídica de consumo em concreto”. (GRINOVER, BENJAMIN, MARQUES; et al, 2022, p. 525)

Sobre as cláusulas abusivas Marques explica como podem ser identificadas, ou, em outras palavras, quais são as suas principais características:

Segundo Bricks, todas as cláusulas abusivas apresentam como características ou pontos em comum justamente o seu fim, que seria melhorar a situação contratual daquele que redige o contrato ou detém posição preponderante, o fornecedor, transferindo riscos ao consumidor, e o seu efeito, que é o desequilíbrio do contrato em razão da falta de reciprocidade e unilateralidade dos direitos assegurados ao fornecedor. (MARQUES, 2005, p. 905)

Desta forma, a pouca informação que o consumidor tem em relação às cláusulas destes contratos, aliada aos altos gastos econômicos que estes negócios jurídicos podem representar (seja de forma isolada ou o conjunto destes realizados durante a vida), permitem concluir que estes consumidores se encontram em uma relação negocial abusiva, marcada pelo desequilíbrio. Portanto, como ensina Marques (2005), neste caso o contrato possui cláusulas que extrapolam o limite legal, sendo estas abusivas e, então, nulas.

Já em relação aos contratos de adesão merecem destaque os parágrafos terceiro e quarto do artigo 54 do CDC que disciplinam os contornos legais. Os parágrafos assim dispõem:

Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo. (...)

§ 3º Os contratos de adesão escritos serão redigidos em **termos claros** e com **caracteres ostensivos e legíveis**, cujo tamanho da fonte não será inferior ao corpo doze, **de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor**.

§ 4º **As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque**, permitindo sua imediata e fácil compreensão. (BRASIL, [2021a], grifo nosso).

Assim, percebe-se uma preocupação por parte do legislador em traçar alguns parâmetros objetivos que visem estabelecer uma maior compreensão, por parte do consumidor, do conteúdo que está sendo pactuado.

Desta feita, um contrato de adesão eletrônico deve ser redigido de forma que cláusulas contratuais que estabeleçam, por exemplo, a impossibilidade de se utilizar bens digitais em

negócios jurídicos futuros sejam realçados aos consumidores. Além disso, o tamanho da fonte deve permitir a leitura e a compreensão do texto contratual por parte do consumidor. Tais regras visam garantir a aplicação do princípio da boa-fé objetiva (que é percebida através do comportamento fluído da teoria para prática por meio do dever de informação e cooperação) por parte do fornecedor uma vez que estar-se-á diante de um instrumento jurídico no qual foi redigido unicamente pelo fornecedor (elo mais forte da relação jurídica) e caberá ao consumidor manifestar a sua vontade unicamente aceitando ou rejeitando todo o corpo contratual. É necessário então que o consumidor seja informado de forma adequada e entenda qual é a obrigação que está assumindo. Sobre este ponto Marques explica que:

O dever de informar é do fornecedor, e o aplicador da lei deve interpretar toda a relação contratual (publicidade, promessas, pré-contratos, prospectos, contrato, silêncios, adendos, práticas e cláusulas etc.) sempre a favor do consumidor, para só após definir se houve abuso ou não (MARQUES, 2005, p. 889)

Ainda sobre o princípio da boa-fé objetiva, insta salientar que é um dever não só do fornecedor mas também exigido do consumidor, como ensinam:

No que respeita ao aspecto contratual das relações de consumo, objeto de nossa análise nesta Introdução, verifica-se que a boa-fé na conclusão do contrato de consumo é requisito que se exige do fornecedor e do consumidor (art. 4º, nº III, CDC), de modo a fazer com que haja “transparência e harmonia nas relações de consumo” (art. 4º, *caput*, CDC), mantido o equilíbrio entre os contratantes. (GRINOVER, BENJAMIN, MARQUES; et al, 2022, p. 459)

Este ponto está alinhado com o disposto no art. 6º, III do CDC que dispõe que a informação adequada sobre o objeto contratual é direito básico do consumidor (BRASIL, [2021a]). Desta forma quanto mais informação o consumidor tiver a respeito do objeto contratado maior será a transparência da relação de consumo.

Marques ressalta que a interpretação contratual deve estar condicionada a princípios basilares: “A interpretação dos contratos (...) deve guiar-se por seus princípios, em especial o **princípio da boa-fé**, da **transparência**, da **proteção da confiança** e das **expectativas legítimas dos consumidores**”. (MARQUES, 2005, p. 890, grifo nosso)

Os princípios que proporcionam os contornos legais exigidos nestas relações jurídicas podem ser assim compreendidos e sistematizados:

Os princípios da teoria da interpretação contratual se aplicam aos contratos de consumo, com a ressalva do maior favor ao consumidor, por ser a parte débil da relação de consumo. Podemos extrair os seguintes princípios específicos da interpretação dos contratos de consumo:

a) a interpretação é sempre mais favorável ao consumidor;

- b) deve-se atender mais à intenção das partes do que à literalidade da manifestação de vontade (art. 112, Código Civil)
- c) a cláusula geral de boa-fé reputa-se ínsita em toda relação jurídica de consumo, ainda que não conste expressamente do instrumento do contrato (arts. 4º, caput e no III, e 51, no IV, do CDC);
- d) havendo cláusula negociada individualmente, prevalecerá sobre as cláusulas estipuladas unilateralmente pelo fornecedor;
- e) nos contratos de adesão as cláusulas ambíguas ou contraditórias se fazem contra *stipulatorem*, em favor do aderente (consumidor);
- f) sempre que possível interpreta-se o contrato de consumo de modo a fazer com que suas cláusulas tenham aplicação, extraindo-se delas um máximo de utilidade (princípio da conservação). (GRINOVER, BENJAMIN, MARQUES; et al, 2022, p. 488)

Uma pergunta que se pode fazer é: será que os consumidores ao clicarem em “aceito os termos de uso” estão, de fato, protegidos pela esfera contratual consumerista? Ou ainda: será que os consumidores têm consciência de qual é o real objeto contratual? Como se verá *a posteriori*, autores como Patricia Pinheiro (2021) entendem que a resposta para tais indagações é negativa.

Diante dos padrões objetivos traçados é necessário que seja feito um estudo acerca dos contratos de adesão que são apresentados aos consumidores para que se averigue se tais dispositivos do Código de Defesa do Consumidor estão sendo respeitados na prática.

4.2.1 Termos de uso: e-book

A Amazon é uma plataforma pela qual os consumidores têm a possibilidade de adquirirem produtos físicos e digitais. Dentre esses últimos, destacam-se os e-books. Através do Kindle é possível ter acesso a milhares de e-books, dos mais variados gêneros literários e preços (a título exemplificativo, é possível encontrar obras gratuitas – ao realizar a busca por “domínio público” ou “prazer de ler” - e outras que ultrapassam o valor de R\$ 3.800,00 – como é o caso da obra “Government Contracts: Special Preferences (English Edition)¹²”

Uma pessoa que adquire um bem digital através dessa plataforma não possui a faculdade de revendê-lo ou doá-lo a terceiros, como consta nos termos de uso:

Os produtos vendidos pelo site Amazon.com.br são destinados somente para consumo dos respectivos compradores e não para revenda futura ou para fins comerciais. Se você estiver comprando produtos na Amazon.com.br para revenda ou para fins

¹² consulta realizada no dia 12 de junho de 2021.

comerciais, nós poderemos tomar as medidas cabíveis, dentre elas, suspensão ou cancelamento da sua conta Amazon (AMAZON, 2020).

Se o usuário realizar a transferência poderá sofrer a sanção de suspensão ou até mesmo o cancelamento de sua conta. A proibição, e conseqüente diminuição da autonomia digital dos donos desses ativos, esbarra e encontra seus limites nos contratos de licença que visam resguardar os direitos autorais dos escritores dos livros (e outros ativos) digitais.

Assim, prevalece a reflexão: um usuário que utiliza a plataforma terá a sua autonomia, a sua faculdade de escolha de negócio jurídico, distinta a depender tão somente do formato em que escolher adquirir o material. Se escolher o material físico terá, diante de si, a possibilidade de realizar diversos negócios jurídicos no futuro com o objeto adquirido. Se, no entanto, optar pelo mesmo material no formato digital, não poderá utilizá-lo nos mesmos contratos devido a tão somente a estipulação supracitada.

4.2.2 Termos de uso: músicas digitais

As músicas estão presentes desde há muito tempo na vida da sociedade brasileira e mundial. As pessoas celebravam, desde antes do surgimento da era digital, e continuam celebrando, contratos envolvendo músicas. Antes o suporte fático que permitia a troca entre usuários era material: Compact Disc (CD), fitas, discos, dentre tantos outros. Hoje o suporte é, muitas vezes, imaterial, como ocorre na transferência pela internet. Entretanto, a substancial diferença não é o suporte e sim a limitação na autonomia privada destas pessoas, causada nos tempos atuais pelos contratos de adesão dos suportes que contém as músicas. Se antes era perfeitamente possível imaginar que duas pessoas realizariam um negócio jurídico cujo objeto seria a venda de um CD, na atualidade é vedado que uma playlist, criada em uma plataforma como spotify, seja objeto de um contrato, como será visto ainda nesta seção.

Diversas plataformas disponibilizam o acesso a músicas no formato digital: YouTube, iTunes (para aqueles que possuem um smartphone Apple), Deezer e Spotify. Em comum elas apresentam o fato de proporcionarem ao usuário o acesso a músicas e podcasts na forma como dispõe o seu termo de uso respectivo.

Em um primeiro momento será analisado o disposto nos termos de uso da plataforma Spotify, comparando-o com um de seus principais concorrentes na atualidade: o Deezer. Logo após, será feita uma análise do disposto nos termos de uso do iTunes comparando-o com o contrato da Amazon.

Assim, em se tratando de Spotify, o seu Termos de Uso, em específico as Diretrizes do Usuário vedam a realização dos seguintes negócios jurídicos:

As seguintes ações não são permitidas, por qualquer motivo, em relação aos Serviços e ao material ou conteúdo disponibilizado por meio dos Serviços, ou qualquer parte deles:

6. vender, alugar, sublicenciar, arrendar ou monetizar de outra forma, exceto conforme expressamente permitido nos Contratos;
7. vender uma conta de usuário ou playlist, ou de outra forma aceitar ou oferecer a aceitação de qualquer compensação, financeira ou outra, para influenciar o nome de uma conta ou playlist ou o conteúdo incluído em uma conta ou playlist (SPOTIFY, 2022).

Ou seja, essa disposição veda a possibilidade de um usuário utilizar uma playlist de música como parte de um objeto de um negócio jurídico. Exemplifica-se a questão: considere um usuário do Spotify que tenha criado uma playlist cujo número de seguidores tenha superado os 10.000. Esse usuário dedicou tempo e esforço para criá-la e 10.000 pessoas disseram, de forma indireta, que gostaram do trabalho desenvolvido. Devido ao número de curtidas e acessos é muito provável que essa playlist seja ouvida durante muitas horas do dia. Ele, entretanto, é proibido de, pelo disposto acima, monetizar o seu trabalho. Essa disposição contraria a lógica capitalista em que a sociedade está inserida. Monetizar o trabalho não irá, necessariamente, ferir os textos legais. Eis uma possibilidade em que o usuário poderia monetizar o seu trabalho respeitando os princípios constitucionais da Função Social do Contrato e da boa-fé objetiva: o usuário poderia fazer um acordo com um cantor em início de carreira para adicionar algumas músicas dele à playlist, por um determinado período de tempo, em troca de um valor pecuniário. Assim, esse cantor em início de carreira poderia se tornar mais conhecido. Entretanto, essa hipótese é vedada pelo disposto nas Diretrizes do Usuário e nos Termos e condições de uso da plataforma. Alguns questionamentos que servem de reflexão e que podem ser feitos são: essa limitação contratual é justa? A quem ela beneficia?

O disposto nos termos e condições da plataforma Deezer, que exerce função similar à do Spotify, também veda o uso das músicas ou playlists como objeto mediato de um negócio jurídico: “A revenda, a troca ou a locação desses arquivos são estritamente proibidas.” (DEEZER, 2022) Então, percebe-se que mesmo existindo concorrência, as práticas abusivas estão presentes em ambas as plataformas. O cliente não tem como escolher uma plataforma que o permita realizar os negócios jurídicos que lhe interessam. Essa situação demonstra uma falha de mercado e deve ser corrigida, da forma adequada, pela legislação. Afinal, a falha de mercado pode ser entendida como “a incapacidade que alguns mercados não regulamentados têm de alocar recursos com eficiência. Quando os mercados falham, a política pública pode, em alguns

casos, solucionar o problema e aumentar a eficiência da economia” (MANKIWI, 2017, p. 144).

Complementando a explicação, os autores norte-americanos Robert Cooter e Thomas Ulen explicam que

A lógica econômica da regulamentação de mercados começa com a descrição de um mercado perfeitamente competitivo, que não exige regulamentação. A seguir, a teoria descreve as formas pelas quais os mercados reais se desviam desse ideal, ou as formas da *falha do mercado* (COOTER, ULEN; 2010, p. 229).

A questão é regulamentada apenas pelos Termos e Condições de Serviço das plataformas de forma similar, como foi visto. O consumidor se vê diante de opções muito semelhantes, podendo-se então entender que ele está diante de opções aparentes (e não reais), uma vez que optar pela plataforma Spotify ou pela Deezer resultará, da mesma forma, em uma baixa autonomia digital. A inexistência de opções de consumo representa uma falha de mercado.

Ainda em se tratando de músicas digitais, se faz pertinente analisar, também, o disposto nos termos de uso do iTunes, serviço de mídia da Apple. Assim como nos demais contratos de Termos de Uso, o cliente não possui autorização para vender, alugar ou utilizar as músicas (ou qualquer outro produto virtual da Apple) como objeto de um negócio jurídico, já que ao aceitar os termos e condições “Você concorda em não modificar, alugar, locar, emprestar, vender, compartilhar ou distribuir os Serviços ou Conteúdo de qualquer forma” (APPLE, 2022). Já em se tratando de termos e condições da Amazon, os usuários, ao realizarem as compras virtuais, podem ter a sensação de que estão adquirindo o produto virtual tal qual estariam adquirindo o produto se fosse em sua versão física (já que, de forma semelhante, adquirem o produto em troca de uma prestação pecuniária). E, de fato, poderia ser e só não o é devido aos entraves jurídicos impostos pelo contrato de adesão celebrado entre os fornecedores desses produtos e serviços e os usuários. Entretanto, o usuário adquire, apenas, uma licença de uso das músicas digitais. Como elucida Lacerda, é necessário que se tenha em mente qual é a intenção do consumidor ao adquirir estes bens digitais: “Não fosse a intenção de o usuário adquirir estes arquivos, em grande parte por meio de contratos online, teria ele outras opções, como simplesmente ouvir a música em diversos sites, ler o livro em bibliotecas digitais abertas, ou mesmo alugar o filme o qual preferiu comprar”. (LACERDA, 2021, p. 142) Fica evidente, então, que a intenção do consumidor, em se tratando de iTunes e dos serviços da Amazon é o de adquirir a propriedade destes bens digitais.

4.2.3 Termos de uso: milhas aéreas

Como ponderado no item referente ao conceito de milhas aéreas estas não devem ser confundidas com as diversas plataformas que comercializam este bem digital. As milhas aéreas são uma espécie de bem digital de caráter patrimonial que correspondem a uma moeda de troca. Elas podem ser adquiridas de diversas formas, sendo uma delas através de plataformas de companhias aéreas, que serão estudadas nesta seção.

A investigação passou pelo estudo do disposto no contrato de adesão da 123 milhas, MaxMilhas e HotMilhas.

Em se tratando da plataforma 123milhas os termos de uso dispõem que a conta, criada pelo usuário, é intransferível: “Em hipótese alguma será permitida a cessão, venda, aluguel ou outra forma de transferência de conta a terceiros” (123 MILHAS, [20--]). O que é permitido pela plataforma é a venda das milhas adquiridas para a própria plataforma. Como se sabe, (COMO..., 2021) as milhas são um ativo digital, uma espécie de moeda que pode ser utilizada como troca por, dentre outras possibilidades, passagens aéreas. No caso da 123 milhas essa moeda digital só pode ser utilizada pelo usuário que a adquiriu na própria plataforma, sem que haja a possibilidade dessa troca ocorrer de um usuário a outro. Realidade bem diferente da encontrada em outros serviços de compra e venda de milhas aéreas.

Em se tratando da plataforma MaxMilhas, é autorizada a venda em troca apenas de passagens, como se observa: “A venda de suas milhas poderá ser feita de forma parcial, para uma ou mais passagens” (MAXMILHAS, 2021). Entretanto, o que se percebe é que a plataforma permite a utilização da venda de milhas entre terceiros, atuando como intermediadora:

Se a MaxMilhas realizar a intermediação de emissão de passagens para terceiros utilizando suas milhas ofertadas, estas serão pagas por transferência bancária, nos bancos listados no momento de seu cadastro da oferta de milhas, a qual deverá colidir com a titularidade de seu login na MaxMilhas e no programa de fidelidade (MAXMILHAS, 2021).

Assim, comparando-a com outras espécies de ativos digitais, como os e-books ou as músicas digitais, há uma maior autonomia por parte dos detentores dessas milhas aéreas.

Por fim, em se tratando da plataforma HotMilhas há duas formas de adquiri-las:

1) a aquisição mediante pagamento integral de produtos ou serviços elegíveis de Parceiras, conforme por elas determinado; e 2) a utilização dos serviços elegíveis de transporte aéreo da (VRG/GOL) e/ou Parcerias Aéreas por trecho efetivamente voado

e integralmente pago pelo Participante, conforme determinado pelas Parceiras Aéreas. (SMILES, [2021]).

Ao fazer a leitura do contrato, percebe-se que, em regra, as milhas são intransferíveis:

Quaisquer transações ou transferências com milhas entre Contas, Participantes ou Programas são expressamente vedadas, dado o caráter pessoal e intransferível da milha, salvo no caso de produto ou promoção desenvolvidos pela Parceira em conjunto com a Smiles, com regras específicas relativas a tal produto ou promoção. Em hipótese alguma poderão as milhas ser convertidas em dinheiro, total ou parcialmente (SMILES, [2021]).

E ainda:

As milhas não poderão ser vendidas, doadas, cedidas, ou de qualquer forma alienadas ou oneradas, nem são passíveis de sucessão por herança, salvo em caso de produto ou serviço desenvolvido pela Parceira em conjunto com a Smiles e regulados por regras específicas relativas a tal produto ou serviço. (SMILES, [2021]).

Assim, percebe-se que a plataforma oferece uma baixa autonomia digital ao cliente que dela se utiliza. Ainda assim, a autonomia digital de uma pessoa que adquiriu milhas aéreas é maior do que a daquele que adquiriu um e-book, por exemplo. Portanto, há sim um avanço mas as plataformas apresentam-se bem distantes do que se almeja: uma realidade em paridade, similitude, ao que ocorre com a realidade de bens tangíveis. Estudiosos sobre o tema defendem ser possível a ampla transmissibilidade de milhas aéreas, como é o caso da autora: “as milhas aéreas possuem potencial econômico, devendo ser permitida a sua transmissibilidade mesmo que a grande maioria dos programas de fidelidade apresente cláusula de intransmissibilidade de seus pontos/milhas em seus contratos de adesão” (CUNHA, 2017, p. 76). Ademais, como se verá posteriormente, tribunais superiores têm decidido pela possibilidade de penhora de milhas aéreas devido ao seu caráter patrimonial. Essa convergência de pensamentos entre doutrina e poder judiciário atestam para a possibilidade jurídica de se utilizar milhas aéreas e outros bens digitais como objeto de um negócio jurídico.

4.2.4 Termos de uso: jogos online

Existem diversas plataformas online que possibilitam o acesso a jogos virtuais. A que será tratada nessa seção é a EA Play em que ao efetuar o pagamento de R\$19,90 o assinante tem livre acesso a uma biblioteca de jogos. Assim, o usuário não compra os jogos, mas sim o acesso a eles, de forma semelhante ao que ocorre nas plataformas de música Spotify e Deezer.

Em se tratando de licença, os termos de uso da plataforma assim dispõem “A EA lhe concede uma licença pessoal, limitada, intransferível, revogável e não exclusiva de utilização dos Serviços EA aos quais você tem acesso para uso não comercial.” (EAPLAY, 2021). Assim, a pessoa que assina o serviço não adquire a propriedade dos itens comprados, apenas o seu uso. Ainda segundo o contrato, corroborando com o já exposto, todo o conteúdo constante na plataforma, seja ele produzido pela EA Play, seja ele criado pelo próprio usuário, é propriedade da plataforma.

Um exemplo de bem digital adquirido na plataforma e que não pode ser vendido é a moeda virtual. Assim dispõe o contrato “A Moeda Virtual EA não pode ser vendida, comercializada, transferida nem trocada por dinheiro;” (EAPLAY, 2021) Por fim, outra disposição contratual que demonstra que o usuário não tem a propriedade sobre os bens digitais que integram a plataforma é:

Ao acessar ou usar um Serviço EA, você concorda que não vai:

(...)

Comprar, vender, negociar, transferir ou oferecer transferir sua Conta EA, acesso pessoal aos Serviços EA ou qualquer Conteúdo EA associado à sua Conta EA, incluindo a moeda virtual EA e outros Direitos, sejam dentro de um Serviço EA ou em um website de terceiros, ou ainda em relação a qualquer transação fora de jogo, a menos que expressamente autorizado pela EA (EAPLAY, 2021).

Um dos jogos que consta no catálogo da EA é o Fifa 21. Nele, o jogador deve criar seu time de futebol, selecionando jogadores de futebol com as mais variadas habilidades para jogar em cada posição. Cada jogador de futebol tem um valor de contratação e de salário. Assim, há uma verdadeira economia que envolve a realidade virtual. Cada usuário tem um valor x de moedas, denominadas “Moedas do FUT”, em que a transmissão para outro jogador é vedada pelos termos de uso: “A distribuição de moedas infla a economia do FIFA. (...) Mandar Moedas do FUT para amigos é uma forma de distribuição de Moedas e é contra nossas regras.” (FIFA21, 2021) Afirmar que a distribuição infla a economia é precipitado: só seria verdade se na transferência ocorresse a multiplicação monetária. Por exemplo se um usuário A tem 100 moedas e transfere 10 para o B permanecendo com as 100 iniciais. Ao contrário seria se ao transferir 10 para o usuário B ele passasse a ter 90. Nessa última hipótese não haveria inflação uma vez que o número de moedas circulando se manteria (100) e, conseqüentemente, o valor de cada moeda também permaneceria o mesmo.

As moedas são adquiridas através do Fifa Points que são “uma unidade monetária dentro de Fifa, mas que são comprados com dinheiro real.” (CAETANO, 2020) De acordo com matéria do site ESPN, 100 Fifas Points custam R\$6,00; já 12.000 chegam a um valor de R\$499,00 para

jogadores que não assinam a EA Play (para os assinantes há um pequeno desconto no qual pagam, respectivamente: R\$ 5,40 e R\$ 449,10 pela aquisição dos 100 e 12.000 Fifa Points). Assim, a Moeda do FUT, um bem digital que é a unidade monetária utilizada no jogo Fifa 21, é adquirida através da compra do pacote que as contém.

Em relação às compras que podem ser feitas em jogos online, Bruno Lacerda escreve que

A fim de “turbinar” as possibilidades no desenrolar do game, os jogos têm ofertado aos consumidores (inclusive crianças e adolescentes) a compra de “habilidades”, “vidas”, “armas”, dentre outros recursos, todos pagos por meio de uma simples transação via cartão de crédito (LACERDA, 2021, p. 80)

Uma pergunta que fica é: será que o assinante da plataforma tem consciência de que ele não é realmente proprietário desse bem digital, uma vez que ele investiu recursos econômicos para adquiri-lo? Será que ele tem a percepção de que está investindo tempo e dinheiro em algo que, juridicamente, pertence a outra pessoa? Apesar de constar no contrato supracitado, é necessário lembrar os ensinamentos de Patricia Pinheiro (2016) que ressalta o fato de que a população é imatura e inexperiente em se tratando de plataformas digitais, já que, muitas vezes, assina contratos eletrônicos sem ao menos fazer uma leitura do documento.

4.2.5 Termos de uso: canal no YouTube

Em se tratando da plataforma YouTube, os termos e condições de serviços, atualizados em 5 de janeiro de 2022, apresentam disposições relevantes ao presente trabalho. Em primeiro lugar a plataforma permite que o usuário crie e compartilhe bens digitais (sejam eles de caráter econômico ou não) como se observa ao fazer a leitura do seguinte trecho do contrato, em que a plataforma conceitua quais são os conteúdos que podem ser postados por um usuário:

O conteúdo do Serviço inclui vídeos, áudio (por exemplo, músicas e outros sons), imagens, fotos, texto (como comentários e scripts), marcas (incluindo nomes comerciais, marcas comerciais, marcas de serviço ou logotipos), recursos interativos, software, métricas e outros materiais, que são fornecidos por você, pelo YouTube ou por terceiros (coletivamente, "Conteúdo"). (YOUTUBE BR, 2021)

Ainda dispõe que (YOUTUBE BR, 2021) a responsabilidade pelo conteúdo postado é do próprio usuário que o inseriu na plataforma. O que se percebe ao fazer a leitura do seguinte trecho é que os direitos dos usuários se apresentam bem reduzidos pelo contrato celebrado:

As restrições a seguir são aplicáveis ao seu uso do Serviço. **Não é permitido:** acessar, reproduzir, fazer download, distribuir, transmitir, exibir, **vender, licenciar, alterar, modificar** ou usar de outra forma qualquer parte do Serviço ou **qualquer Conteúdo**, exceto: (a) se autorizado de forma expressa pelo Serviço; ou (b) mediante

uma permissão prévia por escrito do YouTube e, se aplicável, dos respectivos detentores dos direitos; (...)
 usar o Serviço para (...) (b) vender publicidade, patrocínios ou promoções em qualquer página de qualquer site ou aplicativo que contenha apenas Conteúdo do Serviço, ou em que o Conteúdo seja a base para tais vendas (por exemplo, vender anúncios em uma página da Web em que os vídeos do YouTube são o principal atrativo para os visitantes) (YOUTUBE BR, 2021, grifo nosso).

O contrato analisado permite que o usuário realize, por exemplo, a venda de um conteúdo postado (ou que será postado) em seu canal. Entretanto, exige-se que o negócio jurídico seja autorizado de forma expressa ou ainda mediante uma aprovação prévia por escrito do YouTube. Em termos comparativos, percebe-se que há uma maior autonomia do detentor destes bens digitais (de certo modo, assim como ocorrem nas milhas aéreas), no entanto é forçoso afirmar que é viável, ao usuário, conseguir estas autorizações em tempo hábil antes de se realizar o negócio jurídico. Sabe-se que (PIMENTA, 2020) o mercado opera em uma dinâmica na qual há um tempo certo para agir e tomar determinadas decisões (como a de realizar ou não um negócio jurídico que envolva a produção e circulação de um determinado conteúdo em um canal de grande alcance). Há um momento (tempo) ideal em que o tomador de decisão deve parar de colher as informações e deve implementar a sua escolha (chama-se este momento de *parada ótima*). Esperar a autorização pode significar um aumento elevado dos custos e uma conseqüente diminuição da rentabilidade do negócio jurídico, tornando-o demasiadamente custoso e inviável. Desta forma, há de se concluir que a autonomia que a plataforma oferece é, na verdade, uma autonomia aparente.

Ademais, o trecho supracitado também impede que um usuário que tenha um canal utilize seus vídeos em outras plataformas. Explica-se: imagine um jovem empreendedor que confecciona doces e que tenha um canal no YouTube para divulgar o seu trabalho. Ele não pode utilizar um de seus vídeos, criado e postado por ele, em seu blog para atrair possíveis compradores de seus produtos. Esta disposição impeditiva contraria a lógica do sistema político-econômico capitalista em que estamos inseridos uma vez que pode apresentar um entrave, injustificado, ao comércio e à circulação econômica.

A plataforma ainda exime-se de eventuais responsabilizações futuras, como se percebe ao realizar a seguinte leitura:

EXCETO SE EXIGIDO PELA LEGISLAÇÃO APLICÁVEL, O YOUTUBE, SUAS AFILIADAS, DIRETORES, CONSELHEIROS, FUNCIONÁRIOS E AGENTES NÃO SERÃO RESPONSÁVEIS POR LUCROS CESSANTES, RECEITAS, **OPORTUNIDADES DE NEGÓCIOS**, FUNDOS DE COMÉRCIO OU ECONOMIAS ANTECIPADAS; PERDA OU CORRUPÇÃO DE DADOS; PERDA INDIRETA OU CONSEQUENTE; DANOS PUNITIVOS (YOUTUBE BR, 2021, grifo nosso)

Em se tratando de direito de propriedade, (YOUTUBE BR, 2021) a plataforma informa que o usuário a detém em relação ao conteúdo postado, entretanto apresenta algumas reservas como a de que o YouTube tem o direito de lucrar, através de anúncios, (direito de monetização) sobre o conteúdo postado pelo titular da conta. Também reserva para si a possibilidade de remoção do conteúdo bem como o de cópia antes de realizar a remoção.

4.2.6 Termos de uso: instagram

A plataforma apresenta diversas diretrizes em seus termos de uso. Seleciona-se, aqui, as mais pertinentes ao tema da dissertação. A primeira delas é a que informa “Usamos seus dados pessoais, como informações sobre suas atividades e interesses, para lhe mostrar anúncios mais relevantes.” (INSTAGRAM, 2021) ou seja, a rede social coleta dados de pesquisa, por exemplo, e passa a mostrar anúncios relacionados a eles.

Assim, se um usuário pesquisar na plataforma informações referentes a uma determinada linha de shampoo, ao utilizar o Instagram (ao “rolar o feed” ou assistir stories em sequência de pessoas que segue) receberá anúncios da linha pesquisada anteriormente. Um questionamento fica evidente: quem é o produto da relação jurídica? A plataforma, que fornece mecanismos para o usuário postar fotos, vídeos e interagir ou seria o próprio dono do perfil, que é visto como um possível comprador de determinados produtos? A partir do disposto nesse termo de uso o que transparece é que o que é comercializado são os dados do usuário, caracterizando uma relação abusiva entre a plataforma e o detentor da conta.

Soma-se a esse trecho o que dispõe que o proprietário do Instagram não possui todas as faculdades do direito de propriedade:

Você não pode vender, licenciar ou comprar nenhuma conta ou dado obtido de nós ou de nosso Serviço. **Isso inclui tentativas de comprar, vender ou transferir qualquer elemento de sua conta** (incluindo seu nome de usuário), solicitar, coletar ou usar credenciais de login ou selos de outros usuários, solicitar ou coletar nomes de usuário e senhas do Instagram ou apropriar-se indevidamente de tokens de acesso (INSTAGRAM, 2021, grifo nosso).

Esse dispositivo corrobora com o que já foi exposto: a pessoa que está por detrás do perfil é vista como mera mercadoria entre a plataforma e os anunciantes. O proprietário da conta não possui o uso pleno dos atributos do direito de propriedade, sendo visto como mero possuidor de sua conta. Além disso, o dono da conta não pode, devido à essa cláusula, utilizar o seu perfil

como objeto de um negócio jurídico como a locação ou o comodato. Uma conta que tenha grande alcance e visibilidade não poderá ser cedida a outra pessoa para que esta aborde assuntos relevantes à toda população. Importante pontuar que na atualidade a internet, devido ao seu grande alcance, é um importante meio de comunicação. Faz-se razoável pensar na possibilidade de que uma celebridade digital ceda, a título oneroso ou gratuito, o seu perfil no Instagram para que uma outra pessoa aborde assuntos importantes como o racismo ou a desigualdade social. Utilizar a plataforma como meio de discutir assuntos relevantes à sociedade é garantir-lhe o seu uso em consonância com a sua Função Social atribuindo-lhe, portanto, um uso que corrobora com os princípios elencados e prescritos pela Constituição da República de 1988, como já pontuado.

Além disso, essa relação desequilibrada, presente não só nos termos e condições de uso do Instagram como das demais plataformas estudadas, pode ser vista como uma cláusula abusiva que privilegia a plataforma, que possui uma vantagem exagerada em relação ao usuário. Assim sendo, como dispõe o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 51, essas cláusulas são nulas de pleno direito.

Assim, verifica-se que essa relação jurídica é desproporcional, deixando o usuário em uma situação precária. Mudanças ocorrem e são bem-vindas quando trazem benefícios aos consumidores e à população em geral. A título exemplificativo, (LOSSO, 2008) tem-se o fim do oligopólio das gravadoras de disco com a popularização do MP3 e a possibilidade que os usuários passaram a ter de fazer o download das músicas em seu computador, não necessitando adquirir o CD. Com os avanços da internet e dos bens digitais novas possibilidades surgem e estas não podem ser limitadas por cláusulas contratuais que beneficiam tão somente a plataforma digital.

Outro ponto que merece ser realçado é que há um contrassenso entre o estipulado nestes contratos de adesão e o disposto na Lei de Liberdade Econômica de 2019. Como visto, os contratos vedam que se utilize os bens digitais de caráter patrimonial como objeto de uma obrigação. No entanto a legislação brasileira, mais especificamente a Lei de Liberdade Econômica em seu artigo 3º estabelece que:

Art. 3º São direitos de toda pessoa, natural ou jurídica, essenciais para o desenvolvimento e o crescimento econômicos do País, observado o disposto no parágrafo único do art. 170 da Constituição Federal:

(...)

VI - desenvolver, executar, operar ou comercializar novas modalidades de produtos e de serviços quando as normas infralegais se tornarem desatualizadas por força de desenvolvimento tecnológico consolidado internacionalmente, nos termos

estabelecidos em regulamento, que disciplinará os requisitos para aferição da situação concreta, os procedimentos, o momento e as condições dos efeitos; (BRASIL, [2021b])

Levando-se em conta que a legislação brasileira não regulamenta os bens digitais (estando, assim, desatualizada frente ao desenvolvimento digital em que a sociedade brasileira e mundial está inserida) pode-se concluir, pela leitura do dispositivo supracitado, que é um direito da pessoa comercializar estes ativos digitais. Conforme ainda o dispositivo legal, este direito serviria de promoção ao desenvolvimento econômico de todo o país, beneficiando, assim, toda a coletividade.

No próximo tópico serão abordados aspectos relevantes envolvendo o direito do consumidor como as vulnerabilidades em que o consumidor digital está exposto devido aos contratos de adesão celebrados e como a academia e a legislação atual trata a temática. Assim, o estudo da próxima seção terá como principal objetivo a compreensão do conceito de consumidor, bem como de consumidor digital.

4.3 Consumidor Digital

Compreendido o conteúdo dos contratos que disciplinam a relação jurídica entre consumidor e fornecedor digital deve-se fazer um estudo sobre os contratos eletrônicos bem como das partes que integram essa relação jurídica, focando no consumidor. O objetivo será o de realizar um estudo focado na relação no contexto eletrônico, compreendendo conceitos fundamentais como o de consumidor digital. Assim, busca-se averiguar, por um outro prisma, se essa nova relação jurídica tem dado ensejo a um comportamento abusivo por parte dos fornecedores.

Assim, será abordado, primeiramente, o conceito de contrato eletrônico. A autora Antônia Klee (2008) explica que o instituto do contrato existe desde a antiguidade, sobrevivendo a diversos regimes político-econômicos e, diante da globalização em que estamos inseridos, recebe uma nova roupagem: a dos contratos eletrônicos. Ela ainda expõe que “a internet não é uma nova fonte de obrigações, nem cria um novo tipo contratual, mas é um outro meio através do qual o consumidor pode se relacionar com os fornecedores de produtos e serviços.” (KLEE, 2008, p. 18). E ainda “O contrato celebrado por meio da internet é um exemplo de um novo modo de contratar, do qual se originam obrigações, que nascem no meio eletrônico” (KLEE, 2008, p. 84) Desta forma, de acordo com a autora, ao se referir aos contratos eletrônicos não se faz menção a uma nova modalidade contratual, seja ela típica (como contrato de compra e venda e doação) ou atípica (como o contrato de hospedagem). A melhor compreensão para os

contratos eletrônicos seria a de contratos que são celebrados por uma outra forma: a digital. Assim, o instrumento jurídico que permite a mobilização de riquezas *inter vivos* pode ser celebrado pela forma oral, pela forma escrita ou ainda pela forma digital (sendo essa última melhor compreendida como um gênero que comporta, tanto a forma oral, por exemplo por chamadas de vídeo, quanto a forma escrita, como ocorre com os contratos de adesão eletrônicos).

Este entendimento está alinhado ao entendimento internacional sobre o tema, uma vez que em 1996 a Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (UNCITRAL), estabeleceu a Lei Modelo sobre Comércio Eletrônico (LMCE) na qual foram traçados os primeiros entendimentos sobre o comércio eletrônico (e, conseqüentemente, sobre os contratos celebrados no ambiente virtual). Os autores Fabrício Polido e Lucas Silva, ao discorrerem sobre a LMCE explicam que “Seu maior objetivo é o de oferecer aos legislativos nacionais regras internacionalmente aceitas voltadas para a remoção de obstáculos legais relacionados ao comércio eletrônico, facilitando-o por meio da segurança jurídica” (POLIDO, SILVA; 2017, p. 167)

Para tanto, os autores Polido, Silva (2017) ainda explicam que a legislação de 1996 contou, inicialmente, com a presença de três princípios: não discriminação prejudicial, segundo o qual um documento eletrônico possui validade jurídica tal qual um documento não virtualizado. O segundo é princípio é o da equivalência funcional, que trata da equivalência das comunicações eletrônicas e das que são realizadas por outro meio, como o papel. Talvez em 1996 esse princípio causasse uma maior estranheza, mas, atualmente, com a crescente digitalização das relações humanas, o inimaginável seria tratar de maneiras distintas uma comunicação eletrônica de uma realizada em um papel. Por fim, apresenta-se o princípio da neutralidade tecnológica:

Este princípio leva em consideração o rápido desenvolvimento das novas tecnologias de comunicação e sugere que as regras a serem adotadas pelos Estados sejam as mais neutras possíveis com relação à tecnologia utilizada para o envio das mensagens e documentos, evitando, com sua flexibilidade, novas adaptações legislativas no futuro (POLIDO, SILVA, 2017, p. 169).

Posteriormente, em 2005, através da Convenção das Nações Unidas sobre o Uso de Comunicações Eletrônicas em Contratos Internacionais (UNECIC - sigla em inglês), o comércio eletrônico passa a ser regulado, também, por outros princípios:

- (i) internacionalidade, harmonização, unificação e interpretação autônoma; (ii)

facilitação do comércio; (iii) segurança jurídica e previsibilidade comercial; (iv) liberdade contratual; (v) boa-fé; (vi) proteção da confiança razoável; (vii) liberdade de forma; e (viii) localização física das partes (POLIDO, SILVA, 2017, p. 171).

Importante pontuar que, até o momento, o Brasil não ratificou estes acordos internacionais. No Brasil a matéria envolvendo a relação de consumo e o instrumento jurídico dos contratos pode ser entendida a partir do disposto na Constituição da República, do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor, bem como pelo entendimento doutrinário sobre a matéria. Um ponto que se destaca é o fato de o consumidor ser considerado, inegavelmente, o elo mais fraco da relação jurídica. Se, por um lado, em uma relação contratual civil os polos obrigacionais são, a princípio, tidos como paritários, como se percebe pela leitura do artigo 421-A¹³ do Código Civil, a leitura do Código de Defesa do Consumidor bem como o posicionamento doutrinário nos revela um entendimento contrário no tocante às relações consumeristas. De acordo com Paixão (2019) o CDC estabelece, como eixos fundantes, a vulnerabilidade do consumidor bem como a necessidade da intervenção estatal protetiva.

Em se tratando de contratos eletrônicos entre consumidores e fornecedores, Paixão (2019) afirma que eles se encaixam em uma das três possibilidades: ou serão negociados via internet, ou concluídos pela internet ou, ainda, executados via internet. Na primeira modalidade, os negociados via internet, “o computador age como um simples meio de comunicação, não diferindo de qualquer outro meio telemático, como o telefone ou o fax” (PAIXÃO, 2019, p. 25). O autor ainda explica que nessa modalidade

há uma base contratual convencional, celebrada por meio escrito, restando a comunicação eletrônica apenas a tarefas acessórias. Por exemplo, um consumidor que negocia via e-mail a compra de certos bens de consumo, acordando preço, frete, condições especiais, etc., optando por concluir o contrato in loco, com a assinatura do instrumento. (PAIXÃO, 2019, p. 26)

Já aqueles que são concluídos via internet utilizam-se, um pouco mais, do virtual, já que não só a celebração como a conclusão ocorrem por vias eletrônicas. Como exemplo tem-se os leilões virtuais nos quais “a parte estipula um valor mínimo de venda e durante certo período de tempo o bem fica disponível para que ofertantes façam seus lances, vencendo aquele que atingir o maior lance” (PAIXÃO, 2019, p. 26).

Os executados via internet são aqueles em que

¹³ Art. 421-A. Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais (BRASIL, [2022b]).

há a chamada desmaterialização do objeto contratual (...) Nesse tipo de contrato, algumas ou todas as prestações que compõem a relação obrigacional serão executadas pela via informática, seja o pagamento pelo consumidor, seja o próprio dar (bens de consumo) ou fazer (prestação de serviços) do fornecedor (PAIXÃO, 2019, p. 27).

Ou seja, os contratos executados via internet são aqueles em que o objeto do contrato pode ser um e-book, uma música digital, um filme ou qualquer outro bem digital de caráter patrimonial. Assim, é importante compreender que, como pontuado por Pinheiro, o comércio eletrônico demonstra que a sociedade da informação está inserida em um contexto marcado por novos negócios:

A sociedade digital já assumiu o comércio eletrônico como um novo formato de negócios. Já existem o e-commerce (via online tradicional), o m-commerce (via mobile), s-commerce (via mídia social), o t-commerce (via tv digital ou interativa) e, mais recentemente, o thing commerce (via internet das coisas). (PINHEIRO, 2021, p. 53).

Esses novos negócios se refletem, também, em novas formas de contratar, como já pontuado.

Ao se referir aos contratos eletrônicos, ainda mais àqueles que têm por objeto bens digitais, não se pode olvidar dos que envolvem a economia do compartilhamento. Ao se tratar dessa modalidade, fala-se tanto em relações “par a par” (ou peer-to-peer), marcada pela paridade entre os polos, e que possui como característica o fato de que o compartilhamento eletrônico de bens, no qual a transmissibilidade (por exemplo de uma música online), não impede que o primeiro detentor ainda a tenha em seu dispositivo eletrônico. Sobre essa rede de trocas o professor Eduardo Goulart Pimenta assim explica:

A disseminação da internet permitiu, especialmente nos últimos anos, que se começasse a desenvolver a ideia de uma rede de participantes de um determinado mercado no qual, por meio eletrônico, fosse possível e seguro trocar mutuamente bens, valores, serviços e/ou conteúdos, sem a necessidade de um intermediário, centralizador das transações entre eles (PIMENTA, 2020, p. 296).

Importante ressaltar que, ao se referir a economia do compartilhamento, pode-se ter uma relação entre pares, o P2P, mas também entre fornecedores e até entre fornecedores e consumidores:

Vale salientar que a análise da sharing economy não se limita aos contratos P2P, podendo existir contratos B2B ou o clássico B2C, como ocorre no compartilhamento de veículos, quando a própria empresa que opera a plataforma digital disponibiliza carros para aluguel por curtos períodos de tempo (PAIXÃO, 2019, p. 33).

Isso se deve ao fato de que a forma de contratar bem como os objetos do contrato tem sofrido alterações na contemporaneidade. Marcelo Paixão ainda expõe sobre essa modalidade contratual:

Essa é a essência da economia do compartilhamento, um plexo de redes contratuais que devem funcionar como um sistema, onde num *click* o consumidor solicita um carro para uma corrida num aplicativo de transporte de passageiros e dá origem ao contrato com a plataforma eletrônica, com o motorista, com a empresa de cartão de crédito, do motorista com a plataforma eletrônica e da plataforma eletrônica com a empresa do cartão de crédito (PAIXÃO, 2019, p. 34).

Klee (2008) afirma que em se tratando de comércio eletrônico, a modalidade preponderante são os contratos de adesão, nos quais o consumidor não tem a faculdade de contestar as cláusulas contratuais. Para Paixão esta modalidade “se aproxima mais de uma lei do que de um acordo de vontades” (PAIXÃO, 2019, p. 59). Vale pontuar que, diferentemente de uma lei, o consumidor pode optar por não celebrar o contrato de adesão (no caso da legislação o indivíduo não tem a possibilidade de escolher aquelas partes que se aplicam a ele e as que não se aplicam). Nos contratos de adesão o consumidor manifesta a sua vontade ao aceitar as condições contratuais que lhes são apresentadas. A professora Claudia Lima Marques pontua sobre a manifestação de vontade nos contratos de adesão ao afirmar: “Nos contratos eletrônicos, há acordo de vontade, há vontade manifestada, mesmo que de adesão e "de conduta social típica". Logo, há contrato, mesmo que unilateralmente elaborado e muitas vezes não acessível ao consumidor” (MARQUES, 2006, p. 14).

O ponto que se deve ater é o fato de que, em muitos casos, há pouca ou nenhuma competição entre as plataformas que elaboram os contratos de adesão. Desta forma, caso o consumidor queira adquirir um e-book, por exemplo, ele não tem a opção de escolher entre a plataforma A que lhe oferece tão somente uma licença de uso ou a plataforma B que lhe concederia, a título exemplificativo e hipotético, a propriedade do bem. Este fenômeno foi ratificado pelo estudado nos itens 4.2.1 a 4.2.6, no qual fez-se um estudo sobre os contratos de adesão que disciplinam as relações jurídicas entre consumidores e fornecedores de bens digitais.

A gravidade dessa realidade é intensificada ao se compreender o conceito de consumidor digital. Para tanto será apresentado, primeiramente, o conceito de consumidor. Paixão explica que o consumidor, de acordo com a teoria finalista, aplicada pelo STJ:

reconhece, por equiparação, o consumidor intermediário ao consumidor final, pois assenta que a delimitação conceitual da figura do consumidor não está propriamente na destinação econômica do produto ou serviço adquirido, mas na acentuada vulnerabilidade subjacente àquela relação jurídica de forma a justificar a proteção

especial com vistas à equalização das obrigações deduzidas (PAIXÃO, 2019, p. 93).

Diante dessa exposição, tem-se uma compreensão completa do disposto no artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor que o conceitua da seguinte forma: “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.” (BRASIL, [2021a]). Assim, em uma compreensão do artigo em sintonia com todo o exposto no CDC e na Constituição da República¹⁴, entende-se que o consumidor realiza um negócio jurídico, em específico uma obrigação, diante da qual é considerado o elo mais vulnerável. Isso se deve ao fato de que no polo oposto, ou seja, o devedor da prestação, se encontra o fornecedor que é assim conceituado pelo ordenamento jurídico:

Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. (BRASIL, [2021a])

O conceito de fornecedor apresentado pelo Código de Defesa do Consumidor, se comparado ao que é disciplinado pela doutrina, permite ao leitor uma maior percepção sobre a sua expertise em relação ao objeto contratual. Em relação ao conceito de fornecedor, os professores Caio Mário Neto e Bruno Renzetti assim explicam: “Parte-se da constatação de que o fornecedor é, por natureza, um especialista nos produtos e serviços que oferta, sendo detentor de maior volume de informação, que leva a um aumento em seu poder de barganha em face do consumidor” (PEREIRA NETO, RENZETTI, 2020, p. 89).

Esse maior poder de barganha, em relação ao consumidor, é real e também é pontuado pela professora Claudia Lima Marques: “Mister valorizar as diferenças no poder de barganha, de especialização e de informação dos leigos frente aos experts, assim como aumentar o uso construtivo e social das cláusulas gerais, sempre visando atingir o equilíbrio e a equidade do contrato” (MARQUES, 2006, p. 8).

Entretanto, ressalta-se que nos casos dos contratos de adesão esse poder de barganha é uma vantagem do fornecedor em relação ao consumidor, mas que não precisa ser utilizado em vista das características do instrumento jurídico, no qual não há a negociação das cláusulas

¹⁴ A Carta Magna brasileira garante a proteção ao consumidor em seu artigo 5º XXXII que assim dispõe: “o Estado promoverá, na forma da lei [Código de Defesa do Consumidor], a defesa do consumidor;” (BRASIL, [2022a]) e em seu artigo 170, V: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: V - defesa do consumidor” (BRASIL, [2022a]).

contratuais.

Ou seja, compreende-se que o fornecedor é aquele que, de forma habitual, realiza a atividade de, por exemplo, vender um bem jurídico. Tome-se, por exemplo, uma pessoa que tem um determinado veículo e decide vendê-lo para comprar um outro veículo. Nesse exemplo o negócio jurídico será regulado pelo código civil, uma vez que estar-se-ia diante de um negócio jurídico entre civis. Esse vendedor não é especialista na venda de automóveis, realizando-a de forma esporádica. Diferentemente ocorre com o dono de uma concessionária de carros que realiza o mesmo negócio jurídico algumas vezes ao dia durante anos. Nesse último exemplo o devedor terá, em regra, um maior conhecimento sobre o produto em relação ao comprador.

Assim, o consumidor é considerado vulnerável por, diferentemente do fornecedor, não lidar com habitualidade com o objeto obrigacional. A vulnerabilidade característica do consumidor é subdividida em vulnerabilidade fática, jurídica e técnica. A vulnerabilidade técnica, de acordo com Miragem (2021) resulta do fato de que, muitas vezes, o consumidor não tem o mesmo grau de conhecimento e especialização em relação ao produto ou serviço como o fornecedor; a vulnerabilidade jurídica advém do fato de que muitos consumidores não sabem quais são os direitos e deveres resultantes daquele contrato celebrado, não sabem o que lhes é garantido pelo ordenamento jurídico (como o direito ao arrependimento ou a garantia legal que lhe é conferida); já a vulnerabilidade fática, por sua vez, é uma espécie mais ampla que contempla realidades como a situação econômica do consumidor (sempre em relação à do fornecedor).

Já o professor Marcelo Paixão (2019) explica que além dessas vulnerabilidades características, aos consumidores digitais lhes são acrescentadas outras, o que faz com que eles transcendam à característica da vulnerabilidade, integrando a da hipervulnerabilidade. De acordo com o professor, o termo hipervulnerabilidade é

um conceito já consolidado tanto na doutrina quanto na jurisprudência, embora seja mais comum sua utilização para o consumidor idoso, criança, enfermo, ou que por alguma circunstância pessoal experimente uma redução em sua capacidade de autodeterminação frente à oferta ou publicidade do fornecedor. Ou seja, decorre da conjugação de alguma situação fático-jurídica que já agrega uma proteção especial da pessoa, reconhecida como tal pelo ordenamento jurídico, aliado à condição de consumidor. De uma forma geral, pode-se antever uma realidade análoga à que se observa com o consumidor digital (PAIXÃO, 2019, p. 98).

A professora Claudia Lima Marques ao expor sobre as vulnerabilidades em que o consumidor digital está sujeito explica:

a internet traz uma aparência de liberdade, com o fim das discriminações que conhecemos (de cor, sexo, religião, etc.) e o fim dos limites do mundo real (fronteiras, línguas diferentes, riscos de viagens, etc.), mas a vulnerabilidade do consumidor aumenta. Como usuário da net, sua capacidade de controle fica diminuída é guiado por links e conexões, em transações ambigualmente coordenadas, recebe informações que desejam lhe fornecer, tem poucas possibilidades de identificar simulações e “jogos”, de proteger sua privacidade e autoria, de impor sua linguagem. Se tem uma ampla capacidade de escolher, sua informação é reduzida (extremo déficit informacional), a complexidade das transações aumenta, sua privacidade diminui, sua segurança e confiança parecem desintegrarem-se em uma ambiguidade básica: pseudo-soberania do indivíduo/sofisticação do controle (MARQUES, 2006, p. 16).

Uma situação comum no campo virtual e que intensifica essa condição de vulnerabilidade do consumidor é a aplicabilidade das técnicas de neuromarketing em que os consumidores digitais estão expostos. O autor Marcelo Paixão (2019) explica que muitos consumidores veem no virtual um ambiente familiar (devido a, dentre outros fatores, a forma como os produtos e serviços são apresentados ao consumidor como por meio de *layouts* de sites atrativos). Desta forma, técnicas de neuromarketing, utilizadas para persuadir e induzir o consumo, são aplicadas de forma mais sutil e com maiores efeitos sobre os consumidores digitais, aumentando a sua vulnerabilidade. Bruno Miragem também aborda essa questão ao discorrer:

A internet revela-se ambiente propício a uma nova estratégia de comunicação, tendo em conta que as escolhas do consumidor não serão totalmente racionais (bounded rationality), mas influenciadas por cores, formatos, design, discurso e outros elementos da apresentação de produtos, serviços ou do próprio contrato, formando incentivos sensoriais ou emocionais direcionados à tomada de decisão. (MIRAGEM, 2021, p. 249).

A própria prestação em si pode ser uma causa da hipervulnerabilidade do consumidor digital. Os bens digitais, por mais que estejam em ascensão na sociedade, ainda assim apresentam-se como uma nova realidade em que muitos ainda estão aprendendo a interagir. O autor assim expõe:

Trata-se, na realidade, da aquisição de bens e serviços intangíveis, com pouco ou nenhum vestígio físico, cuja existência, funcionamento e atributos escapam ao conhecimento do consumidor médio. É o software, o arquivo digital (o filme mp4., a música mp3., o e-book, etc.), o banco de dados, as assistências informáticas remotas, os serviços bancários eletrônicos, os cursos online ou os programas e dados que integram e fazem funcionar um gadget (como os sistemas de um smartphone, um computador, um smartwatch ou uma smart TV), etc. (PAIXÃO, 2019, p. 133).

O professor Bruno Miragem, em entendimento similar, também afirma que o objeto da prestação, sendo os bens digitais, pode ser um novo fator a contribuir para a hipervulnerabilidade do consumidor digital. Ainda acrescenta que essa nova realidade como um todo pode, de certo modo, ser negativa ao consumidor ao aumentar a sua vulnerabilidade.

Ele assim pontua:

Por outro lado, o surgimento de bens digitais, a aplicação crescente de inteligência artificial e o desenvolvimento da internet das coisas, acrescentando automação dos produtos e serviços, modificam substancialmente o objeto do consumo. Será este o contexto que justifica o reconhecimento de outra dimensão da vulnerabilidade informacional, que não se resume à falta ou à pouca qualidade da informação prestada, mas a ausência de habilidade ou familiaridade com o ambiente digital, o que repercute tanto na interpretação das manifestações nele emitidas ou recebidas, quanto na própria capacidade de resposta adequada a seus interesses nas relações jurídicas que resultem daí (MIRAGEM, 2021, p. 249).

Outro fator que também pode ser apontado como amplificador dessa vulnerabilidade é o fato de que, em muitos casos, os consumidores desses bens digitais não se darem conta de que há um contrato de adesão digital envolvendo a relação jurídica, como pontua o professor Daniel Almeida: “em alguns casos o usuário na Internet sequer sabe da existência de um termo de uso que regula a relação” (ALMEIDA, D. 2017, p. 83).

Muitos, ao decidirem comprar um e-book, acessar uma plataforma de músicas digitais ou adquirir milhas aéreas clicam em “Aceito os termos de uso” sem nem ter lido-os, simplesmente por mera formalidade e habitualidade que antevem o acesso ao bem ou serviço desejado. Essa realidade faz com que a assimetria informacional, quanto ao conteúdo do pactuado, torne o consumidor ainda mais vulnerável. Lacerda (2021) pondera que a velocidade das relações digitais contribui para que os aderentes não leiam os contratos de adesão eletrônicos o que contribui para a percepção de abusos nestas relações consumeristas.

Sobre essa questão, Patricia Pinheiro (2021) pondera que falta educação tecnológica – as pessoas precisam aprender a usar a internet e os mecanismos que ela proporciona. A realidade digital é relativamente nova e é compreensível essa falta de entendimento:

No entanto, se a alternativa é permitir com orientação, vigilância e aplicando medidas disciplinares ou mesmo jurídicas a quem faz uso inadequado, antiético ou mesmo ilegal, como garantir o conhecimento sobre o que é o certo e o errado se todos dão OK nos Termos de Uso sem ler? (PINHEIRO, 2021, p. 34).

Uma solução para tal cenário poderia vir através de uma maior educação tecnológica bem como uma modificação na forma como os contratos online são apresentados para promover e incentivar a leitura dele por parte dos usuários: “De nada adianta tantos textos orientativos se as pessoas dão “OK” sem ler. Mas e se fosse um vídeo? Ou se fosse apresentado através de “memes” ou imagens, será que provocaria mais leitura?” (PINHEIRO, 2021, p. 52). Devido às características do instrumento jurídico, talvez não fosse adequado apresentá-lo através de

“memes”. No entanto, reformular os longos contratos de adesão eletrônico, através de vídeos e/ou imagens, poderia contribuir para uma maior conscientização dos consumidores acerca do objeto contratual.

Essa hipervulnerabilidade no ambiente digital já tem sido percebida e tem-se tentado minimizá-la através de algumas legislações como a LGPD e o Marco Civil da Internet: “Nesse sentido, aos poucos se desenha um novo microssistema, que também leva em conta a hipossuficiência dos usuários de plataformas digitais, mas que é muito mais especializado na proteção da privacidade e no tratamento de dados pessoais” (PEREIRA NETO, RENZETTI, 2020, p. 91).

Diante dessa vulnerabilidade que se intensifica no ambiente virtual, deve-se indagar: será que as cláusulas contratuais que impedem a transmissibilidade dos bens digitais, presentes em diversos contratos de adesão, como já pontuado no tópico anterior, são nulas? O Código de Defesa do Consumidor apresenta um rol, meramente exemplificativo, em seu artigo 51 demonstrando situações em que o contrato é nulo, objetivando reequilibrar essa relação jurídica entre consumidor e fornecedor. Destaca-se, aqui, o inciso IV deste dispositivo legal:

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (...)
IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade; (BRASIL, [2021a])

As cláusulas dos contratos de adesão eletrônico estudadas mostram-se injustas, tanto do ponto de vista do ordenamento jurídico quanto da política (como se verá mais adiante), sendo assim iníquas. Colocam o consumidor em grande desvantagem, ao não conferir-lhe a autonomia digital necessária e, por não cumprirem com o dever de informação, como já pontuado, são claramente incompatíveis com a boa-fé objetiva.

Além disso, a professora Cláudia Lima Marques, em 2006, já se referia ao vício informacional nas relações de consumo virtuais:

vício do produto informacional ou eletrônico, um vício de qualidade ou de quantidade do produto ou serviço, que quebra a confiança do consumidor (por exemplo, rapidez do serviço, atualização das informações ou dados, segurança dos dados etc.), vício agora também desmaterializado, o que pode bem trazer muitos problemas de prova (MARQUES, 2006, p. 20).

Uma reflexão que se pode fazer é: será que, por ter pouco ou nenhum conhecimento sobre os termos contidos nos contratos de adesão eletrônicos assinados, haveria a quebra da confiança

por parte do consumidor? Se, em um futuro próximo, os consumidores perceberem a impossibilidade de realizarem negócios jurídicos com os seus bens digitais devido às cláusulas dos contratos celebrados, estas poderiam ser consideradas nulas (uma vez que o rol é meramente exemplificativo), tendo a justificativa jurídica em um vício do produto informacional?

Um ponto a se ponderar é se há uma lacuna legislativa no tocante aos bens digitais que acentuaria essa vulnerabilidade característica do consumidor digital. Como já ressaltado, aos poucos o direito digital ganha um sistema jurídico próprio que regula as suas interferências na realidade do ser humano. Mas afinal, quando há a necessidade de se criar uma legislação sobre um tema específico? Diante de várias respostas pertinentes a essa indagação, uma se sobressai: para a proteção da pessoa, seja na esfera patrimonial, seja na existencial. No capítulo 6 essa questão será analisada de forma aprofundada. Adianta-se uma questão pertinente: como o rol do artigo 51 é meramente exemplificativo e o consumidor é considerado como o elo mais vulnerável dessa relação jurídica, não seria de se espantar que em um futuro próximo a legislação brasileira possa validar negócios jurídicos que tenham como objeto mediato um bem digital. Como se viu, há uma discussão na academia sobre a possibilidade de um bem imaterial ser considerado como propriedade do usuário.

No próximo tópico será abordada a questão relativa aos direitos autorais. Se fica evidente que o consumidor digital deve ser protegido acrescenta-se a necessidade de que os criadores de conteúdo digital também devem ter seus direitos resguardados pelo ordenamento jurídico. Uma indagação que se faz é: um bem digital compondo o objeto de um contrato fere os direitos autorais dos criadores desses bens? Tentar-se-á responder a essa indagação no próximo tópico.

4.4 Direitos Autorais

Compreendeu-se o disposto nos contratos que disciplinam a relação jurídica entre usuário e plataforma dos mais diversos bens digitais. Outro estudo que também se faz pertinente é o dos direitos autorais cujo objetivo será o de compreender se a ampliação da autonomia digital, de alguma forma, fere os direitos daqueles criadores de bens digitais, uma vez que o contexto eletrônico possibilita a transferência dos bens imateriais de forma distinta da que os bens materiais são transferidos. Essa transferência, seja ela realizada em meio material ou imaterial, deve respeitar os direitos daquele que empregou esforços intelectuais para a criação da obra (como um compositor que dedicou meses para a criação de uma música). Assim, a facilidade de multiplicação de uma obra no contexto digital não deve ser uma forma de ferir os direitos autorais, como pontuam os professores: “Atualmente, presencia-se com muita frequência no

ciberespaço condutas de multiplicação da obra que violam potencialmente direitos autorais alheios, tais como: digitalizar um livro técnico com edição esgotada para estudar e depois encaminhá-lo a vários amigos por e-mail” (VIEGAS, POLI; 2014, p. 308).

Se faz necessário, então, realizar um estudo a fim de se encontrar o equilíbrio entre os direitos do autor da obra, que devem ser resguardados, e a autonomia do comprador do bem digital que também deve ser garantida.

Um primeiro ponto a se considerar é a legislação vigente. Os direitos autorais estão disciplinados na lei 9.610/98 que conta com 115 artigos separados em 5 Títulos. A lei brasileira disciplina alguns direitos utilizando termos como “distribuição” e “reprodução”. A distribuição, segundo Losso (2008) refere-se ao ato de disponibilizar, via negócio jurídico, uma obra a um terceiro. Ela ocorre uma única vez e se faz entre suportes diferentes como explica o autor:

O esgotamento dos direitos de distribuição ocorre no momento em que um CD é vendido pela primeira vez ao usuário, que pode, a partir disso, revendê-lo a terceiros, já que é proprietário do meio físico que contém a obra musical. Desse modo, o titular dos direitos autorais vê esgotar seus direitos de distribuição em relação àquela cópia, e a revenda que é praticada pelo usuário se dá sem qualquer satisfação àquele (LOSSO, 2008, p. 108).

A reprodução, por sua vez, caracteriza a cópia autorizada de um arquivo a outros locais pessoais para futuros acessos. “Por exemplo, o usuário que comprou um CD e transfere seu conteúdo para o computador (...) pratica uma reprodução” (LOSSO, 2008, p. 105)

Importante pontuar que a legislação em questão dispõe sobre a forma como as obras podem ser distribuídas, conforme se verifica no art. 5, IV:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

IV - distribuição - a colocação à disposição do público do original ou cópia de obras literárias, artísticas ou científicas, interpretações ou execuções fixadas e fonogramas, mediante a venda, locação ou qualquer outra forma de transferência de propriedade ou posse (BRASIL, [2013]).

Em sua tese o autor Fábio Losso ensina que

o conceito legal de distribuição é amplo e, ao prever “qualquer outra forma de transferência de propriedade ou posse”, o que acaba por também atingir o usuário que porventura venha a oferecer, mesmo que sem cobrança, uma música por meio de um sítio na internet ou sistema de troca de arquivos (P2P), já que a transferência de propriedade pode, por exemplo, ocorrer por meio de doação (LOSSO, 2008, p. 103).

Como pontuado, a disciplina legal brasileira não restringiu o conceito de distribuição. A lei é de 1998 e a tese em questão foi defendida em 2008. Na década de 2020 outras

manifestações artísticas, antes impensadas pelo legislador, estão contempladas pela legislação, como é o caso dos bens digitais de caráter patrimonial, objeto de estudo.

A legislação brasileira tem como um de seus objetivos resguardar e proteger os direitos de autor, como explicam Cláudia Viegas e Leonardo Poli “Seu fundamento principal é fornecer ao autor mecanismos de proteção de sua obra, de modo a permitir a devida remuneração pela sua utilização” (VIEGAS, POLI; 2014, p. 308).

Compreende-se que a transferência de propriedade intelectual *inter vivos*, seja ela de caráter material ou imaterial, é permitida pela legislação brasileira, desde que resguardados os devidos direitos autorais. É o que ensina Fábio Losso, ao citar os estudos de José de Oliveira Ascensão:

O autor afirma que “a distribuição supõe a disposição de exemplares físicos que são o suporte da obra”, com o que dá a crer que não seria possível a distribuição on-line, mas complementa, concordando com tal possibilidade “é porém possível uma verdadeira distribuição em linha”. Refere-se aos arquivos digitais como os que contém, por exemplo, um livro digital (ASCENSÃO APUD LOSSO, 2008, p. 103).

Ou seja, ao se referir ao termo “distribuição” fala-se de um negócio jurídico de transferência da obra que, em se tratando de obras físicas ocorre através do suporte que carrega a obra (um CD que contém as músicas de um artista) mas não se limita ao referido suporte, podendo, legalmente, contemplar obras que não possuem esse suporte físico. O termo, na lei, se refere à obra em si (referente à produção intelectual) e não se confunde com o suporte material que a carrega.

E, para que se entenda como a transferência da propriedade intelectual ocorre é necessário que se compreenda também o conceito de licença, presente em diversos termos e condições de uso. De acordo com os professores Cláudia Viegas e Leonardo Poli, “Embora a lei não defina licença, é possível entendê-la como uma autorização de uso, de exploração, a título gratuito ou oneroso, sem que acarrete uma transferência de direitos.” (VIEGAS, POLI; 2014, p. 312) Ou seja, o autor permite que outras pessoas tenham acesso ao material produzido mas não transfere os direitos patrimoniais decorrentes da obra. E, de forma mais específica, as licenças podem ser uma licença *copyright*, uma licença *copyleft* ou ainda uma licença *creative commons*.

A primeira,

Trata-se de uma licença fechada, que não permite modificação, alteração, distribuição e nem criação de obra derivada, sem permissão do autor. No Copyright, o autor pode permitir o uso de informações para o uso individual ou pessoal, contudo, proíbe a distribuição de sua obra (VIEGAS, POLI; 2014, p. 313).

Os autores Viegas e Poli (2014) ainda explicam que essa licença surgiu na Inglaterra no ano de 1710 visando criar um empecilho à reedição de livros. Sobre essa modalidade de licença e o contexto em que surgiu, assim explica Emir Amad:

Já no século XVI, no direito inglês, surgia o conceito de “copyright”, mecanismo criado como resultado de dois interesses distintos: de um lado havia o interesse dos editores na manutenção de privilégios de monopólio na duplicação de obras literárias, e de outro os interesses da coroa inglesa na censura e no controle do fluxo de idéias políticas (AMAD, 2015, p. 19).

Sávio Soares faz uma severa crítica à essa modalidade de licença que, segundo o autor, protege mais aspectos patrimoniais, ligados à obra, do que o direito de autor em si:

Enquanto o copyright anglo-americano é informado pelo princípio da proteção do investimento. A cópia tem mais importância que a criatividade. Este regime é voltado a tutelar os interesses dos agentes envolvidos na exploração econômica das obras, sendo desprovido da tutela da personalidade dos criadores ou de qualquer proteção legal especial nas relações negociais (SOARES, 2012, p. 158).

Um ponto a se pensar é: será que esta licença é a mais adequada a se usar no ambiente eletrônico que possui, como uma de suas características o compartilhamento de conteúdos? Será que a finalidade a que ela se propõe é resguardada e adequada em se tratando de obras que estão em um contexto digital? Apesar de ser uma licença amplamente utilizada, acredita-se que a resposta para estas indagações é negativa. A aplicabilidade dessa licença no contexto digital apresenta verdadeiro descompasso do Direito com a realidade fática, como bem explica Soares ao pontuar que:

Desta feita, a atuação da indústria cultural por meio de estratégias repressivas restringe cada vez mais o direito dos usuários quanto ao uso pessoal dos conteúdos digitais dos produtos obtidos licitamente, impedindo os indivíduos que adquiriram o produto original de copiar o seu conteúdo para outro substrato físico, o que constitui verdadeiro descompasso do direito com a realidade (SOARES, 2012, p. 271).

Ela nem salvaguarda os direitos do autor e nem possibilita a utilização das obras em prol da coletividade, uma vez que é vedada a distribuição de obras que possuem essa licença. Desta forma, se faz necessário analisar as outras modalidades de licença.

A licença *copyleft* apresenta a característica de ser uma licença aberta: “O *Copyleft* surgiu para ser aplicado à documentação do software livre, todavia, pode também ser aplicável a qualquer tipo de documento ou obra. (...) O *Copyleft* permite a livre distribuição e modificação de determinada obra, seja para fins lucrativos ou não”. (VIEGAS, POLI; 2014, p 315)

Ainda em relação a essa licença os autores explicam que “seu objetivo principal é a propagação da cultura, estímulo à criatividade, a disseminação de conhecimento, da arte e da cultura” (VIEGAS, POLI; 2014, p. 333) e ainda que “o *Copyleft* (...) estabelece o direito de copiar e redistribuir um determinado trabalho. Permite a livre circulação da obra intelectual e visa favorecer a expansão do conhecimento” (VIEGAS, POLI; 2014, p 316). Assim, essa modalidade de licença permite uma maior participação e interatividade (ainda mais se comparada com a *copyright*) abrindo espaço para contribuições em conjunto em uma determinada obra. Patricia Pinheiro pontua que a nomenclatura dada a essa licença se contrapõe à dada a licença *Copyright*: “No assunto de proteção de direitos autorais na Internet, é fundamental também a compreensão do que se entende por *copyleft*, que é um trocadilho para o termo *copyright* e significa justamente “deixar copiar”. (...) Isso é um direito do autor e não do consumidor do conteúdo” (PINHEIRO, 2021, p. 71).

Sobre essa licença Thasia Magalhães exemplifica-a citando um site de notícias coreano que permite que cidadãos contribuam para a construção do jornal na versão online incluindo notícias. A autora ainda pontua que essa colaboração não ocorre de forma indiscriminada devendo a notícia passar pela revisão de profissionais do jornalismo antes de integrar a versão online do jornal:

Outro exemplo, é o site Coreano de mídia colaborativa chamado OhmyNews International, cuja idéia central é de que “Todo cidadão é um repórter”, portanto, apto a publicar ou postar notícias no site. Este jornal disponibiliza uma versão impressa diária e uma versão na internet. Esta última tem as suas notícias realizadas a partir das contribuições colaborativas. Por se tratar de um jornal, há uma junta de editores que selecionam o conteúdo a ser disponibilizado na internet, dentre todos aqueles enviados para publicação (MAGALHÃES, 2008, p. 31).

Essa modalidade de licença também tem como característica o fato de ampliar o direito de cópia, que deve sim existir, mas com ressalvas, com determinados limites traçados. É o que pontua a autora ao tratar da enciclopédia online Wikipedia “Tal conteúdo, em sua plenitude, pode ser livremente copiado, alterado e redistribuído por terceiros, desde que sejam dados os devidos créditos” (MAGALHÃES, 2008, p. 31). Deve haver um equilíbrio entre os direitos daquele que criou a obra imaterial e os direitos daquele que a adquiriu. O equilíbrio presente no meio físico (que permite a doação ou a venda de um livro sem ferir os direitos autorais) deve alcançar o meio digital. Talvez entender a distinção entre o suporte que carrega a obra (as folhas de um livro/um aparelho Kindle) e a obra intelectual em si (o conteúdo do livro/ o conteúdo do e-book) seja um primeiro passo a ser dado em busca desse equilíbrio entre os direitos do autor da obra e os direitos daquele que a adquiriu em ambos os meios em que essas obras existam.

Esse equilíbrio é retratado como uma tensão entre o interesse privado (do autor da obra) e o interesse público (o de dar uma maior autonomia à população na utilização da obra) pelo autor Rodrigo Silva. Ele defende que os Direitos Autorais, como qualquer ramo do Direito, devem seguir os preceitos constitucionais e, por esse motivo, deve resguardar a Função Social. O autor afirma que a legislação atual aparece com um forte protecionismo aos Direitos do autor da obra em detrimento à coletividade, sendo fruto de um ideal Liberal que não condiz com a realidade jurídica do século XXI¹⁵. Assim se posiciona o autor:

A realização da função social dos direitos autorais não é unilateral. Se a doutrina foca seus fundamentos no interesse público não significa que o atendimento da função social não deve apoiar e respeitar os ganhos justos do autor e das empresas, o que segue o mesmo fundamento da função social da propriedade, para existir o instituto é preciso garantir o seu objeto, a propriedade e os direitos decorrentes da titularidade. (SILVA, 2013, p. 251)

Ainda há de se falar na terceira modalidade de licença, a *Creative Commons*. Ela, que também pode ser entendida como uma extensão da licença *copyleft*, “possibilita a ampla circulação de uma obra. Atualmente, torna-se muito utilizada por novos autores que desejam distribuir sua obra na internet e por isso a disponibilizam gratuitamente” (VIEGAS, POLI; 2014, p 316).

Sobre essa modalidade, Patricia Pinheiro explica:

Vale ainda a menção do Creative Commons, a mais famosa técnica de *copyleft*, que é um conjunto de licenças padronizadas de forma a permitir a fácil adoção pelos autores que querem disponibilizar o acesso às suas obras, com a expressa renúncia de parte ou de todos os seus direitos patrimoniais (PINHEIRO, 2021, p. 71).

A legislação brasileira, em especial a Lei de Direitos Autorais, tem propósitos sociais e jurídicos. A coletividade e os direitos que a envolve tem uma relevância garantida e resguardada pela Carta Magna de 1988. Já os direitos individuais também ganham atenção e proteção legislativa. Se por um lado a desenfreada multiplicação de obras fere os direitos de autor por outro lado impedir e fechar os olhos para as novas realidades em que a sociedade está inserida (vide revolução digital) é, de forma inegavelmente falha, tentar impedir a evolução digital em

¹⁵ De acordo com o professor Washington Peluso Albino de Souza (2005) a Constituição da República de 1988 possui uma ideologia própria não sendo exclusivamente Liberal ou Socialista, por exemplo. Para o autor a Carta Magna possui uma ideologia constitucionalmente adotada: uma mescla de várias ideologias que formam uma nova ideologia. Assim, para os defensores dessa teoria, não há espaço constitucional para a defesa de ideais exclusivamente liberais (ou anarquistas ou socialistas ou de uma ideologia pura) - e sim deve-se manter em todo o ordenamento jurídico a defesa da ideologia da Constituição que, dentre outros valores, defende a Função Social.

que a sociedade (brasileira e mundial) está inserida: “A criação intelectual não pode ser vista simplesmente como instrumento de satisfação dos interesses morais e econômicos do autor, mas também como instrumento de satisfação do interesse social de desenvolvimento cultural” (VIEGAS, POLI; 2014, p. 335).

E, infelizmente, o que se percebe é que “a restrição dos direitos do usuário ao exemplar possibilita maiores lucros para a indústria da propriedade intelectual.” (VIEGAS, POLI; 2014, p. 321). Os autores Viegas e Poli (2014) ainda explicam que essa lógica mercadológica não tem o objetivo de proteger os direitos do autor da obra mas tão somente transformar o seu trabalho intelectual em lucro para grandes organizações empresariais. Ou seja, a limitação da utilização das obras tecnodigitais em negócios jurídicos, através de licenças *copyright* (e o seu impedimento à distribuição) não visa resguardar os direitos do autor, criador da obra imaterial e ainda fere os direitos sociais dos consumidores que também devem ser resguardados. E isso em prol de interesses econômicos de gravadoras e plataformas digitais. Ainda sobre esse tópico, o autor Sávio Soares aponta que

De fato, nesse panorama capitalista, os valores existenciais da dignidade do autor (vocação humanista) encontram-se marginalizados ante a fora do patrimonialismo e da lógica economicista (interesse de proteo de investimentos de grupos econômicos e estímulo   inovao) (SOARES, 2012, p. 67).

Esse protecionismo exacerbado gera consequências negativas não só para aquelas pessoas que adquiriram as obras mas também para toda a coletividade. É o que explica o professor Rodrigo Silva:

Restringir o acesso a cultura gera pobreza cultural e cria uma logica nefasta que so enriquece os detentores e empresarios da cultura. E por isso que a busca insensata por lucro pelas grandes industrias culturais combate a liberdade, restringe a diversidade, distorce direitos individuais, suprime o interesse publico, impoe padroes e conteudos ao consumo, o que redundo em pobreza cultural e criativa. (SILVA, 2013, p. 254).

Em relao aos direitos autorais envolvendo as obras tecnodigitais, o professor Leonardo Poli (2008) ensina que a legislao vigente não pode ser utilizada de forma satisfatória para sanar as possíveis d vidas envolvendo-as e tampouco as analogias empregadas seriam suficientes para tal finalidade.

Não se pretende afirmar que a proteo autoral não se aplica   utilizao digital da obra, mas que ela cont m especificidades que exigem um tratamento diferenciado das demais obras, o que torna insuficiente o tratamento dado pela LDA   questão, que se restringe a estender a proteo autoral   utilizao digital das obras a teor do art. 29, inciso X, da LDA (POLI, 2008, p. 136).

Já o professor Sávio Soares concorda com a insuficiência da legislação atual e complementa com o entendimento de que os usos e costumes podem servir como instrumento de adaptação do Direito a essa nova realidade em que estamos inseridos:

O ambiente virtual e as condições diferenciadas de exploração econômica não alteram a natureza jurídica e o conteúdo do Direito de autor. Todavia, certamente são alterados os usos e costumes, as relações humanas e comerciais, assim como os conceitos tradicionais relacionados com a matéria autoral, por exemplo, o procedimento da distribuição de cópias, os reflexos da desmaterialização das obras intelectuais na reprodução e circulação, utilização de links, controle e identificação de acesso, os limites de proteção, problemas de jurisdição no espaço virtual, dentre outras modificações (SOARES, 2012, p. 268).

Patrícia Pinheiro ao refletir sobre o tema conclui que a escolha das licenças, feita pelo autor, demonstra qual deve ser o uso justo da obra e que, atualmente, na sociedade da informação, muitos têm escolhido a licença *Creative Commons*, abrindo mão de direitos patrimoniais para priorizar a circulabilidade da obra:

Tudo isso que expusemos é para dizer que a Lei ainda precisa de algumas melhorias, especialmente no tocante à questão de “uso justo” (do inglês *fair use*), do “direito a uma cópia de manuseio”, que, em verdade, na era digital, torna-se um direito a reprodução do original para finalidade particular limitada. Na verdade, a Lei já diz que cabe ao autor determinar o que será permitido ou não fazer com sua obra. Sendo assim, de certo modo, os autores podem criar as regras a seu modo, no caso concreto, decidindo o que querem ceder ou não de seu direito. Por isso, muitos têm aderido ao uso da licença *Creative Commons* (PINHEIRO, 2021, p. 61).

Assim, entende-se que há um descompasso da legislação dos Direitos Autorais e da realidade na qual eles estão inseridos. Não há uma proteção dos direitos do autor da obra e tampouco os direitos dos consumidores são resguardados. E, tendo-se em mente a distinção entre o suporte fático que carrega a obra da própria obra em si, percebe-se que ao permitir a distribuição em linha de obras virtuais, através de novas tecnologias, como, a título exemplificativo, a *peer-to-peer*, não haveria nenhuma afronta aos direitos autorais. Deve-se permitir a transmissibilidade resguardando os direitos de autor, assim como se faz em relação à transferência livros físicos, CDs e DVDs (esses dois últimos cada vez mais em desuso devido à nova realidade).

5 TRANSMISSÃO DE BENS DIGITAIS

Após ser feito um estudo sobre a temática do ponto de vista do objeto e dos agentes que, direta ou indiretamente, se relacionam com a transmissão de bens digitais, se faz necessário estudar o instituto da transmissão em si de forma aprofundada. Assim, neste tópico, será analisado o posicionamento doutrinário sobre a temática e como os tribunais têm julgado questões relacionadas a ela. O objetivo será o de averiguar a temática tanto do ponto de vista teórico quanto do prático, sendo que o estudo focará primeiro na transmissão *mortis causa* e, posteriormente, na transmissão *inter vivos*. Espera-se compreender os argumentos relativos à transmissão por herança ou testamento para a partir de então realizar o estudo da temática do ponto de vista contratual.

5.1 *Mortis causa*

A transmissão *mortis causa* se refere àquela que ocorre em virtude da morte, seja por meio de um testamento seja por meio da legítima. Em se tratando dessa modalidade a doutrina se posiciona tanto em relação aos bens digitais de caráter patrimonial quanto aos bens digitais de caráter existencial. Em virtude do objeto de estudo a questão será abordada, de forma preponderante, sob a ótica dos bens digitais de caráter patrimonial e patrimonial-existencial, uma vez que o objetivo desta seção é realizar um paralelo entre a possibilidade da transmissão *mortis causa* e a *inter vivos*, entendendo os argumentos contrários e favoráveis a essa modalidade e aproveitando-os, na medida do possível, à transmissão por meio de contratos.

Um primeiro ponto a ser analisado é que, para autores como Venosa (2017), o que caracteriza a transmissão do patrimônio é a sua avaliação econômica e não o seu caráter material ou imaterial. Desta forma, entende-se que o autor defende a possibilidade de se transmitir um bem digital em virtude da morte, desde que este seja dotado de valoração econômica. Na mesma linha de pensamento, os autores escrevem: “No ordenamento jurídico pátrio não há óbice para se permitir a transferência de arquivos digitais como patrimônio, sobretudo quando advindos de relações jurídicas com valor econômico.” (AUGUSTO, OLIVEIRA; 2015, p. 12) Os argumentos apresentados pelos autores dizem respeito à economicidade do objeto de um negócio jurídico. Assim, compreende-se que estes argumentos são válidos tanto em se tratando de herança e testamentos quanto em se tratando de contratos.

Ana Luísa Nevares, seguindo a linha de pensamento dos professores que defendem que um bem que pode ser objeto de propriedade é todo aquele que possui repercussões econômicas,

defende que em se tratando de bens digitais aqueles que podem ser convertidos em valores econômicos (mais conhecidos como bens digitais de caráter patrimonial e patrimonial-existencial) devem integrar o cálculo da legítima:

as disposições de última vontade sobre os referidos conteúdos tomarão cada vez mais vulto, sendo certo que, uma vez que haja repercussão econômica dos bens digitais, será preciso conformá-los ao cálculo da legítima, por meio de todos os meios de prova e cálculos que sejam admitidos no Direito. (NEVARES, 2021, p. 17)

Assim, o patrimônio do de cujus seria composto pelos bens materiais e imateriais. Desta forma, ao se falar em transmissibilidade bem como em valores a serem transmitidos, falar-se-á em livros físicos e e-books, em CDs e em músicas compradas em plataformas digitais como a Apple. A raiz desses argumentos reside na constatação que tanto em um caso quanto no outro a pessoa que adquiriu esses bens o fez através de trocas econômicas. Se uma pessoa comprou um livro físico pelo valor de R\$ 40,00, em tese, o seu patrimônio continua com o mesmo valor, uma vez que ela entende que aquele bem também vale R\$ 40,00, assim como a moeda utilizada como troca. O raciocínio é o mesmo em se tratando de um bem digital: se ela compra um e-book por R\$ 20,00 é porque ela entende que aquele material possui esse valor. Assim, em termos de patrimônio, não seria justo, no nível da valoração da justiça, que no primeiro exemplo o patrimônio permanecesse o mesmo e no segundo fosse diminuído devido às estipulações do contrato de adesão celebrado com a plataforma. E, como foi visto nos capítulos anteriores, cada vez mais as pessoas têm deixado de utilizar os meios físicos em troca do meio virtual. A autora ratifica essa afirmação e acrescenta à reflexão: “Realmente, num mundo em que os bens são cada vez mais intangíveis e digitais, é preciso adequar a forma de dispor post mortem à rotina digital da sociedade” (NEVARES, 2021, p. 18).

Como ensinam Lima, Barbosa e Alencar (2021) não considerar os ativos digitais de caráter econômico como parte do patrimônio do indivíduo fere diversos direitos protegidos pelo ordenamento jurídico brasileiro. Um exemplo que pode ser citado é o direito à legítima. Se os bens digitais de caráter patrimonial não forem computados neste valor os herdeiros necessários receberão um montante de valor inferior aos 50% dos bens da herança resguardados pelo código civil em seu artigo 1.846¹⁶.

Um ponto que pode ser levantado é: ao adquirir um e-book o consumidor não está adquirindo a propriedade daquele bem (mesmo sendo juridicamente possível) mas tão somente

¹⁶ Art. 1.846. Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima. (BRASIL, [2022b])

uma licença de uso. Como já visto em tópicos anteriores, essas cláusulas, nos contratos de adesão, por deixarem o consumidor em extrema desvantagem, podem ser consideradas nulas. Ademais, levando-se em consideração a extensão desses contratos, a forma como são redigidos e a cultura em que muitos consumidores digitais estão inseridos (de clicar em “aceito e concordo com os termos de uso” sem os terem lido) pode-se refletir, também, que essas plataformas deixam de cumprir com o dever de informação que lhes é exigido pelo ordenamento jurídico brasileiro. Essa discussão, tão presente nos dias atuais, começou a ganhar forma e visibilidade em 2012 através de uma notícia, que posteriormente descobriu-se falsa, sobre o ator Bruce Willis querer transmitir o seu acervo digital à sua filha:

Em 2012, foram veiculadas reportagens referentes a uma pretensão do ator Bruce Willis de transmitir os arquivos de sua conta do iTunes para sua filha, o que posteriormente foi desmentido. Contudo, não obstante a referida matéria não tenha passado de uma notícia falsa, ela levantou o debate acerca da possibilidade ou não de transmissão de arquivos digitais, chamando a atenção para a problemática (LEAL, 2018, p. 185).

Bruno Zampier Lacerda, ao tecer comentários sobre a questão, seguindo a linha de raciocínio presente em todo o seu trabalho, defende ser possível a transmissão desses ativos devido à morte:

Os bens tecnodigitais poderiam ser objeto de sucessão? Indubitavelmente sim, especialmente se o ativo tem caráter patrimonial. A solução mais acertada, em respeito aos direitos fundamentais e aos cânones do direito sucessório, é permitir que haja transmissão de seu patrimônio digital aos herdeiros, seja pela via testamentária ou legítima (LACERDA, 2016, p. 130).

Seguindo a mesma linha de raciocínio, Lívia Leal também entende que os ativos digitais, dotados de caráter econômico, são inteiramente transferíveis aos herdeiros:

Já os conteúdos com caráter patrimonial, como dados vinculados a transações financeiras, senhas de acesso a aplicações de bancos, etc., ou mesmo a exploração econômica dos atributos da personalidade, por estarem contidos na esfera da patrimonialidade, poderiam ser transferidos aos herdeiros, que passarão a ser os administradores de tal patrimônio (LEAL, 2018, p. 194).

Bruno Lacerda (2016) ainda defende que essa transmissão deve ocorrer mesmo que seja contrária ao disposto nos contratos de adesão eletrônicos. O autor explica que, em seu entendimento, essas cláusulas impeditivas são nulas de acordo com o disposto no artigo 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor uma vez que elas acarretam uma onerosidade excessiva em virtude do que já foi exposto. Elas atentam contra a boa-fé objetiva que deve ser preservada

nas relações comerciais. O autor assim escreve:

Se este ativo digital tem potencial econômico, podendo ser comercializado, utilizado para emissão de passagens aéreas ou mesmo compra de bens, há que se permitir sua transmissibilidade, em que pese a vedação usualmente contida nos contratos de adesão junto às companhias aéreas administradoras deste tipo de serviço (LACERDA, 2016, p. 131).

Ou seja, o autor entende que a realidade da possibilidade de utilização desses ativos deve sobressair sobre o estipulado nos contratos de adesão eletrônicos. E, como também já exposto em capítulos pretéritos, o autor defende que, por compor o patrimônio, essa transmissibilidade deve ocorrer tanto em se tratando de atos *inter vivos* quanto nos *mortis causa*. Isso se deve ao fato de que tanto em um caso quanto em outro fala-se em bens que compõem o patrimônio do indivíduo:

Se se estiver diante de um bem de natureza patrimonial, deve-se permitir a transferência, seja por ato *inter vivos* ou *mortis causa*, pois se trata de objetos de valor econômico que integram esta nova noção de patrimônio, rascunhada neste estudo. (LACERDA, 2016, p. 157).

Juliana Evangelista também tece comentários sobre a temática. Entendendo-se o testamento como o instrumento jurídico que, dentre outras finalidades, deve ser utilizado para realizar a transferência de patrimônio do morto para seus herdeiros, para a autora, não há óbice jurídico que impeça a transmissibilidade de bens digitais por via testamentária uma vez que, em se tratando de bens digitais patrimoniais, é inegável a sua valoração econômica:

Observe que no direito brasileiro o testamento não se presta apenas para regular a transmissão de direitos patrimoniais a herdeiros e legatários, mas permite também que o testador dê diretivas acerca de outras vontades de cunho meramente existencial. Nesse sentido, a possibilidade de um testamento que envolva o tratamento dos bens digitais não encontra óbice no ordenamento jurídico brasileiro. (...) quando apresentam conteúdo patrimonial são verdadeiro patrimônio do autor da herança e transmitem-se aos herdeiros com a morte seja pela sucessão legítima, seja pela sucessão testamentária (EVANGELISTA, J. 2017, p. 58).

Da mesma forma, Thiago Oliveira e Bianca Bulzico (2021) também entendem que o patrimônio digital é transmissível por herança. Eles discorrem sobre o fato de que a realidade do século XXI é diferente da dos séculos pretéritos não devendo o direito ignorar as transformações tecnológicas que a sociedade está inserida. Os autores entendem que garantir a transmissão desses ativos é proteger tanto o patrimônio do falecido quanto os direitos dos herdeiros necessários: “não parece haver qualquer outra solução aos bens digitais patrimoniais,

se não sua submissão à disciplina sucessória, especialmente em razão do inegável potencial econômico, protegendo a legítima e os herdeiros necessários” (OLIVEIRA, BULZICO; 2021, p. 77).

Naiara Augusto e Rafael Oliveira também tecem comentários favoráveis à transmissibilidade desses ativos ao pontuarem:

A dúvida se faz pertinente porque há indistintamente arquivos suscetíveis de apreciação econômica, como mídias, músicas, filmes, blogs, sites, que representavam um conteúdo patrimonial para o “de cujos” e certamente deveriam ser transmitidos pela herança por simplesmente serem classificados como bens incorpóreos (AUGUSTO, OLIVEIRA; 2015, p. 13).

Outro ponto que merece luz é a questão das redes sociais. Como já explicitado, a depender da audiência e do conteúdo da rede (como YouTube ou o Instagram) ela passa a representar um bem digital de caráter patrimonial-existencial. Gabriel Honorato e Lívia Leal, ao discorrerem sobre a questão, explicam que, em muitos casos, com a morte a conta ganha uma maior visibilidade, gerando uma maior percepção econômica: “com a morte do usuário, muitas vezes o perfil adquire maior expressividade, rendendo, inclusive, uma lucratividade superior àquela verificada ao longo da vida do titular” (HONORATO, LEAL, 2020, p. 157). Os autores ainda discorrem sobre o fato de que, a despeito de ainda não haver uma legislação específica sobre o tema, é ponto pacífico na doutrina que, em se tratando de bens digitais de caráter patrimonial, eles devem seguir as mesmas regras dos bens materiais, por também serem dotados de valoração econômica, devendo ser estes contabilizados no momento do inventário: “Neste compasso, pontue-se ainda que tem sido ponto pacífico nas correntes doutrinárias sobre o tema que os bens digitais de natureza patrimonial devem seguir as regras gerais do direito sucessório, projetando-se do morto para os herdeiros através dos trâmites de inventário” (HONORATO, LEAL; 2020, p. 163).

Os autores ainda ressaltam a realidade de que os bens digitais de caráter patrimonial-existencial representam, na atualidade, vultosos valores econômicos, sendo, em muitos casos a principal fonte de renda do falecido e de seus familiares:

Apesar de a manutenção da conta da pessoa falecida em uma rede social parecer, num primeiro momento, uma atitude um tanto mórbida e, destarte, rechaçável, deve-se sopesar que a exploração econômica deste perfil, dentro de limites bem definidos, além de ajudar a manter viva a história do de cujus, pode render frutos mensais necessários para a subsistência dos herdeiros dependentes, especialmente quando a plataforma social foi a principal fonte de renda do morto, como já ocorre de forma bastante significativa no Brasil. (HONORATO, LEAL; 2020, p. 173).

Assim, em se tratando de bens digitais de caráter patrimonial e os de caráter patrimonial-existencial, os autores (assim como a maior parte da doutrina, como apontado por eles) entende pela possibilidade da transmissibilidade. Ela então garantiria a dignidade dos herdeiros (em se tratando da transmissibilidade *mortis causa*) e do titular bem como da coletividade (em se tratando da transmissibilidade *inter vivos*). Juliana Cunha, em relação à dignidade proporcionada aos herdeiros, pela herança, destaca o fato de a Constituição da República de 88 considerá-la um direito fundamental¹⁷:

Ademais, no Brasil o direito à herança é um direito fundamental (inciso XXX do art. 5 da Carta Magna), não podendo assim um Termo de Uso se sobrepor a tal direito. Caso isto ocorra caberá ao Judiciário reestabelecer a soberania da legislação com eventual nulidade de cláusula contratual (CUNHA, 2017, p. 75).

Assim, a autora conclui que “quanto aos bens digitais de natureza patrimonial não vemos óbice à transferência aos herdeiros do falecido”. (CUNHA, 2017, p. 78) Assim, de acordo com o entendimento da autora, pode-se concluir que não seria justo, do ponto de vista dogmático, permitir que um contrato de adesão eletrônico prevaleça sobre o disposto na Constituição da República.

Segundo Honorato e Leal, a discussão doutrinária também perpassa sobre a questão dos bens digitais de caráter existencial: parte dos pesquisadores defendem que, devido ao princípio da *saisine*, todo o acervo seria transmitido aos herdeiros: ou seja, tanto os de caráter patrimonial quanto os de caráter existencial. Já outra corrente defende que apenas os de caráter patrimonial, devendo os de caráter existencial (como senhas de e-mails) serem transmitidos apenas se o falecido, em vida, tivesse se manifestado nesse sentido:

Assim, vê-se que a diferença reside especialmente na generalização ou não do acervo digital que será transmitido hereditariamente. Enquanto a primeira corrente defende que todo o acervo se projete consoante princípio da *saisine*, a segunda corrente sustenta a impossibilidade de transmissão de conteúdos que contenham aspectos personalíssimos e existenciais que remontem à esfera da privacidade, da intimidade e a reserva do segredo, salvaguardando a pessoa e sua dignidade (HONORATO, LEAL; 2020, p. 164).

E, no mesmo sentido, Juliana Cunha explica que em se tratando de bens digitais de caráter patrimonial observa-se a possibilidade de transmissão, já em se tratando dos existenciais deve-

¹⁷ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
(...)
XXX - é garantido o direito de herança; (BRASIL, [2022a])

se observar a manifestação de vontade do falecido em vida:

Para alguns estudiosos os arquivos digitais susceptíveis de apreciação econômica farão parte da herança, gerando direitos hereditários. Já quanto aqueles que não possuem valor econômico, deverá ser observada a vontade do falecido, sendo que caso não haja disposição de última vontade, tais arquivos não poderão ser transferidos para os herdeiros, mas estes poderão solicitar a retirada do material eventualmente publicado pelo falecido, por exemplo, em redes sociais, blogs etc. (CUNHA, 2017, p. 75).

A questão envolvendo os bens digitais de caráter existencial é mais complexa uma vez que, como explica Lacerda (2016), envolve uma esfera de direitos pessoais do falecido, de terceiros e dos familiares. Devido aos diversos interesses envolvidos, penso que a manifestação de vontade, nesses casos, deveria passar não só pelo morto, mas, também, por essas outras esferas.

Tartuce pontua que a herança digital, ligada aos direitos de personalidade, deve desaparecer com a morte. Assim, para o autor, só seria possível pensar em transmissibilidade da herança digital ligada a aspectos patrimoniais:

Como palavras finais, entendo que é preciso diferenciar os conteúdos que envolvem a tutela da intimidade e da vida privada da pessoa daqueles que não o fazem para, talvez, criar um caminho possível de atribuição da herança digital aos herdeiros legítimos, naquilo que for possível. Entendo que os dados digitais que dizem respeito à privacidade e à intimidade da pessoa, que parecem ser a regra, devem desaparecer com ela. Dito de outra forma, a herança digital deve morrer com a pessoa (TARTUCE, 2018).

Em termos práticos, o que se percebe é que há um movimento crescente relacionado à criação de contas que permitem a transmissão desses ativos após a morte. Muitas delas permitem a transferência de contas de e-mail, redes sociais e outras contas que dão acesso a bens digitais de caráter existencial. Como não é o objeto de estudo da pesquisa essas plataformas não serão estudadas no presente trabalho. No entanto, dar-se-á luz, de forma breve, à explicação da temática pelos professores, a fim de que a questão seja compreendida:

já existem empresas que oferecem como serviço o auxílio na projeção das contas virtuais, a exemplo dos portais Testamento Virtual ou Secure Safe, que permitem aos usuários a inclusão de logins e senhas de determinadas plataformas para que os herdeiros ou legatários acessem suas contas pós-morte, quando somente então terão acesso a tais dados (HONORATO, LEAL; 2020, p. 168).

Desta forma o que se percebe é que para que haja uma melhor compreensão em se tratando da transmissibilidade de bens digitais (gênero) deve-se realizar uma separação didática: bens

digitais de caráter patrimonial e patrimonial-existencial como uma primeira espécie e os bens digitais de caráter existenciais como uma segunda espécie. Na primeira a doutrina entende, de forma majoritária, que há a possibilidade de transmissão devido a seu caráter econômico. Importante ressaltar que essa compreensão não recebe amparo na legislação vigente (uma vez que, como se verá em tópico posterior, ela é omissa a esse respeito) e contraria o disposto nos contratos de adesão eletrônicos. A segunda espécie (dos bens digitais de caráter existenciais) perpassa por dois direitos fundamentais: o primeiro sendo o da intimidade e da privacidade uma vez que aqueles com quem o falecido trocava mensagens online podem não querer que suas conversas sejam vistas por terceiros e o segundo sendo o direito dos herdeiros de terem acesso a esses conteúdos, uma vez que a herança não se restringe a aspectos patrimoniais. Basta recordar, por exemplo, que em se tratando de diários, escritos à mão, estes são transmitidos via herança. A diferença é que em se tratando de diários ou álbuns de fotos analógicos, estes foram construídos (de forma geral) unicamente pelo falecido. Já em se tratando da sua correspondência digital, em muitas vezes, há, também a contribuição de terceiros. Essa questão parece ser mais delicada e não parece ser de entendimento unânime na doutrina assim como a questão patrimonial é.

5.1.1 Herança digital na Alemanha

O poder Judiciário alemão também já teve que decidir casos relacionados à possibilidade (ou impossibilidade) de se transmitir bens digitais após a morte de seu titular. Nas próximas linhas será feita uma análise de como estes tribunais têm decidido a matéria.

Em se tratando de bens digitais, como já pontuado, é necessário que se faça a distinção entre bens digitais patrimoniais e os de caráter existenciais. Nem sempre os tribunais decidirão da mesma forma em relação a esses bens, uma vez que há uma distinção de sua função perante o titular, conforme já explicado no capítulo referente à sua conceituação. Nesse sentido Mendes e Fritz (2019) explicam que em se tratando de bens digitais de caráter patrimonial não há grandes divergências de entendimento, compreendendo-se que a transmissão deve ocorrer tal como ocorre com os bens materiais. A divergência de entendimento acontece quando se trata dos bens digitais de caráter existencial, uma vez que a sua transmissão poderia ferir os direitos à privacidade da pessoa falecida bem como de seu interlocutor (imaginando-se que o terceiro com quem a pessoa falecida manteve contato eletrônico não gostaria que suas mensagens enviadas pelo whatsapp, por exemplo, se tornassem conhecidas). As autoras ainda explicam que a corte alemã tem decidido por tratar a transmissibilidade desses ativos tal como trata a

transmissibilidade de seus correspondentes analógicos (como um diário, por exemplo). Assim, a possibilidade da transmissão (ou impossibilidade) dependeria da manifestação de vontade da pessoa em vida. Se nada for pontuado, prevalece a regra da *saisine*, havendo a transmissão universal dos bens: “Se o usuário não faz essa determinação em vida, aplica-se a regra da sucessão universal, com a conseqüente transmissão de toda a herança (analógica e digital) do falecido aos herdeiros” (MENDES, FRITZ; 2019, p. 205). Sobre esse tema, Bruno Lacerda pontua que a corte alemã decidiu pela valorização da autonomia privada:

Em um *leading case* de 2019, o *Bundesgerichtshof* (Tribunal Alemão equivalente ao Superior Tribunal de Justiça no Brasil, conhecido pela sigla BGH) reconheceu de maneira inédita a possibilidade da autonomia privada regulamentar o destino dos ativos digitais, na linha do que este presente trabalho defende (LACERDA, 2021, p. 239).

O autor continua sua explicação sobre o sistema jurídico alemão ao pontuar que:

Na visão do tribunal alemão, cabe ao titular do ativo decidir o destino de sua herança digital, podendo então proibir a sucessão ou mesmo indicar um ou mais responsáveis para terem acesso e concederem um destino àquela universalidade digital. Contudo, caso o titular venha a falecer sem qualquer manifestação de vontade neste sentido, aí sim há de ser aplicada a regra vigente no ordenamento jurídico germânico, no sentido de que caberá aos herdeiros a tomada de decisão acerca desta destinação. Tal qual aconteceria com o conteúdo analógico, os bens digitais seriam, portanto, objeto de transmissibilidade aos herdeiros (LACERDA, 2021, p. 239).

Importante frisar que, em se tratando de bens digitais de caráter existencial, essa posição não é unânime entre os juristas alemães. Diferentemente do posicionamento referente aos bens digitais de caráter patrimonial que, devido à sua valoração econômica, tem em sua transmissibilidade, tal qual um bem material da mesma espécie, um número maior de adeptos.

As autoras ainda pontuam, de forma semelhante ao apresentado por Lacerda, que a transmissibilidade desses ativos garantiria a autonomia privada do falecido:

Por fim, merece reflexão o fato de que a regra da transmissibilidade da herança digital, ao contrário do que uma leitura apressada possa sugerir, antes de enfraquecer os direitos de personalidade, reforça a autonomia privada dos usuários das redes sociais ao lhes assegurar o poder de decidir livremente quem pode – ou não – ter acesso ao legado digital armazenado no mundo virtual. Com isso, privilegiam-se a autonomia privada e a responsabilidade do autor do legado digital, em solução harmônica com o sistema sucessório (MENDES, FRITZ; 2019, p. 210).

Essa reflexão se faz pertinente ao trabalho uma vez que se percebe que outros ordenamentos jurídicos prezam e valorizam a autonomia privada do titular desses ativos. Cláusulas abusivas em contratos de adesão eletrônicos, celebrados com as plataformas digitais,

não podem ter maior relevância e peso sobre a autonomia dos consumidores que podem ser considerados os reais (e não jurídicos) titulares desses ativos. Essa realidade além de colocar o consumidor em extrema desvantagem também fere o princípio da boa-fé-objetiva e, assim como no direito brasileiro, o ordenamento jurídico alemão também tem como um de seus princípios norteadores a boa-fé-objetiva: “Segundo a cláusula geral do § 307 do BGB, são inválidas, entre outras, as condições contratuais gerais que coloquem a contraparte em situação de desvantagem desarrazoada, ofendendo o princípio da boa-fé objetiva (inc. 1)” (MENDES, FRITZ, 2019, p. 197)

Assim, percebe-se que a discussão, em âmbito de jurisprudência alemã, gira em torno dos bens digitais de caráter existencial, sendo já pacificado o entendimento pela transmissibilidade dos bens digitais patrimoniais. Em se tratando de bens digitais de caráter patrimonial é pacificado que deve haver a transmissão, tal qual ocorre com bens materiais que tenham certa valoração econômica. A discussão ganhou espaço no tocante aos bens digitais de caráter existencial (como o acesso a uma rede social de uma pessoa falecida). Em primeiro momento, verifica-se se o falecido, em vida, realizou alguma manifestação de vontade (como “o acesso a minha caixa de e-mail deve estar destinada à pessoa x; já o acesso às minhas redes sociais à pessoa y”). Se o fez, deve-se seguir o que foi estipulado pelo falecido, respeitando a sua autonomia privada. Se nada manifestou, segue-se as regras já existentes no ordenamento jurídico alemão, devendo o acesso estar destinado aos herdeiros tal como ocorrerá com os demais bens transmissíveis por herança. Em relação à forma como a transmissibilidade se dá na Alemanha, Bruno Lacerda escreve: “Ao reconhecer a transmissibilidade dos ativos digitais, o Bundesgerichtshof reforçou a liberdade a partir de seu maior expoente no campo horizontalizado do direito privado: o princípio da autonomia privada” (LACERDA, 2021, p. 241).

Entendida a questão, será analisada, no próximo tópico, como se dá a transmissibilidade de bens digitais patrimoniais *inter vivos* no contexto jurídico brasileiro.

5.2 *Inter vivos*

Na primeira parte deste capítulo foi feito um estudo acerca da transmissibilidade de bens digitais mortis causa. O objetivo foi o de compreender como a questão é tratada em se tratando de um negócio jurídico unilateral, construindo assim uma base, alicerces sólidos referentes à compreensão doutrinária sobre o assunto. Com a devida compreensão sobre o tema é possível dar mais um passo no entendimento sobre a temática, concentrando o estudo nos negócios jurídicos bilaterais.

5.2.1 Relação obrigacional e análise contratual

O estudo acerca da possibilidade jurídica de se ter um bem digital como objeto de um contrato perpassa o Direito das Obrigações. Por isso, nesta seção será abordado o conceito de obrigação bem como será feita uma breve análise de alguns tipos contratuais que já têm sido utilizados como instrumento jurídico para transmissão destes ativos digitais. O objetivo será o de analisar se há algum impedimento normativo-dogmático no tocante à hipótese inicialmente traçada.

Desta forma, primeiro, é necessário que se compreenda o que é uma obrigação. Obrigação consiste em uma espécie de Negócio Jurídico e que pode ser compreendida, nas palavras de Caio Mário, como “o vínculo jurídico em virtude do qual uma pessoa pode exigir de outra prestação economicamente apreciável” (PEREIRA, 2022). Deste conceito, extrai-se os elementos básicos que compõem uma obrigação: duas partes (credor e devedor) que se relacionam juridicamente de forma transitória em torno de um objeto economicamente apreciável e negociável e um liame, vínculo jurídico, que liga credor, devedor e objeto. Nas palavras de Pompeu: “a realização do negócio jurídico traduz a negociabilidade patrimonial que se dá em graus variáveis” (POMPEU, 2012, p. 66) A obrigação tem como uma de suas bases a autonomia privada e como espécie de negócio jurídico, é uma forma em que credor e devedor podem se relacionar juridicamente em torno da negociabilidade de um objeto dotado de patrimonialidade.

Ao tratar do objeto, entende-se que ele é composto por dois elementos: o objeto imediato e o objeto mediato. O objeto imediato consiste na ação (vender, doar, emprestar, entre outras) ou na abstenção (não fazer) e o objeto mediato consiste no bem apreciável economicamente (casa, carro, computador e, por que não, um e-book?). Assim, o objeto de uma obrigação pode ser entendido como “alugar um imóvel” ou “vender um computador” ou ainda “empréstimo gratuito de uma rede social”. Isso devido ao fato de que diante do conceito apresentado por Pereira, entende-se que um dos requisitos exigidos é que o objeto de uma obrigação seja dotado de economicidade.

Diante deste ponto, deve-se compreender os requisitos de validade que o ordenamento jurídico brasileiro, através do código civil, determina para o objeto de um negócio jurídico (e, conseqüentemente, de uma obrigação). De acordo com o artigo 104, para que um negócio jurídico seja válido o objeto deve ser lícito, possível, determinado ou determinável (BRASIL, [2022b])

De acordo com Marcos Bernardes de Mello, em relação à licitude exigida aos negócios jurídicos:

a norma do art. 122, ao considerar lícito tudo aquilo que não é contrário a direito, aos bons costumes e à ordem pública, nos permite concluir, a contrário senso, que a ilicitude compreende a contrariedade à lei, à moral (bons costumes) e à ordem pública. O conceito de licitude do objeto do negócio jurídico, assim, está, essencialmente, relacionado ao de conformidade com o direito (MELLO, 2022, p. 48)

Mello (2022) explica ainda que para que o objeto de um negócio jurídico seja determinado ou determinável é necessário que haja a possibilidade de identificação do objeto. Assim, um objeto determinado é aquele que está indicado pelo gênero, quantidade e qualidade (por exemplo: dois e-books de direito civil de determinado professor de 2022) ao passo que um objeto determinável é aquele que é indicado, pelo menos, pelo gênero e pela quantidade (por exemplo: dois e-books de direito civil).

Já o requisito da possibilidade se sustenta em dois pilares: a possibilidade física e a possibilidade jurídica. Assim, em relação à impossibilidade física o autor ensina que

Tudo aquilo que o homem não pode realizar por suas forças, impedido pelas leis naturais, se inclui no conceito de impossibilidade física. A impossibilidade física que constitui motivo de nulidade é aquela absoluta, insuperável por qualquer ser humano, segundo as condições naturais existentes no momento da conclusão do negócio (MELLO, 2022, p. 55)

E ainda complementa a questão ao escrever:

A impossibilidade física deve ser considerada em relação à sua permanência no tempo, tendo-se como limite o momento da prestação ou o do implemento da condição ou do termo, nos negócios jurídicos atermados ou condicionais. Não importa, portanto, apenas, se o objeto é considerado impossível na ocasião da conclusão do ato. É preciso que o seja ainda quando da prestação. (MELLO, 2022, p. 57)

Os bens digitais já integram o objeto de uma obrigação (em se tratando, por exemplo da venda de um NFT; ou ainda em se tratando de comodato de redes sociais, como será abordado no próximo tópico) não sendo defensável o argumento da impossibilidade física para estes ativos digitais.

A impossibilidade jurídica, ao seu turno, se sustenta em duas bases: ou ela será em virtude de determinação legal ou em razão de disposição negocial (fruto da autonomia privada). Em relação à primeira:

São objetos juridicamente impossíveis, por exemplo, as coisas que estão fora do comércio, não passíveis de apropriação por determinação legal. Não o são, no entanto,

as coisas futuras (= coisas que não existem no momento da conclusão do contrato), desde que, fisicamente, sejam de existência possível (MELLO, 2022, p. 56)

Seja diante do conceito de bem digital patrimonial e patrimonial-existencial, seja diante dos exemplos apresentados durante o estudo (valor de um e-book, valor de moedas virtuais utilizadas em jogos online ou até mesmo o valor de milhas aéreas, dentre outros) ou ainda diante da forma como estes ativos são tratados pelas legislações estrangeiras, como se verá no próximo capítulo, entende-se que os bens digitais objetos de estudo cumprem com o requisito da patrimonialidade. Assim sendo, são bens que podem integrar o comércio sendo assim objetos juridicamente possíveis.

Já a impossibilidade jurídica resultante da negociabilidade entre as partes é aquela que se sustenta na autonomia privada das partes que, como visto no capítulo 4, se subordina à legislação (não sendo correto então associá-la a uma liberdade irrestrita): “Somente quando a lei admite é que se pode, negocialmente, instituir situação que a gere. A registrabilidade da disposição negocial sobre inalienabilidade objetiva de bem, que lhe atribui eficácia real, constitui o requisito para que dela resulte impossibilidade jurídica”. (MELLO, 2022, p. 56)

Assim sendo, entende-se que os bens digitais, ao integrarem o objeto de um negócio jurídico, cumprem com os requisitos de validade impostos pelo ordenamento jurídico. A utilização destes em uma relação obrigacional não acarretaria a invalidade desta.

Diante do apresentado, ainda é necessário fazer uma breve análise dos tipos contratuais que podem ter como objeto um bem digital dotado de economicidade. Mas, devido ao objeto de estudo desta dissertação, é necessário que haja um afunilamento do estudo, uma especificação do tema tratado. Assim, nas próximas linhas, será feito o estudo da análise contratual, mais especificamente, dos contratos de compra e venda, doação, locação, comodato e do contrato de permuta.

O contrato de compra e venda é aquele em que o devedor (do objeto) se obriga perante ao credor (do objeto) a transferir a propriedade deste em troca de um valor econômico. Deste conceito entende-se que ele tem como característica ser um contrato bilateral (já que, como ensinam Farias e Rosenvald (2014a) ao fazer uma análise no plano da eficácia, observa-se que ambas as partes têm uma obrigação. Uma delas é a devedora do objeto – deve transferir a propriedade deste ao outro contratante – ao passo que a outra parte é devedora do preço - tem a obrigação de transferir certo valor econômico, no caso da compra e venda este valor se materializa na moeda utilizada em nosso país, a saber, o real), também é um contrato oneroso (observa-se vantagens patrimoniais para ambas as partes), pode ser comutativo ou aleatório, além de que pode ser de execução instantânea, diferida ou continuada.

Um ponto que deve ser realçado é o de que quando se fala em contrato de compra e venda estuda-se o instrumento jurídico pelo qual há a instituição da obrigação. A transferência de domínio ocorre através da tradição, em se tratando de bens móveis, ou do registro, em se tratando de bens imóveis. Além disso, como ensina Lacerda (2021) a doutrina tradicional convencionou que o objeto de um contrato de compra e venda seria tão somente bens corpóreos. Em se tratando de bens incorpóreos, ter-se-ia uma cessão.

Entretanto, como tem-se observado ao longo deste trabalho, o direito deve acompanhar a realidade fática. Assim, os conceitos tradicionais devem caminhar alinhados aos novos conceitos e percepções jurídicas. O direito não deve se distanciar da realidade. Como será visto a diante, em se tratando de bens digitais tem-se convencionado falar em “compra e venda” e não em “cessão” (como no caso de venda de milhas aéreas). Esta terminologia tem sido utilizada tanto pela jurisprudência quanto pela doutrina: “Exercendo a faculdade de dispor, o proprietário poderia deletar o ativo digital, fornecê-lo em garantia a um credor, bem como aliená-lo onerosa (celebrando uma compra e venda) ou gratuitamente (realizando uma doação)”. (LACERDA, 2021, p. 91) E o autor ainda conclui o raciocínio:

Se isto soa um pouco estranho hoje, em um futuro próximo acredita-se que o exercício deste poder de dispor será uma atividade comum, requerendo para tanto a intervenção estatal a fim de regulamentar como se daria, por exemplo, o penhor de um bem digital em garantia ao pagamento de uma dívida, em que pese sua natureza incorpórea. (LACERDA, 2021, p. 91)

Assim, esta também será a terminologia empregada neste trabalho.

Outro contrato que merece destaque é o contrato de doação. De acordo com o código civil ele pode ser compreendido como “o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra”. (BRASIL, [2022b]). De acordo com a doutrina “a doação é ato de disposição gratuita da coisa, decorrente do exercício do direito de propriedade. Destarte, é uma liberalidade, praticada pelo titular ainda em vida” (FARIAS, ROSENVALD, 2014a, p. 676) Assim, uma vez que a doutrina tem entendido como possível que um bem imaterial seja objeto de direito de propriedade é possível compreender que uma pessoa realize a doação de um bem digital.

Um primeiro ponto caracterizador desta modalidade contratual, como escrevem Farias e Rosenvald (2014a) é o *animus donandi*, como elemento subjetivo, sendo a intenção, a vontade, do doador de realizar a transferência de propriedade para a outra parte. Como elemento objetivo tem-se a efetiva transferência do patrimônio. Além de que há de se observar a aceitação (que não precisa ser expressa) do donatário. Ainda pode ser entendido como um contrato típico e

nominado, benéfico, unilateral, gratuito e formal.

O comodato, por sua vez, pode ser compreendido como uma espécie de empréstimo (aparecendo ao lado do mútuo - contrato que não será apresentado neste estudo). O artigo 579 do código civil dispõe que “O comodato é o empréstimo gratuito de coisas não fungíveis. Perfaz-se com a tradição do objeto.” (BRASIL, [2022b]) Assim, pode ser entendido como um empréstimo para uso de bens insubstituíveis. Farias e Rosenvald (2014a) expõem que este contrato apresenta como características a gratuidade, a infungibilidade do objeto e a entrega da coisa (tradição). E complementam: “a temporariedade também é elemento estrutural do comodato. Até mesmo porque a entrega gratuita de um bem sem prazo para a sua restituição caracterizaria a doação. (...) só se configura o comodato com a condição de que a coisa emprestada seja devolvida.” (FARIAS, ROSENVOLD, 2014a, p. 734) Como características se apresenta como um contrato gratuito, unilateral, real (só com a entrega do bem há a produção dos efeitos), não solene e personalíssimo. Tais características podem ser compreendidas sob uma nova perspectiva: o comodato ocorrerá com a tradição ou ainda com o repasse, a título gratuito e temporário, de um determinado bem digital. Como tem-se pontuado neste trabalho, o direito deve acompanhar as transformações sociais. Não deveria haver uma separação deste com o contexto fático em que está inserido.

O contrato de locação muito se assemelha ao de comodato, diferindo no fato de haver uma percepção econômica por parte do locador. Este é um contrato bilateral, oneroso, consensual, não formal e de trato sucessivo. E, como pontuado no capítulo referente à autonomia digital, é possível pensar em locação de bens digitais como playlists em aplicativos como o Spotify.

Por fim, merece destaque o contrato de permuta. Este muito se assemelha ao contrato de compra e venda mas, diferentemente deste, a contraprestação se dá com um bem (e não com o real, atual moeda nacional). Assim, este contrato pode ser assim conceituado: “Denomina-se permuta, troca, escambo, barganha ou permutação a relação transacional pela qual cada uma das partes se obriga a entregar um bem para receber outro, que será entregue pela contraparte, sem envolver moeda (dinheiro) como objeto”. (FARIAS, ROSENVOLD, 2014a, p. 649). Como classificação, tem-se que é um contrato bilateral, oneroso, comutativo e consensual.

Compreendidas as bases jurídico-dogmática destes contratos se faz necessário também compreender se e como os bens digitais objeto de estudo têm sido utilizados, na prática, como objeto de um contrato.

5.2.2 Análise fática

Um bem digital pode compor o objeto mediato de uma obrigação? Para responder essa indagação deve-se passar por alguns pontos basilares do Direito Obrigacional: o bem digital pode ser dotado de economicidade? Ele pode ser considerado um direito de propriedade daquele que o detém? A legislação nacional proíbe essa transferência? O que o acordado entre os provedores destes bens e os consumidores diz? Essa cláusula coloca o consumidor em extrema desvantagem ou está de acordo com os princípios do ordenamento jurídico? Essas e outras questões importantes foram estudadas nos capítulos anteriores. A questão envolvendo a legislação nacional será estudada no próximo capítulo. O objetivo desta seção é realizar uma análise da realidade de muitos detentores de bens digitais, uma vez que o estudo acerca da transmissão *inter vivos* de bens digitais perpassa pela doutrina e pela realidade em que muitos consumidores digitais se encontram (que, muitas vezes, é contrária ao disposto nos contratos de adesão eletrônicos celebrados com as plataformas online). Essa realidade, como apontada por Pinheiro, é marcada pela desmaterialização do objeto contratual, que agora pode circular sem impedimentos no contexto eletrônico: “Uma das grandes mudanças trazidas pelas práticas comerciais via internet em geral foi a desmaterialização física do produto, ou seja, a perda do suporte, permitindo que este pudesse então circular livremente pelos meios digitais” (PINHEIRO, 2021, p. 53).

Assim, a autora ressalta a realidade em que estamos inseridos: se antes, para se ter acesso a músicas ou contos necessitava-se de um suporte material (CDs e livros físicos, por exemplo), atualmente para se ter acesso a esses conteúdos basta se conectar à internet. Faz-se importante ter em mente que essa realidade se fará cada vez mais presente devido a crescente virtualização das relações humanas.

Os bens digitais são uma espécie de bens incorpóreos. Assim, eles gozam das mesmas proteções destes e podem compor o objeto de uma obrigação, de acordo com o entendimento dos autores:

os arquivos digitais, que cada vez mais fazem parte do cotidiano das pessoas, independem de maior regulamentação específica para serem admitidos no direito brasileiro, eis que encontram guarida como subespécies dos bens incorpóreos, e como tal devem receber a exata proteção que estes recebem, podendo ser objeto de negociação entre as pessoas (AUGUSTO, OLIVEIRA; 2015, p. 8).

Assim, tendo em vista esse panorama fático-jurídico em que a sociedade brasileira está inserida, um primeiro ponto que será analisado é o comodato de redes sociais. Sobre esse

contrato, Bruno Lacerda discorre:

O titular de um bem digital, no pleno exercício das faculdades que emanam de seu domínio, tais como o uso, gozo e disposição, pode livremente ceder a outrem o uso desta titularidade, como consectário do exercício do seu direito subjetivo. O comodatário do bem digital, além do dever de restituir o bem conforme a convenção, deve utilizá-lo nos estritos fins sociais que motivaram a cessão (LACERDA, 2021, p. 100).

Como pontuado no capítulo 4, o contrato de adesão celebrado com o Instagram impede que a plataforma seja utilizada como objeto de um negócio jurídico. Há uma cláusula no contrato em que se veda, expressamente, o repasse de qualquer elemento da conta, como a senha. Entretanto, percebe-se que realizar o empréstimo de uma conta com alta visibilidade a um terceiro tem-se mostrado como uma solução para conflitos que afligem a sociedade. É o que explica Bruno Lacerda:

Um excepcional exemplo da função social dos bens digitais pode ser visto em maio de 2020. Após o cruel assassinato do afro-americano George Floyd pelo inapto policial Derek Chauvin em Minneapolis nos Estados Unidos, uma onda de movimentos antirracistas se espalhou pelo mundo ocidental. Celebridades internacionais tiveram então uma brilhante iniciativa: ceder o uso de seus perfis de redes sociais para que ativistas de movimentos negros pudessem compartilhar suas dores, seus conhecimentos, como forma de educar e conscientizar a grande audiência digital (LACERDA, 2021, p. 100).

Desta forma, celebridades que possuem redes sociais com uma grande audiência passaram a cedê-las temporariamente a pessoas que tinham conhecimentos a compartilhar com toda a sociedade. Como pontuado pelo professor, ceder a rede social para tal fim beneficia toda a coletividade não podendo a utilização desse bem digital em conformidade com a Função Social ser limitada pelo disposto no contrato celebrado. Um ponto a ser lembrado é que a Função Social é resguardada pela Carta Magna brasileira. Além do exemplo citado, com o aumento da utilização de redes sociais pela população, a realização desse negócio jurídico será cada vez mais presente. Assim, o objeto dessa obrigação é composto pelo objeto imediato (empréstimo - comodato) e pelo objeto mediato (rede social). Apesar do disposto no contrato de adesão eletrônico celebrado pela plataforma e o usuário, este negócio jurídico mostra-se possível beneficiando toda a coletividade (estando, portanto, em consonância com o estipulado pela legislação nacional). O comodato de uma rede social deve submeter-se ao bem de toda a coletividade, ao benefício que esse contrato pode causar e não ao disposto em um contrato de adesão que pode ser visto como abusivo em alguns pontos.

De forma semelhante, é possível pensar no comodato de canal no YouTube. A rede social, que é intransmissível, de forma temporária ou permanente, pelo disposto no contrato de adesão, possui como finalidade primordial o compartilhamento de informações por meio de vídeos. Como visto no tópico referente aos bens digitais objeto de estudo, uma conta dessa rede social pode possuir uma alta visibilidade. Não seria ilógico pensar na transmissibilidade temporária e gratuita da rede a uma pessoa com informações relevantes sobre um tópico que atinge, direta ou indiretamente, toda uma coletividade. O empréstimo da conta a uma pessoa que lida com a preservação do meio ambiente beneficiaria toda uma coletividade já que propiciaria que um maior número de pessoas praticasse atos em seu dia a dia que contribuiria com a preservação ambiental. Um ponto a se pensar a respeito desse contrato seria: a rentabilidade daquele vídeo, oriunda do número de visualizações, seria destinada ao titular do canal, àquele que produziu o conteúdo ou a ambos, em uma porcentagem previamente estipulada? Acredita-se que, levando-se em conta a autonomia privada no âmbito negocial, tal decisão deve ficar a cargo das partes.

Também é comum perceber a utilização de contas no Instagram que tenham alta visibilidade para a venda dos mais variados produtos. Personalidades que são conhecidas pelos mais diversos motivos (a título exemplificativo, por serem autores de livros, terem canais no YouTube com um grande número de inscritos, serem atletas ou simplesmente por terem aparecido na TV) em geral possuem contas no Instagram com milhares ou até milhões de seguidores. Essa alta visibilidade chama a atenção de empresários que passam a negociar com esses *digital influencers* a divulgação de publicidades em suas redes sociais. Assim, um determinado empresário negocia com um influenciador que pagará a ele um valor econômico x para que ele divulgue em seus stories ou em posts no perfil o produto da marca. A depender da visibilidade e aceitação do público a marca e o influenciador digital renovam o contrato que tem por objeto um número x de stories ou de posts no perfil daquela conta com alta visibilidade.

A utilização de stories e posts no Instagram como ferramenta de compra e venda ou permuta por parte de influenciadores digitais é regulamentada pelo Conar. Em 2021 o Comitê elaborou uma cartilha com diretrizes de como a relação obrigacional deveria ocorrer. Na cartilha (CONAR, 2021) elenca-se três requisitos cumulativos que indicam a existência de publicidade: a divulgação do produto, a existência de obrigação de fazer onerosa entre influenciador e Anunciante (ainda que a compensação não se dê em pecúnia) e a ingerência do anunciante sobre o conteúdo da mensagem a ser passada ao público (informando, por exemplo, frases ou tópicos necessários e falas que não devem ser ditas). Ao ser enquadrado como propaganda, o Story ou Post deve indicar ao público a relação comercial existente entre o influenciador e o Anunciante através de marcadores como “publi” ou “publicidade” ou ainda

“publipost”. O objetivo é transmitir, de forma clara ao expectador, a existência de uma publicidade. Essa exigência se justifica pelo fato de que no contexto do Instagram muitos influenciadores utilizam da ferramenta para expor o seu dia a dia. Com isso, a sua audiência pode não perceber que está diante de uma propaganda (pela naturalidade como muitos produtos são demonstrados).

Desta forma, fica evidente que, em termos práticos, há a utilização desse bem digital, que possui um valor econômico, em uma relação obrigacional. De um lado o Influenciador Digital que transmite o espaço de alguns stories a um anunciante em troca de um valor econômico x ou outro bem. A obrigação, então, consiste em anunciar o produto da marca da forma pré-estabelecida por ela. A título exemplificativo: uma determinada influenciadora digital possui em sua conta de Instagram 5 milhões de seguidores. Devido à alta visibilidade, um anunciante de uma marca de chocolates entra em contato com a influenciadora para que ela apareça em seus stories três vezes por semana comendo o chocolate da marca às 13h30 dizendo que aquele é o melhor chocolate que ela comeu nos últimos tempos. Em troca desse anúncio a marca oferece à influenciadora um cachê de R\$X por Story postado. Assim, entende-se que a influenciadora cedeu, transmitiu, o espaço digital (que ela poderia estar postando sobre outro assunto) para a marca, demonstrando a possibilidade de um bem digital integrar o objeto de uma obrigação, a despeito do que consta nos termos e condições do Instagram.

Permitir juridicamente que um e-book seja transmitido por consumidores também estaria em consonância com o alcance da Função Social, uma vez que, dentre outros motivos, possibilitaria uma maior preservação ambiental. Explica-se a afirmativa: a possibilidade de transmitir esse bem digital (seja essa transmissibilidade a título gratuito ou oneroso; permanente ou temporária) seria um fator a estimular a aquisição destes em detrimento do livro físico (além de outros fatores que já se apresentam na realidade como preços, em geral, mais baixos e a facilidade de transporte). Um livro físico causa impactos ambientais que não são percebíveis em seus semelhantes digitais como a degradação de florestas. Assim, permitir a compra e venda entre consumidores bem como o empréstimo e a doação dessa espécie de bem digital reduziria impactos ambientais tanto provenientes de sua confecção quanto do possível descarte (diminuindo a quantidade de lixo físico). É por óbvio que essa possibilidade deveria vir acompanhada de avanços tecnológicos que impedissem a pirataria. Sobre essa questão, Patricia Pinheiro discorre sobre a possibilidade de se utilizar chaves públicas e privadas para permitir uma transmissibilidade de ativos digitais que respeitem os direitos de autor:

No quesito segurança, o sistema de chaves “públicas” e “privadas”, além de garantir o sigilo das transações ocorridas na rede, possibilita a identificação do remetente e do receptor, uma vez que é atribuída ao remetente uma chave privada, de conhecimento exclusivo deste, enquanto o destinatário deverá saber a chave pública, correspondente à chave privada do remetente, que é a única capaz de decodificar a mensagem enviada. Sendo assim, a chave privada funciona como uma assinatura eletrônica (PINHEIRO, 2021, p. 80).

Assim, possibilitar a transferência desse ativo digital não pode ser sinônimo de desrespeito aos direitos autorais. Cada vez mais a utilização dos avanços tecnológicos permitirá o resguardo de direitos. A título exemplificativo, ao realizar a transferência de um e-book de um aparelho Kindle A para um aparelho Kindle B o bem deveria desaparecer do primeiro dispositivo. Novas tecnologias como o Blockchain podem ser utilizadas com esta finalidade. A transmissão destes ativos digitais deve ocorrer de forma a evitar a duplicação da obra e também de forma a impedir a alteração da obra original. Patrícia Pinheiro discorre sobre o fato de que o avanço da tecnologia permitir que as obras originais sejam preservadas:

Com o avanço da tecnologia, a facilidade de se modificar obras é muito grande; no entanto, também existem softwares que permitem a criação de uma chave de proteção da obra original, assim como impressões digitais que identificam uma obra autêntica, ou seja, não alterada (PINHEIRO, 2021, p. 60).

Assim, a possibilidade de transmitir e-books por contratos não acarretaria em um desrespeito aos direitos autorais.

Sobre essa possibilidade, Bruno Lacerda afirma que: “garantir a alguém a possibilidade de transmissão de seus arquivos digitais a outrem (como uma biblioteca virtual), por um preço entre eles autonomamente ajustado, será a mais plena demonstração das variadas formas de proteção à propriedade funcionalizada” (LACERDA, 2021, p. 99).

Um ponto importante a se lembrar é que o Direito é feito para regular a vida em sociedade. Ele deve ser um instrumento que viabilize uma vida digna, nas mais variadas esferas sociais. A propriedade privada é instituída para benefício do ser humano, tanto que é um dos pilares da ordem econômica constitucional, conforme preceitua o artigo 170 da Constituição da República de 1988. A propriedade privada e todos os benefícios que ela pode trazer para a população não podem ser limitados por um contrato de adesão que beneficia tão somente as grandes empresas que disponibilizam no mercado estes ativos digitais. E, como entende Lacerda (2021) os bens digitais demonstram que a propriedade privada pode ser percebida para além do que se estudava há 20 ou 30 anos. Os avanços tecnológicos nos permitem afirmar que há plúrimas propriedades, devendo ser todas elas, clássicas ou recentes, tuteladas pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Outro exemplo que demonstra a possibilidade da transmissibilidade *inter vivos* de bens digitais é a recente cessão da sua parte no canal, realizada pelo Youtuber, Bruno Aiub (Monark) ao seu então sócio Igor Rodrigues Coelho. Ao apresentar um programa Monark fez uma possível apologia ao nazismo (que está sendo analisada pelo Ministério Público), na qual defendeu a possibilidade jurídica de se criar partidos nazistas no Brasil. Devido a essa fala, que foi corretamente rechaçada pelo público e por patrocinadores, o apresentador foi demitido. Entretanto, decidiu-se que (COMO VAI..., 2022) o programa deveria continuar, já que cerca de 80 famílias dependem economicamente da rentabilidade gerada pela transmissão do podcast no canal do YouTube, mas sem o apresentador Monark. Dessa forma, ficou acordado entre os sócios que Monark venderia as suas quotas ao Igor.

Assim, entende-se que a empresa (entendida como a atividade de criar e disponibilizar vídeos de podcast online através da plataforma Youtube) deveria continuar com sua atividade empresarial, modificando o quadro societário. O bem digital (canal no YouTube) foi, então, de certa forma, vendido. Fazendo uma analogia, é como se ambos tivessem o condomínio do bem digital no qual foi vendido, demonstrando que a despeito do disposto no contrato de adesão eletrônico celebrado com a plataforma, a transferência a título oneroso *inter vivos* já acontece. Da mesma forma, valendo-se do mesmo argumento apresentado, pode-se pensar que futuramente o apresentador Igor queira vender a sociedade a outra pessoa (natural ou jurídica) que queira continuar a atividade empresarial. Permitir a continuidade da atividade mediante a venda societária é garantir o emprego de muitos funcionários, é garantir uma maior estabilidade financeira para muitas famílias, é possibilitar que um canal de entretenimento, lazer e informação continue funcionando. Ou seja, é garantir a função social da empresa e, portanto, cumprir com os preceitos constitucionais, sem ignorar os riscos que envolvem essa transmissão. Afinal, a audiência foi construída a partir de determinados apresentadores. A troca (total ou parcial) pode não gerar impactos negativos, em se tratando de visualizações do conteúdo, como pode apresentar um declínio ou acréscimo destas, o que gera impactos econômicos. Cabe ao comprador e ao vendedor realizar a análise dos riscos e decidirem pela celebração ou não do negócio jurídico.

Não se deve esquecer dos negócios jurídicos em que há como objeto mediato milhas aéreas. Estes pontos, como explica Lacerda (2021), ao serem acumulados, podem ser objeto de troca entre passageiro e companhia aérea, na qual aquele pode adquirir, a título exemplificativo, passagens aéreas, aluguéis de veículos, reservas de hotéis além da aquisição de outros bens corpóreos. Um importante questionamento que se pode fazer é: tendo-se em vista que as milhas aéreas são um bem digital de caráter patrimonial e que, como tal, compõem a nova noção de

patrimônio do indivíduo, não seria justo pensar na possibilidade de venda ou doação de milhas aéreas entre consumidores? O que se percebe é a utilização desses bens digitais entre consumidores e companhia aérea, e mais recentemente como objeto de penhora, como se verá em tópico posterior, mas ainda não se percebe a possibilidade de utilização desses ativos econômicos como moeda de troca entre pessoas físicas, o que limita a sua utilização.

Entretanto, assim como nos demais exemplos, o que se percebe é que apesar da proibição constante nos contratos de adesão eletrônicos, consumidores utilizam milhas como objeto mediato de obrigações. Constatase isso já que há (COMPRAR..., 2015) sites de comercialização desses ativos digitais, como o EloMilhas, Compro Milhas e o Max Milhas. A venda se sustenta em uma falha dos programas que vendem milhas, já que estes possibilitam a emissão de passagens em nomes de outras pessoas. Sobre a venda, que pode ocasionar um banimento do usuário que a realizar:

O processo de compra e venda de milhas muda de acordo com o site que faz esta comercialização / troca. Mas, todos pedem para que você forneça dados pessoais e alguns até mesmo a senha do Programa de Fidelidade para que possam fazer a emissão das passagens aéreas.

Em alguns destes sites, você mesmo faz a emissão da passagem aérea em nome do comprador, em vez de fornecer sua senha ao site (COMPRAR..., 2015).

Outro exemplo fático da utilização de bens digitais como objeto de obrigações envolve a venda de nomes de domínio. Este pode ser entendido como o endereço eletrônico que permite a um usuário localizar e acessar um site. Sobre essa modalidade de negócio jurídico, Lacerda escreve:

A titularidade deste tipo de domínio afigura-se como mais um bem tecnodigital patrimonial. (...) Quem registra um domínio em primeiro lugar, independentemente de ser titular de nome civil ou marca, acaba sendo o proprietário daquele endereço eletrônico. Isso faz com que vários sujeitos sejam obrigados a negociar com inescrupulosos registradores cibernéticos a propriedade de nomes que, no mundo real, lhe pertencem (LACERDA, 2021, p. 99).

Ou seja, o autor pontua que em se tratando de registro de nome de domínio o que é levado em conta é quem fez o registro primeiro, e não quem é o titular daquela marca. Assim, imagine a situação: Joana, confeitadeira, vende doces em sua bicicleta pela cidade. Ela faz o registro na Junta Comercial e vende seus doces de forma regular por muitos anos. Em determinado momento, devido à baixa notoriedade, ela decide criar um site para divulgar o seu trabalho. Entretanto, ao tentar realizar o registro do nome de domínio com o nome fantasia utilizado, ela percebe que ele já existe, pertencendo a outra pessoa que não possui, de fato, o referido registro

do negócio. Assim, para conseguir utilizar o nome de domínio que deseja ela deverá negociá-lo com o então proprietário.

O exemplo hipotético apresentado movimentaria pequenos valores econômicos. No entanto, Patrícia Pinheiro descreve um exemplo envolvendo vultosos valores econômicos:

os dirigentes de um país como Tuvalu (uma ilhota do Pacífico Sul que tira seu sustento da venda de cocos e selos para colecionadores e detém a terminação “.tv”, obviamente visada por empresas de comunicação de todo o planeta) vendeu esta terminação para a companhia norte-americana VeriSign, o que efetivamente dobrou seu PIB anual (PINHEIRO, 2021, p. 66).

Outra possibilidade que se pode pensar é a de que músicas, em formato digital, integrem o objeto de uma obrigação. Um primeiro ponto a se pensar é na transferência desses ativos mediante a compra e venda ou doação, de forma semelhante à vislumbrada com os e-books. Um consumidor que as adquira mediante a compra pela Apple, por exemplo, poderia repassá-las a um terceiro, mediante um contrato. Tal possibilidade jurídica deveria ser acompanhada da tecnologia, que impediria que a obra existisse em duplicidade nos dispositivos do comprador e do vendedor, como já pontuado. Como defende Lacerda (2021) esse contrato pode parecer irrealizável atualmente, mas, certamente, fará parte do cotidiano das pessoas em um futuro não tão distante.

Além disso, pode-se citar outra possibilidade envolvendo músicas digitais e que já foi abordada neste trabalho no item 4.2.2 referente aos seus termos de uso: a locação de playlists em aplicativos como Spotify. Essa possibilidade é explicitamente vedada pelo contrato de adesão, mas mostra-se possível de ser realizada, como já pontuada.

Ainda há de se pontuar os contratos envolvendo os jogos online. Será feito um breve estudo envolvendo-os. Assim como nas outras modalidades de bens digitais patrimoniais, nos jogos online, mais precisamente no Fifa, que foi objeto de estudo no capítulo referente aos contratos de adesão eletrônicos, também há um descompasso daquilo que foi estipulado no contrato da realidade praticada pelos detentores desses ativos digitais. Como visto, é terminantemente proibida a venda e/ou repasse das moedas utilizadas no jogo. Caso algum jogador faça essa transferência, ele estará sujeito às punições pré-estabelecidas no contrato eletrônico, como o banimento (temporário ou permanente) da plataforma. Entretanto, como explica Martins (2021) essa prática é comum e é fácil encontrar sites online que permitem a transferência desse bem digital:

O ato proibido da EA de compra e venda de moedas é uma prática comum. Dentro do jogo, no Mercado de Transferências, é possível fazer essa negociação com outro jogador para adquirir as coins que foram acordadas em outros sites. Uma busca simples pelo termo "Coins FIFA 22" no Google mostra alguns lugares onde jogadores podem comprar e serem punidos no futuro (MARTINS, 2021).

E ainda acrescenta:

Além disso, é possível fazer essas transferências de moedas por "comfort trade", troca de conforto em português. Esse é um método ainda menos seguro uma vez que o comprador das moedas cede seus dados de conta da EA para que o vendedor faça a transferência por meio de brechas no servidor do FIFA. Essa prática também é proibida pela EA e também pode gerar punições aos jogadores que se utilizarem desta ferramenta (MARTINS, 2021).

Ou seja, percebe-se que a prática ocorre apesar da proibição e das punições que podem ser sofridas pelo, nesse caso, jogador. Assim como nos demais casos, faz-se a reflexão: não é do conhecimento da plataforma que os jogadores já realizam essas transferências? A quem essa proibição beneficia? Conforme o já estudado anteriormente, entende-se que essa estipulação contratual beneficia tão somente as grandes organizações, sendo prejudicial aos consumidores que adquirem esses bens digitais.

Outro contrato envolvendo a transferência de bens digitais que pode ser citado é o da utilização de moedas virtuais, como o bitcoin, para a realização de transferência de valores econômicos. Como ensina Pimenta: “Vai algum tempo até que se possa pagar por um sanduíche, por uma corrida de taxi ou por um ingresso de cinema com uma criptomoeda, mas quem investe nestes ativos crê (em maior ou menor grau) que esta época está para chegar”. (PIMENTA, 2023a, p. 274) Uma forma de verificar a aceitação, cada vez mais crescente, por parte da população, da utilização destes bens digitais no dia a dia é, como pontuado por Pimenta (2023a) a formação de um mercado de corretoras destes criptoativos. A veracidade desta informação pode ser verificada ao realizar a pesquisa de termos como “compra e venda de criptomoedas” no google. Em poucos segundos o site de busca apresenta várias opções de corretoras que realizam a compra e venda destes bens digitais.

Em relação às corretoras de moedas digitais, é necessário que se realize um adendo: em 21 de dezembro de 2022 foi promulgada uma lei que tem como objetivo disciplinar a prestação de ativos virtuais bem como regulamentar a atividade das corretoras destes ativos (BRASIL, 2022c). Sobre este ponto, Pimenta escreve:

Esta corretagem de ativos virtuais já encontra, tanto no Brasil quanto no exterior, diferentes agentes (como os indicados abaixo [Binance, Bitcoin to you e Crypto.com]), os quais oferecem serviços com os definidos em pela Lei n. 14.478/22

e passam, com a edição desta última, a sujeitar-se aos seus dispositivos. (PIMENTA, 2023a, p. 276)

Há também a utilização de NFTs como objeto mediato de contratos de compra e venda. Um exemplo que pode ser citado e que comprova a última afirmação é o do jogador Neymar. Nicoceli (2022) escreve que o jogador de futebol investiu cerca de R\$ 6 milhões em janeiro de 2022 na compra de três artes digitais. Assim como ele, o jogador de NBA Stephen Curry e o apresentador norte-americano Jimmy Fallon também desembolsaram vultosos valores econômicos na compra destes ativos digitais. Infelizmente, como explica Nicoceli, devido à questões político-econômicas que afligiram o mundo no ano de 2022, houve um aumento da taxa de juros cobrada pelos bancos (na tentativa de conter a inflação), fazendo assim com que a moeda utilizada para negociação destes bens digitais (ethereum) sofresse uma desvalorização, o que refletiu na queda do valor destes NFTs. Não só o ativo do jogador brasileiro sofreu desvalorização, mas o do jogador de NBA e do apresentador norte-americano ora citados também.

A questão que merece destaque é o fato de não só houve a compra destes ativos por parte destas celebridades como eles, devido à desvalorização, podem realizar a venda para outros possíveis compradores. É o que destaca o colunista ao escrever que “Até a publicação desta matéria, eles [artistas dos referidos NFTs] não tinham novas artes digitais a venda, mas era possível comprar os NFTs de outros donos, em que os preços variam desde R\$ 531 mil até R\$ 110,28 milhões.” (NICOCELI, 2022) Constatando-se, novamente, a utilização de um bem digital de caráter patrimonial compondo o objeto de um contrato.

Diante do exposto é inegável a correlação entre os argumentos entre a possibilidade jurídica da transmissão de um bem digital via herança ou testamento e a transmissão por meio de um contrato uma vez que em ambas as situações se referem a uma transmissão de patrimônio.

No capítulo 6 será feito o estudo sobre a necessidade, ou não, de se elaborar um estatuto para regular os bens digitais. Atualmente a impossibilidade de transferência desses ativos digitais é regulada unicamente pelos contratos de adesão eletrônicos. Assim, será visto o que a doutrina nacional e estrangeira, bem como o que o poder legislativo brasileiro, têm entendido sobre a temática. Talvez um estatuto seja a solução jurídica para aproximar o contexto jurídico da realidade vivenciada pelos consumidores de bens digitais, resguardando os direitos autorais dos criadores dessas obras tecnodigitais. Mas antes é necessário que se verifique se o Poder Judiciário brasileiro tem lidado com questões envolvendo a transmissão de bens digitais e, se sim, como tem julgado tais questões.

5.3 Jurisprudência brasileira

A questão envolvendo a transmissão de bens digitais é recente e, devido a isso, pouco aparece em sede de poder judiciário. Neste tópico serão analisados quatro pronunciamentos jurisdicionais envolvendo milhas aéreas: um em que o Tribunal de Justiça de São Paulo entende pela possibilidade de transmissão desses ativos via herança bem como o respectivo Recurso Especial interposto pela TAM no qual o STJ decide pela intransmissibilidade destes bens digitais. Por fim, será realizado o estudo de uma liminar e de um despacho em que houve o deferimento de penhora de milhas aéreas.

Primeiramente será analisado o recurso de Apelação, nº 1025172-30.2014.8.26.0100, julgado pelos desembargadores do Tribunal de Justiça de São Paulo no ano de 2017. O caso versava sobre a possibilidade ou não de se transmitir milhas aéreas via testamento. Em segunda instância o entendimento foi pela possibilidade, sendo que os votos não foram unânimes. A discussão pairava, majoritariamente, sobre a possível nulidade da cláusula 1.8 do contrato redigido pela TAM:

A Pontuação obtida na forma deste Regulamento é pessoal e intransferível, sendo vedada sua transferência para terceiros, a qualquer título, inclusive por sucessão ou herança, dessa forma, no caso de falecimento do Cliente titular do Programa, a conta corrente será encerrada e a Pontuação existente e as passagens prêmio emitidas serão canceladas. (BRASIL, 2022d)

Dentre os desembargadores que tiveram seus votos vencidos, havia o argumento de que a intransmissibilidade, seja por ato *inter vivos* ou *mortis causa*, se justificava devido ao caráter personalíssimo dos pontos:

Proibição de transferência mortis causa das milhas que, no entendimento deste Relator designado, não se afigura abusiva, constituindo decorrência lógica do caráter personalíssimo atribuído aos pontos e da vedação de transferência da pontuação mediante ato *inter vivos*. Posição da turma julgadora todavia no sentido da ilegitimidade da vedação (SÃO PAULO, 2017).

Além disso, a ré alegou que (SÃO PAULO, 2017) a permanência do programa como se encontra possibilitaria a manutenção de sua atividade empresarial, garantindo-se a sua estabilidade financeira. A companhia aérea, além de pontuar que as milhas aéreas teriam caráter personalíssimo também afirma que a propriedade delas é da companhia e não do consumidor. Ademais, inclui-se o argumento de que estas milhas não teriam caráter econômico, segundo se percebe:

Insiste outrossim na inviabilidade de transferência hereditária dos pontos do sistema de benefícios, seja por resultar em potencial vantagem para indivíduos que não são clientes fiéis dela, instituidora do programa, seja porque a pontuação, além de alegadamente não possuir natureza patrimonial e ostentar caráter personalíssimo, não pertenceria a rigor aos consumidores por ela agraciados e sim à própria companhia aérea, nos termos da cláusula 1.6, não questionada na peça preambular, o que impede segundo afirma a almejada transmissão causa mortis (SÃO PAULO, 2017).

No entanto, como já ressaltado, não foi esse o entendimento proferido pela turma. Dentre os argumentos vencedores, percebe-se o entendimento de que as milhas aéreas possuem sim um caráter econômico e, por esse fato, podem ser transmitidas por herança:

Demais disso, por entender que as vantagens relativas ao plano de recompensas instituído pela ré ostentariam natureza patrimonial, deu por nula a cláusula 1.8, impeditiva da transmissão mortis causa dos pontos atribuídos aos clientes, impondo por outro lado à companhia aérea, em caso de extinção do programa de benefícios e à livre escolha dos consumidores, a transferência dos pontos para outro sistema de bonificação ou o ressarcimento em pecúnia da pontuação acumulada (SÃO PAULO, 2017).

Assim, se o falecido não usufruir das potenciais vantagens econômicas de suas milhas, seus herdeiros devem ter o direito de fazê-lo no tempo pré-estabelecido anteriormente. O entendimento contrário estaria em desacordo com a legislação brasileira vigente:

Por outro lado, a extinção ou cancelamento da milhagem em razão do falecimento do titular ou, ainda, a supressão do próprio programa, colocam, também, os consumidores em desvantagem exagerada, pois eles pagaram pelo produto, devendo, portanto, haver a previsão de transmissão em caso de falecimento ou migração na hipótese de extinção do programa (SÃO PAULO, 2017).

A decisão bem como os argumentos levantados para que se chegasse a ela nos permitem refletir que se o poder judiciário tem entendido que a transmissão *mortis causa* não é descartável. Assim, é possível vislumbrar argumentos semelhantes sendo utilizados para se justificar a possibilidade da transmissão de bens digitais *inter vivos*. Entretanto, diante da decisão desfavorável à TAM, esta interpôs um Recurso Especial que foi julgado no dia 04 de outubro de 2022.

Assim, ao se realizar uma análise do Recurso Especial de nº 1878651, pode-se inicialmente colher os seguintes argumentos que sustentam a intransmissibilidade destes bens digitais: inexistência de cláusulas abusivas no contrato de adesão celebrado entre TAM e consumidores; e o referido contrato se apresenta como sendo unilateral e benéfico, o que faz com que a obrigação tenha caráter personalíssimo além de haver a interpretação restritiva da

obrigação, conforme dispõe o artigo 114 do Código Civil. (BRASIL, 2022d) Tais pontos devem ser analisados de forma cuidadosa.

A TAM constrói a sua base argumentativa alegando que o contrato que transfere os pontos aos consumidores é benéfico, como se observa: “Os contratos benéficos, que por sua natureza são intuito personae, devem ser interpretados restritivamente, consoante disposto no art. 114 do CC/02”. (BRASIL, 2022d) Assim, o tribunal expõe que pelo fato de o contrato ser benéfico (ou gratuito – no qual há vantagens econômicas para tão somente uma das partes) ele possui a característica de ser personalíssimo. Ou seja, caberia tão somente o consumidor que adquiriu os pontos no pólo ativo da obrigação (credor das milhas aéreas).

No entanto a gratuidade do referido negócio jurídico deve ser repensada. Isso devido ao fato de que as milhas aéreas são concedidas aos consumidores tão somente se eles participarem do plano de fidelização da companhia aérea: “o consumidor ganha os pontos, a título gratuito, como um bônus por sua fidelidade na aquisição de um produto ou serviço diretamente contratado com a TAM ou seus parceiros comerciais. Ou seja, os pontos funcionam como meio de prestigiar o consumidor fiel.” (BRASIL, 2022d)

Assim, os consumidores só receberão as milhas aéreas como bonificação se comprarem passagens aéreas ou utilizarem de outros produtos ou serviços da companhia aérea ou de parceiros comerciais. Desta forma, a conclusão de que o negócio jurídico celebrado entre a TAM e o “consumidor fiel” é oneroso se sustenta na premissa de que o consumidor só adquirirá as milhas se adotar um certo comportamento: o consumidor adquire passagens aéreas de forma recorrente e em contrapartida a TAM concede-lhe um determinado número de milhas aéreas. A explicação permite concluir que os contratos são onerosos, uma vez que ambas as partes auferem vantagens econômicas. Sobre este ponto pode-se visualizar também a seguinte ponderação, proferida em segunda instância:

Na hipótese abordada nos autos, a concessão de pontos aos clientes inscritos no programa de fidelização realmente **não constitui**, tal como exposto no voto do d. Relator sorteado, **mera cortesia desinteressada por parte da apelante** (...), mas sim benefício com vistas em última análise a futuros ganhos financeiros indiretos a partir das operações de consumo necessárias à geração dos pontos. (SÃO PAULO, 2017, grifo nosso)

E ainda, diferenciando o “consumidor” do “consumidor fiel” - o que torna o negócio jurídico oneroso:

Com efeito, o acúmulo da quantidade de pontos necessária à emissão de uma “*passagem-prêmio*” exige, como cediço, a **aquisição onerosa e recorrente de serviços e produtos por parte do cliente-participante do programa de fidelização**, uma vez que a pontuação gerada isoladamente por cada ato de consumo não se mostra, em regra, suficiente à troca por passagem-aérea. (SÃO PAULO, 2017, grifo nosso)

É necessário então que haja um conjunto de relacionamentos comerciais pretéritos com a TAM ou com seus parceiros comerciais (vantagem econômica para um polo da obrigação) para que o consumidor (fiel) receba as referidas milhas aéreas (vantagem econômica para o outro polo da obrigação). O contrato, então, não pode ser classificado como sendo gratuito/benéfico. Ainda sobre este ponto: “O consumidor, então, para usufruir da milhagem acumulada, deve ser manter fiel à apelante ou a seus parceiros comerciais, mesmo quando os preços praticados são superiores aos de seus concorrentes. A acumulação de pontos, portanto, não é mera cortesia da apelante”. (SÃO PAULO, 2017) E ainda:

A apelante, sendo prestadora de serviço de transporte aéreo, na verdade, se utiliza do enfocado programa de fidelidade para atrair clientes (...) **Não é possível afirmar que a companhia aérea efetive uma simples liberalidade a seus clientes**. A própria empresa agrega benefícios a suas atividades, criando uma clientela cativa, com o aumento indireto de seu faturamento e com o reforço de seu potencial de lucros. (SÃO PAULO, 2017, grifo nosso)

Sobre a aplicabilidade restritiva dos contratos gratuitos, manifestada no artigo 114 do Código Civil, os autores Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald lecionam: “Se o peso do negócio jurídico recai apenas sobre uma das partes, natural que sua hermenêutica se limite ao exato sentido da vontade daquele que realizou o ato benéfico” (FARIAS, ROSENVALD; 2014a, p. 254). Isso se deve ao fato de que o ordenamento jurídico tende a equilibrar as mais diversas relações jurídicas. Assim, se Antônio e Bernardo realizam um negócio jurídico benéfico em que Antônio é o devedor e Bernardo o credor a interpretação do estipulado no contrato deve se limitar à vontade de Antônio. A lógica jurídica por trás deste dispositivo legal é a de que o peso do negócio jurídico está recaindo todo sobre Antônio. Bernardo, como credor de um negócio jurídico gratuito é o único que está recebendo vantagens econômicas dessa relação jurídica (de forma exemplificativa, tome-se o exemplo de que ele é o credor de um contrato de doação no qual recebe de Antônio a propriedade de um bem móvel). Assim, visando equilibrar essa relação jurídica, o Código Civil dispõe que a interpretação do contrato celebrado entre Antônio e Bernardo se limita à interpretação de Antônio.

No entanto, estes ensinamentos se aplicam às obrigações regidas pelo código civil. Em relação às consumeristas, em virtude da vulnerabilidade característica do consumidor, aplica-se o Código de Defesa do Consumidor, que visa trazer uma maior paridade entre as partes que

compõem a obrigação. Como ensina Rosvald (CONCEITOS FUNDAMENTAIS..., 2020) os Negócios Jurídicos devem ser entendidos a partir das particularidades das pessoas envolvidas no ato. Assim, em Negócios Jurídicos distintos a autonomia privada também terá incidência distinta. Não se deve tratar da mesma forma as seguintes relações obrigacionais (negócios jurídicos): as interempresariais (há uma simetria entre as partes) são distintas das entre civis (começa a haver assimetria entre os polos obrigacionais) e das consumeristas (grande assimetria). Quanto maior a assimetria maior é o espaço para que ocorra a eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Por isso é que os Negócios Jurídicos entre consumidores e fornecedores merecem a aplicabilidade de regras distintas das aplicáveis nos Negócios Jurídicos entre particulares. A crítica apresentada pelo civilista então reside no fato de que os Negócios Jurídicos não devem ser vistos em abstrato, ou seja, não se deve ignorar as particularidades de cada caso.

Assim, é notória a necessidade de diferença de tratamento uma vez que como devedor da obrigação de transferir as milhas aéreas tem-se a (neste caso) a Tam Linhas Aéreas e não o Antônio. Em relação à interpretação contratual, o código de defesa do consumidor assim dispõe: “Art. 47. As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.” (BRASIL, [2021a]) Em relação à interpretação contratual os autores ensinam:

Mas o princípio maior da interpretação dos contratos de consumo está insculpido no art. 47 do CDC (...). Isso quer significar que não apenas as cláusulas ambíguas dos contratos de adesão se interpretam em favor do aderente, contra o estipulador, mas o contrato de consumo como um todo, seja “contrato de comum acordo” (contrat de gré à gré), seja de adesão, será interpretado de modo mais favorável ao consumidor. (GRINOVER, BENJAMIN, MARQUES; et al, 2022, p. 482)

Então, diante do exposto, ainda que o contrato fosse realmente benéfico, entende-se pela não aplicabilidade da interpretação restritiva das cláusulas contratuais, neste caso. Faz-se necessário lembrar que em primeira instância (BRASIL, 2022d) a cláusula contratual que previa a intransmissibilidade dos pontos adquiridos pelo consumidor aos seus herdeiros foi tida como nula. Considerou-se que esta cláusula seria abusiva, levando-se em conta a vulnerabilidade característica do consumidor.

A TAM argumentou ainda que o interesse econômico que o consumidor tem em relação às milhas é indireto e que as milhas não constituem o objeto central das relações consumeristas estabelecidas entre passageiros e a companhia aérea (BRASIL, 2022d). Em sede de Recurso Especial interposto pela companhia aérea ainda há o argumento de que “os pontos oriundos do Programa TAM Fidelidade não possuem natureza patrimonial, pelo simples motivo de que não

podem ser caracterizados como espécie de pagamento antecipado” (BRASIL, 2022d)

Em relação a esses dois pontos (de que o interesse econômico do consumidor em relação às milhas aéreas é indireto e de que os pontos não comporiam o patrimônio do consumidor) também é necessário que sejam feitas algumas ponderações.

A primeira delas sendo a de que o conceito de patrimônio se refere ao conjunto de bens e direitos acumulados por um indivíduo “importando mais o valor do conjunto, e não a identidade propriamente dita daquilo que compõe o patrimônio” (LACERDA, 2021, p. 82) Assim, uma vez que as milhas são dotadas de economicidade elas compõem o patrimônio do indivíduo. Um indivíduo que possui um número x de milhas aéreas acumuladas e que pode trocá-las por uma passagem aérea tem esses bens digitais como parte de seu patrimônio. Essa pessoa pode escolher se irá realizar a troca ou não. Assim como faz com um valor de moeda acumulado em uma instituição financeira, por exemplo. Ela escolhe se irá dar R\$ 2.000 em troca de uma passagem aérea ou não. Da mesma forma ela escolhe se irá dar um número x de milhas em troca de uma passagem aérea ou não. Demonstra-se assim o interesse direto que esse consumidor tem em relação a esses ativos e, como ensina Lacerda (2021), por serem dotadas de economicidade elas integram o patrimônio do indivíduo. Este ponto voltará a ser objeto de análise ainda nesta seção uma vez que ele também é ponderado nas decisões relativas à penhora de milhas aéreas.

A autora pondera que “os direitos relativos aos bens digitais podem ser considerados patrimônio de uma pessoa independentemente de seu conteúdo econômico” (ALMEIDA, J. 2017, p. 44) Dos bens digitais decorrem diversos direitos ao, neste caso consumidor, que devem ser resguardados. Respeitar essa ideia é sinônimo de respeitar o texto constitucional, que tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana (BRASIL, [2022a]).

Além de todo o já exposto, como argumento à impossibilidade de se transmitir os pontos, apresentado pela TAM, tem-se que “a declaração de sua nulidade [da cláusula impeditiva] afeta diretamente o equilíbrio econômico-financeiro do Programa”. (BRASIL, 2022d). Assim, questiona-se: o equilíbrio econômico-financeiro do programa beneficia os seus clientes já esperando que eles não utilizem tais benefícios?

Decisões como essa estão ancoradas em uma percepção do direito e da realidade arcaica bem como em uma ausência legislativa sobre o tema. Como consequência, observam-se prejuízos aos consumidores e consequente violação de seus direitos fundamentais e, infelizmente, criam-se precedentes para que novas violações ocorram no futuro. Sobre considerar os bens digitais como parte do patrimônio Lacerda escreve: “Acredita-se que, em um futuro não tão distante, haverá leis que terão o claro propósito de resguardar os bens digitais (...) como patrimônios especiais do sujeito não afetados, portanto, ao pagamento de suas dívidas

comuns, a título de exemplo” (LACERDA, 2021, p. 85)

Diante do exposto, é necessário que seja feita a análise de dois pronunciamentos jurisdicionais que começam a criar no plano fático a realidade imaginada pelo autor. O primeiro deles é uma liminar que foi concedida em um Agravo de Instrumento em que milhas aéreas foram os únicos bens encontrados de um devedor, e, devido ao seu caráter patrimonial, foi determinada a sua penhora. Também será estudado o deferimento de penhora de milhas aéreas do ex-piloto de Fórmula 1 Emerson Fittipaldi.

A referida liminar ocorreu no processo de nº 0712398-97.2022.8.07.0000, proferida pelo TJDF no dia 28/04/2022. O entendimento pela possibilidade da penhora não é unânime. Em sentido contrário à possibilidade, observa-se a seguinte ponderação:

Embora se reconheça o caráter econômico de pontos acumulados em razão de movimentações financeiras e de milhas aéreas, é vedada a transferência de milhagens entre programas das companhias aéreas ou para terceiros. Isso porque, uma vez que as milhas ingressam na conta do programa, tornam-se pessoais e intransferíveis. (DISTRITO FEDERAL, 2022).

Além do argumento versando sobre o suposto caráter personalíssimo, há também o de que não haveria mecanismos seguros e idôneos para a realização da liquidação desses ativos (DISTRITO FEDERAL, 2022).

No entanto, como ressaltado inicialmente, o TJDF entendeu pela possibilidade da penhora. Como argumentos favoráveis a esta possibilidade:

No caso, há informações de inexistência de outros bens penhoráveis, motivo pelo qual se mostra plenamente possível a constrição de milhas provenientes de programas de companhias aéreas.

O executado, Rodrigo Marques dos Santos, possui 62.929 pontos, conforme se vê do ofício de ID 115689686 dos autos de referência.

Registre-se que a referida pontuação tem valor econômico, tanto que é comercializada em diversos sítios eletrônicos, tais como: Maxmilhas, Hotmilhas, 123milhas, entre inúmeros outros.

Todos os bens presentes e futuros do devedor devem responder por suas dívidas, nos termos do art. 789 do Código de Processo Civil.

Assim, à míngua de outros haveres penhoráveis, deve ser permitida a constrição das milhas pertencentes ao devedor, porquanto a execução não pode se eternizar. (DISTRITO FEDERAL, 2022, grifo nosso).

E ainda em relação ao caráter patrimonial destes bens digitais: “O requerente se manifestou pela penhorabilidade, afirmando que tais pontos possuem expressão econômica, e são comercializados pelas empresas aéreas em troca de dinheiro ou trocados por produtos”. (DISTRITO FEDERAL, 2022)

Também se faz necessário o estudo da determinação judicial da penhora de créditos em que Emerson Fittipaldi é o executado. Foi deferida a penhora sobre “o montante de milhas em programas de fidelidade do executado, até o alcance do valor correspondente ao total de crédito (...) perseguido (R\$691.618,51)” (SÃO PAULO, 2023). Desta forma empresas aéreas como a TAM, GOL, TUDO AZUL, dentre outras não devem pagar créditos em forma de milhas aéreas ao ex-piloto. (SÃO PAULO, 2023)

o bicampeão mundial de Fórmula 1 não [pagou] a dívida de cerca de R\$ 691 mil, incluindo juros e correção monetárias, acordada anteriormente no processo. (...) o crédito não foi sanado. Segundo Fittipaldi, o acordo não foi cumprido por circunstâncias alheias à sua vontade, consistentes na construção de valores provenientes de arrendamento rural. Diante disso, o juiz deferiu a penhora sobre o montante de milhas em programas de fidelidade do executado, até o alcance do valor correspondente ao total do crédito. (MIGALHAS, 2023)

Assim, a despeito de haver posicionamentos em sentido contrário, percebe-se que tribunais têm alterado o seu entendimento: agora o seu caráter patrimonial tem sido considerado para fins de direito e, dessa forma, esses ativos têm sido utilizados das mais diversas formas que o ordenamento jurídico lhe permite. Percebe-se então que aos poucos os proprietários de bens digitais têm alcançado uma maior autonomia digital, uma vez que se tem admitido a possibilidade de transmissão compulsória desses ativos digitais, como foi visto nos casos que versam sobre a penhora. Em um futuro, talvez não tão distante, poderá haver cada vez mais julgados que admitam a transmissão por meio da vontade, através da alienabilidade, por exemplo.

Assim, a constatação dessa nova realidade em que a população brasileira tem sido inserida faz surgir o questionamento: é necessário que o ordenamento jurídico brasileiro tenha um regramento próprio para os bens digitais? Essa indagação será estudada e respondida no próximo tópico.

6 ESTATUTO

Viu-se que os bens digitais são novos não só na realidade mas, também, no contexto jurídico. Assim, surgem questionamentos como: é necessário que se inclua no ordenamento jurídico brasileiro artigos, ou até mesmo um estatuto próprio, para regulamentar as novas questões envolvendo essa nova categoria de bens jurídicos? Para solucionar esta questão, será feita uma análise em ordenamentos jurídicos estrangeiros, para que se compreenda como a questão vem sendo tratada nestes locais, bem como tem sido abordada no contexto brasileiro.

6.1 Legislação - Direito estrangeiro

Uma forma de se responder à pergunta “é necessário elaborar um estatuto para os bens digitais no Brasil?” é a partir da análise de outros ordenamentos jurídicos que já incorporaram, em suas legislações, estatutos para disciplinar o tema.

6.1.1 Estados Unidos da América

A primeira legislação a ser analisada será a estadunidense. Em 2014 foi editada uma proposta legislativa denominada Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act (UFADAA), e no ano seguinte foi revisada: The Revised Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act (RUFADAA). A UFADAA teve sua gênese a partir de deliberações de uma comissão própria, designada para discutir sobre qual (e como) deveria ser o acesso a bens digitais por pessoas que não fossem o seu titular. Lacerda assim escreve:

A Comissão de Uniformização de Leis – Uniform Law Commission (ULC), também conhecida como Conferência Nacional de Comissários na Uniformização de Leis Estaduais – National Conference of Commissioners on Uniform State Laws (NCCUSL), trabalhasse entre 2012 e 2014 para que viesse a ser publicada em 16 de julho de 2014 (...) uma proposta de legislação que pudesse abarcar de forma mais ampla o acesso, por determinadas pessoas, aos ativos digitais (LACERDA, 2021, p. 222).

A referida proposta deveria ser votada para ser aceita (total ou parcialmente) por cada estado norte-americano. Ela, então deu origem à UFADAA. Entretanto, o cenário em que a legislação foi recebida foi de diversas polêmicas, sendo a principal marcada pela

Oposição ferrenha dos provedores de internet em dar cumprimento às regras estabelecidas, sob a alegação de que leis federais de proteção à privacidade e contratos já firmados (ato jurídico perfeito) estariam sendo violados, especialmente quanto ao direito de terceiros que com o titular do ativo digital tenham mantido contato. (LACERDA, 2021, p. 228).

Por isso que em 2015 houve uma revisão da proposta inicialmente apresentada na qual a UFADAA cede seu lugar legislativo à RUFADAA. O professor explica que “O grande cerne da revisão foi, sem dúvida, proteger a privacidade de terceiros, bem como resguardar (...) os interesses dos provedores de serviços online” (LACERDA, 2021, p. 228). Assim, a nova legislação também trata do acesso a bens digitais após a morte ou incapacidade de seu titular, porém, com acréscimos e algumas modificações em relação à UFADAA. A lei (EUA, 2015) possui duplo objetivo: conceder autoridade legal aos fiduciários para gerenciar os bens digitais do falecido ou do incapaz assim como fariam com os bens materiais e, além disso, a legislação também atribui à pessoa que receber a guarda dos bens digitais (designada como “custodians”) a atribuição legal de lidar com os fiduciários de seus usuários. Os “custodians” seriam os provedores de internet ou das redes sociais (como Instagram ou Facebook) que armazenam os bens digitais (como fotos e vídeos). Já os “Fiduciaries”, em comparação com o direito brasileiro, seriam os inventariantes. É necessário esclarecer que o termo “Fiduciary” empregado na legislação estadunidense não se assemelha ao empregado no ordenamento jurídico brasileiro, como explica Lacerda, os Fiduciários seriam os

Administradores, representantes pessoais de cada herdeiro, os próprios herdeiros em algumas circunstâncias, os executores de um testamento (testamenteiros), dentre outros sujeitos. (...) Compulsando a legislação brasileira sobre sucessões, em especial o Código Civil e o Código de Processo Civil recém aprovado, acredita-se que a figura que mais se aproxima dos Fiduciaries seja mesmo a do inventariante (LACERDA, 2021, p. 222).

Ratificando o entendimento sobre a finalidade da legislação bem como quem seriam os Fiduciarios, figura central na RUFADAA, Juliana Evangelista assim escreve:

a UFADAA pretende regular quais são os deveres dos fiduciários em relação a administração dos bens digitais de uma pessoa. Como fiduciário, ela considera as pessoas que possuem uma autoridade legal para gerenciar a propriedade de outrem e que têm o dever legal de agir no melhor interesse de alguém. Assim é que podem ser fiduciários o testamenteiro, o curador, o inventariante, um mandatário, entre outros. A lei denomina os provedores de serviços de internet como “custodians” – uma espécie de guardião dos bens digitais que se encontram em seus servidores (ALMEIDA, J. 2017, p. 110).

E ainda completa:

Essa lei, portanto, visa dar a pessoa a possibilidade de planejar o gerenciamento dos bens digitais tais como os demais bens tangíveis. Na falta de planejamento por parte da pessoa, como testamento, por exemplo, é dado ao inventariante o controle dos bens tal como bem tangível fosse, salvo no que se refere a comunicações eletrônicas (ALMEIDA, J. 2017, p. 111).

Diante desse último ponto se faz necessário a realização de uma ponderação. Como explica Lacerda (2021) houve uma modificação da primeira proposta legislativa apresentada em 2014 para a de 2015, RUFADAA, no tocante ao acesso às comunicações eletrônicas. Em 2014 a legislação conferia autoridade ao Fiduciary para que ele acessasse, a caixa de e-mail do falecido, salvo se este tivesse deixado uma manifestação de vontade em sentido contrário. Então, nesse primeiro momento, em regra, haveria o acesso às comunicações. Em 2015, como pontuado pelo autor, houve uma alteração que visa proteger a privacidade de terceiros, uma vez que a regra torna a ser a de que o acesso, por parte do inventariante às correspondências eletrônicas fica vedado, salvo se o morto deixar uma manifestação de vontade no sentido contrário, consentindo no acesso. Lacerda continua a explicação informando que essa regra é válida tão somente para os bens digitais referentes às correspondências eletrônicas, sendo que para os demais (como o Instagram ou uma conta no YouTube) o acesso, por parte do inventariante, segue a regra inicialmente traçada pela UFADAA (em regra ele ocorre salvo se o falecido houvesse deixado manifestação no sentido contrário).

A RUFADAA ainda prescreve que (EUA, 2015) o objetivo geral do ato é permitir que o Fiduciário (ou inventariante) tenha acesso aos referidos bens digitais, para melhor administrá-los, bem como promover a divulgação do custodiante, resguardando, em todo caso, a privacidade e a manifestação de vontade proferida pelo usuário. Ou seja, é permitir que os “Fiduciaries” acessem as referidas contas (bens digitais) sem que esse acesso seja considerado uma violação contratual (na qual imagina-se, por exemplo, um termo de adesão eletrônico que estipule que o acesso a determinada rede social seja exclusivo de seu titular, sendo proibido o acesso por terceiros). Lacerda explica:

Já na nota do prefácio resta claro que a intenção seria investir os inventariantes de uma pessoa falecida da autoridade para acessar, controlar ou copiar ativos digitais e contas deixadas, dentro dos poderes e deveres que já existem para aqueles, sem que com isso fossem violadas outras normas, por exemplo, sobre contratos bancários, provas, investimentos, seguros, dentre outras (LACERDA, 2021, p. 223).

Desta forma, Lacerda (2021) explica que prevalece a manifestação de vontade do usuário, manifestada em vida, quanto ao acesso ou não a esses ativos digitais. Em sua ausência, aplica-se o estipulado nos contratos de adesão eletrônicos inicialmente celebrados. O autor explica ainda que a RUFADAA traça os procedimentos, que podem ser escolhidos pelo provedor, para que o inventariante tenha acesso aos ativos digitais: ou o inventariante terá acesso direto à conta, ou ele terá acesso parcial à conta ou, ainda, terá acesso a um perfil criado com as informações que estavam contidas no perfil inicial do morto ou incapaz.

Assim, Hannibal (2022) esquematiza o entendimento sobre a temática ao pontuar que a citada legislação tem por objetivo encaminhar o acesso a contas de e-mails e redes sociais a quem fora designado (Fiduciary) pelo seu titular antes da morte ou incapacidade. Desta forma, os provedores (Custodians) devem dar acesso a esses bens digitais. Essa discussão teve início em 2012 quando a Uniform Law Commission começou a debater sobre a temática. A autora entende que a percepção da necessidade de tratar os ativos digitais, em termos de transmissibilidade, tal qual fossem bens materiais para então definir como ela ocorreria representa um grande avanço.

Além disso, deve-se ponderar que essa nova legislação vem para tutelar novos interesses de uma nova geração que, em sua maioria, não vivenciou, por si, a experiência de armazenar suas lembranças em locais físicos bem como de pessoas que estão realizando a transição do modo como armazena suas lembranças. Desta forma, a legislação deveria ser capaz de tutelar tanto os interesses daqueles que estão fazendo a transição do físico para o digital tanto quanto aqueles que já iniciaram essa jornada no contexto eletrônico. Assim como pontua Lacerda (2021) o caminho mais seguro para garantir e resguardar os interesses em jogo (da pessoa que armazenou, em vida, bens digitais, de seus familiares, de terceiros bem como de provedores) seria o de priorizar a autonomia privada (denominada, neste estudo, de autonomia digital em virtude do contexto em que ela ocorre) dos usuários de internet. O autor pontua que: “É preciso que se caminhe no mesmo rumo dos Estados Unidos neste ponto, quando da formulação de sua UFADAA (...) só assim será possível a conciliação das vontades dos sujeitos acima enumerados” (LACERDA, 2021, p. 198)

Outro ponto que merece destaque no tocante à legislação estadunidense é em relação ao Direito de Propriedade. Almeida, J. (2017) explica que, nos EUA, os estados que reconhecem a possibilidade de cessão de bens digitais pós morte os consideram como uma espécie de propriedade. São bens que, em vida, são considerados de propriedade exclusiva do seu titular (e que, por isso, ao advento da morte também serão inventariados).

Assim é que alguns estados vêm reconhecendo a possibilidade de os bens digitais serem inventariados, são eles: Califórnia, com lei aprovada em 2002; Connecticut, com lei aprovada em 2005; Rhode Islande, com lei aprovada em 2007; Indiana, com lei aprovada em 2007; Oklahoma, com lei aprovada em 2010 e Idaho com lei aprovada em 2011 (ALMEIDA, J. 2017, p. 108).

Desta forma, os bens digitais, no direito estrangeiro, tem sido considerados como propriedade de seu titular:

Assim é que a despeito dos termos de uso e serviços disponibilizados pelos provedores, a legislação de Oklahoma reconhece que os bens digitais são propriedade do usuário e podem ser objeto de controle, seja através de testamento, seja pelos herdeiros quando não houver testamento. (ALMEIDA, J. 2017, p. 108).

Compreende-se que há um avanço legislativo em relação aos bens digitais no contexto norte-americano, uma vez que lá estes ativos digitais têm sido tratados como bens materiais e tem-se reconhecido este novo direito de propriedade. Entretanto, deve-se ressaltar que ainda há lacunas legislativas a serem preenchidas, uma vez que a questão não é abordada em termos contratuais, por exemplo. Entendida como a questão é legislada nos Estados Unidos, deve-se fazer um estudo da legislação e pesquisas que ocorrem no solo europeu.

6.1.2 Europa

O continente europeu também se destaca em se tratando de legislação acerca dos bens digitais. Para compreender a temática é imprescindível que se discorra sobre o importante papel do European Law Institute (ELI). Sobre o instituto, Bruno Lacerda explica que:

o ELI é o equivalente na Europa ao Uniform Law Commission (ULC) dos Estados Unidos (...). A função do ELI, como organização independente, é promover a qualidade da legislação europeia, procurando iniciar, conduzir e facilitar a pesquisa, fazer recomendações, bem como desenvolver o Direito Europeu (LACERDA, 2021, p. 247).

Assim, o European Law Institute (2022) é reconhecido pelas diversas pesquisas envolvendo as mais variadas áreas do direito europeu: pesquisa-se aspectos relevantes tanto em se tratando de direito privado quanto em relação ao direito público, aspectos ligados ao direito material e ao direito processual. O instituto busca, ainda, auxiliar os juristas europeus, através de seus estudos, para que o continente alcance uma melhor legislação, bem como uma integração jurídica.

Em suas convenções anuais há diversos painéis nos quais há debates sobre os mais variados temas jurídicos. Um dos painéis que se destaca é o “Fiduciary Access to Digital Assets” no qual discute-se questões relacionadas aos bens digitais, como a necessidade (ou não) de uma legislação que aborde a regulação dos ativos digitais na Europa. Faz-se importante pontuar que European Institute Law (2022) o painel teve início com um estudo de viabilidade, cujo objetivo era o de elucidar se a RUFADAA (EUA) poderia ser aplicada no continente europeu. A comissão constatou que a figura dos Fiduciaries, tal como apresentada na lei estadunidense, bem como (e principalmente) a dos custodians são típicas de sistemas common law. Além disso, o objetivo da legislação norte-americana é diferente do objetivo buscado (e que foi traçado) pela legislação europeia. A legislação estadunidense tem como objetivo, na medida do possível, conferir aos Fiduciaries poderes de gerenciamento sobre ativos digitais, além do poder para lidar com esses ativos junto aos provedores de internet, respeitando sempre a privacidade e a manifestação de vontade do usuário, a legislação europeia, ao seu turno, busca lidar com direitos reais de garantia. Assim, o estudo de viabilidade realizado resultou em um projeto prospectivo, distinto da legislação estadunidense, e que busca compreender a realidade europeia para, então, dirimir (ou pelo menos suavizar) conflitos futuros.

O European Law Institute (2022), ao elaborar o projeto teve como objetivo esclarecer e facilitar o entendimento doutrinário sobre o tema, visando dar um maior suporte jurídico àqueles que reivindicam o direito a bens digitais e a todos que, de alguma forma, lidam com os ativos digitais em sua prática jurídica. Assim, busca-se uma maior coerência e harmonia de leis (que não deve ser confundida com uma unificação legislativa) e conceitos jurídicos já existentes. Para tanto o projeto elaborou os princípios norteadores, que serão estudados ainda nessa seção.

A estrutura apresentada pelo projeto do European Law Institute (2022) é bastante ampla. Inicialmente os pesquisadores tinham como objetivo a identificação das mais variadas categorias de bens digitais, a identificação das pessoas que poderiam ou desejar ou necessitar ter acesso a eles. Assim, o objetivo inicial era o de produzir um projeto bem específico, com contornos jurídicos bem delimitados. A título exemplificativo, o projeto abordava aspectos jurídicos ligados aos bens digitais como garantia de crédito, a transmissão desses ativos em regime sucessório, como eles seriam aplicáveis em regime de bens no casamento e na união estável bem como ocorreria a satisfação do direito de credores em processos de execução envolvendo bens digitais. Com a realização dos estudos, percebeu-se que cada um desses núcleos de pesquisa envolvia questões complexas e singulares. Os direitos e deveres envolvendo um herdeiro eram distintos da aplicabilidade jurídica que caberia a um credor e a

um devedor em um processo executório, ainda que em ambos os casos houvesse, como é comum, os bens digitais. Desta forma, para uma maior compreensão de cada situação complexa que os envolvia, decidiu-se por apresentar os resultados das pesquisas em parcelas (e não um único relatório contendo todas essas questões). Assim, a primeira parte do estudo, que resultou nos princípios que serão apresentados, diz respeito ao acesso a ativos digitais em um ambiente financeiro, mais precisamente, diz respeito aos principais aspectos que envolvem a utilização de um bem digital como garantia de crédito. É importante pontuar que, devido ao fato de o tema ser muito recente, optou-se por trata-lo de forma bastante generalizada, não simplificando a questão ao colocar os ativos digitais em institutos jurídicos clássicos.

Lacerda (2021) explica que os estudos foram amadurecendo o entendimento sobre o tema entre os pesquisadores ao longo dos anos e em 2015, por exemplo, durante a conferência anual, os estudiosos concluíram que haveria a necessidade de uma legislação que tratasse, de forma pormenorizada, sobre os bens digitais. Na época, o professor Sjef Von Erp entendeu que a questão envolvendo os bens digitais deveria ser tratada de maneira harmônica em todo o planeta. Dois anos depois, devido à maturidade sobre a pesquisa, constatou-se que a ideia de uma lei padrão envolvendo a temática seria distópica em virtude da rápida mutabilidade tecnológica. Assim, concluiu-se que o melhor seria que cada Estado do bloco europeu tivesse autonomia para criar a sua própria legislação sobre o tema ou até não ter nenhuma lei específica sobre a temática. Assim, em 2019 o grupo de pesquisa entendeu ser necessária a elaboração de princípios gerais envolvendo os bens digitais para que estes pudessem ser uma importante ferramenta para os respectivos países no momento de decidir em relação à legislação.

Por isso, como pontuado, entre março de 2019 e 2022, o instituto elaborou um conjunto de Princípios que visa direcionar cada Estado-membro na potencial elaboração de uma lei que regule as questões envolvendo os bens digitais. Assim, cada país do bloco europeu tem a autonomia para escolher regular ou não a questão envolvendo os bens digitais e caso escolha por regular deverá ter estes princípios como norteadores de suas respectivas legislações.

Conforme pontuado pelo European Law Institute (2022) estes princípios tratam da utilização de bens digitais como garantia de crédito. Eles têm por objetivo nortear a condução de situações em que pessoas (naturais ou jurídicas) acordam, por meio de um contrato, na utilização de um direito real de garantia sobre esses ativos digitais. Dessa forma, estes princípios apresentam conceitos-chave na utilização de bens digitais como garantia.

Assim, o ELI elaborou 5 princípios: o primeiro apresentado pelo European Law Institute (2022) disciplina o escopo e propósito da cartilha; o segundo trata dos ativos digitais como garantia; o terceiro se refere à criação de garantias em ativos digitais e a lei aplicável; o quarto

princípio versa sobre a eficácia dos direitos reais em ativos digitais contra terceiros e a lei aplicável; e, por fim, o quinto princípio aborda a aplicação e a extinção de Direitos Reais sobre ativos digitais.

O primeiro princípio, intitulado “escopo e propósito” disciplina a finalidade do documento e do conjunto de princípios. Estes não têm como objetivo derrogar nenhuma lei que aborde a temática, mas sim dar os contornos necessários para as situações em que ainda não há nenhuma regulação existente. Além disso, frisa-se o fato de que o objetivo é regular relações privadas (entre pessoas naturais ou jurídicas) não alcançando as relações de ordem pública, como a possível utilização de bens digitais para pagamento de impostos, por exemplo. Assim, o foco do conjunto de princípios é tão somente a utilização dos bens digitais por particulares como garantia em suas transações, no exercício de sua autonomia privada e de suas liberdades econômicas.

O Segundo princípio trata da possibilidade de utilizar os ativos digitais como garantia. Aborda-se a questão a partir da percepção de que muitos ativos digitais possuem um considerável potencial econômico¹⁸ (seriam então os bens digitais patrimoniais e os patrimoniais-existenciais). Assim, esse princípio (cujas natureza é meramente declaratória) tem como objetivo fazer o alerta aos detentores de bens digitais que eles têm essa possibilidade jurídica, bem como conscientizar os detentores de bens digitais acerca dos potenciais econômicos que esses ativos possuem. Faz-se ainda o alerta para o fato de que muitos que possuem um bem digital dessa natureza não se atentam para essa possibilidade em virtude de duas causas principais: pelo fato de que estes ativos foram incorporados ao dia a dia da população há pouco tempo e em virtude da insegurança jurídica ainda existente na utilização de bens digitais como garantia para operações de crédito.

O terceiro princípio trata sobre dois pontos principais: a criação de direitos reais sobre ativos digitais e sobre a legislação aplicável. Segundo este princípio, a criação de uma garantia sobre um bem digital depende, em um primeiro momento, da determinação de qual lei local será aplicada. Assim, ao determiná-la, poder-se-á determinar o tipo de garantia aplicável bem como os requisitos aplicáveis à criação. Um ponto relevante é que mesmo que o provedor do ativo digital não tenha os direitos de propriedade intelectual sobre o bem digital em questão, de forma geral, este pode ser dado como garantia, desde que sejam respeitadas as leis locais.¹⁹

¹⁸ “Digital assets will often embody considerable economic potential. The Principles propose practical ways through which private parties wishing to unlock that economic potential may do so, by using digital assets as security for credit” (EUROPEAN LAW INSTITUTE, 2022, p. 24).

¹⁹ “The creation of a valid security interest over a digital asset need not depend on whether the security provider enjoys intellectual property rights over the encumbered digital asset. The eventual protection of a digital asset

O quarto princípio versa sobre a Eficácia dos Direitos Reais em ativos digitais contra terceiros e Lei Aplicável. Assim, ao determinar qual será a lei aplicável, o ativo digital deve cumprir com os requisitos ali determinados para que ele tenha eficácia contra terceiros. Deste modo, uma garantia real em um ativo digital deve atender aos requisitos para eficácia contra terceiros quanto ao tipo de garantia pretendida, sempre atentando-se para a lei aplicável no caso concreto.

Por fim, o quinto princípio, aplicação e extinção dos direitos reais sobre ativos digitais, informa que a utilização do bem digital como garantia terá fim com o pagamento da dívida em questão.

Estes princípios ainda são embrionários na questão envolvendo bens digitais e legislação, mas demonstram que a Europa tem entendido que é necessário regular a questão, mas não de forma a contornar toda e qualquer possibilidade jurídica, afinal a evolução da tecnologia (e dos bens digitais) em muito se sobressairá, em termos de velocidade, sobre a evolução legislativa. Além disso, percebe-se que os pesquisadores têm entendido a necessidade de estudar o tema e de, cada vez mais, adequá-lo à aplicabilidade de institutos já consagrados pelo direito civil.

Neste primeiro momento, estudou-se a possibilidade de incorporar os bens digitais ao instituto da garantia real, ligada aos direitos reais. Assim, mostra-se necessário o estudo que incorpore os bens digitais ao direito sucessório, como a sua transmissibilidade por testamento, bem como o estudo que trabalhe a questão sob a ótica do direito das obrigações, como é o caso deste trabalho. As questões envolvendo os bens digitais são complexas (basta analisar, por exemplo, as questões envolvendo o Direito de Propriedade, como já estudado: percebe-se que esses ativos têm a possibilidade de serem considerados como objeto de um direito de propriedade, mas não da mesma forma como um livro físico o é) e, além de complexas, envolvem muitas áreas pertinentes ao direito. Não é à toa que outros países do continente europeu, antes mesmo da conclusão das pesquisas do ELI, já se atentaram para a necessidade de legislações sobre o tema, visando sempre uma maior segurança jurídica.

Assim, outra legislação que merece destaque é a espanhola. Na Espanha o parlamento aprovou uma lei que trata sobre o Direito Digital: a lei de proteção de Dados. A lei espanhola, (ESPAÑA, 2018) em seu Título X, elenca diversos direitos que devem ser resguardados no contexto digital, como o direito ao acesso universal à internet, à educação digital e proteção aos menores. Dentre os 19 artigos do Título que assegura os Direitos Digitais na Espanha, destaca-

by intellectual property law does not prevent the creation, by the security provider, of a valid security interest in that asset, provided that the conditions set out earlier in this Principle are complied with” (EUROPEAN LAW INSTITUTE, 2022, p. 25).

se o artigo 96 por tratar do Direito ao Testamento Digital.

Nessa nova legislação os herdeiros passam a ter legitimidade para gerir a herança digital do falecido. Ou seja, percebe-se que o Poder Legislativo espanhol entende ser possível a transferência de ativos digitais mediante a morte. Sobre essa legislação, as autoras escrevem:

Recentemente, no final de 2018, o Parlamento espanhol aprovou a Ley de Protección de Datos y Garantía de los Derechos Digitales, que operou uma reforma na antiga Lei de Protección de Datos e estabeleceu, entre outros aspectos, a legitimidade dos herdeiros da pessoa falecida para gerir a herança digital, salvo disposição testamentária em contrário, expressa ou implícita. Essa solução legislativa, que trilha a mesma linha da decisão alemã, foi intitulada como direito ao testamento digital (MENDES, FRITZ; 2019, p. 206).

Assim, percebe que há uma valorização tanto da autonomia digital uma vez que se permite que a herança digital não seja gerida pelos herdeiros mediante uma manifestação em sentido contrário do falecido quanto uma valorização do patrimônio digital, já que este não é descartado com a morte. Assim, verifica-se em um primeiro momento se houve uma manifestação de vontade por parte do falecido e, caso não o tenha feito, o bem digital passa a ser gerido pelos herdeiros, como se lê:

2. Las personas legitimadas en el apartado anterior podrán decidir acerca del mantenimiento o eliminación de los perfiles personales de personas fallecidas en redes sociales o servicios equivalentes, a menos que el fallecido hubiera decidido acerca de esta circunstancia, en cuyo caso se estará a sus instrucciones (ESPANHA, 2018).

Respeitando a autonomia privada o dono de uma conta no YouTube, por exemplo, pode decidir pela sua manutenção ou exclusão após a morte. Se decidir por transmitir o canal aos herdeiros, estes poderão receber, de forma periódica, a remuneração proveniente das visualizações do canal (denominada de *AdSense*). Assim, permite-se a reflexão: já que a transmissibilidade via testamento é permitida e tratada como um direito, a transmissibilidade *inter vivos* também o deveria ser. E isso se justifica pelo fato de que o que difere nas situações é apenas o fato que motiva a transmissão, sendo o ato em si o mesmo em ambos os casos.

Como pontuado por Lacerda (2021) o continente europeu conta ainda com outras legislações que dizem respeito ao Direito Digital. Há, por exemplo, a New Data Protection Regulation (“DEPREG”) que foi aprovada pela comissão europeia no ano de 2016 e está em vigor desde o ano de 2018. Essa legislação, que serviu de base para a elaboração da Lei de Proteção de Dados (LGPD) no Brasil, regula uma espécie de mercado único digital no qual os consumidores têm o controle sobre os seus dados pessoais. Há, também, a Lei de Proteção de dados da Bulgária (2002) que, apesar de não abordar os bens digitais cria uma compreensão

jurídica que pode ser estendida aos ativos digitais, uma vez que essa lei:

reconhece que, em caso de morte da pessoa natural, seus direitos àqueles dados deveriam ser exercidos por seus herdeiros. (...) embora não haja expressamente um regramento dedicado aos ativos digitais, há como utilizar analogicamente este dispositivo legal para se permitir o acesso aos dados de um falecido por seus familiares (LACERDA, 2021, p. 236).

Lacerda (2021) ainda pontua que a questão do Direito Digital, mais precisamente envolvendo os dados pessoais, ainda é regulamentada em países como a Estônia (datada de 2007), Suécia (datada de 1998) e Reino Unido (com legislação de 1998). Devido ao objetivo dessas legislações ser muito distinto do estudado neste trabalho, não haverá um aprofundamento sobre elas. Além desta ressalta, é necessário pontuar que o direito alemão também tem se deparado com questões envolvendo os bens digitais. No entanto o estudo acerca deste tópico já fora realizado no tópico referente à transmissibilidade *mortis causa* e, por isso, não será abordado novamente.

Diante do exposto, é necessário que se compreenda como a questão tem sido abordada no âmbito nacional.

6.2 Legislação - Direito brasileiro

Neste tópico serão analisados, por ordem cronológica, projetos de lei que tinham por objetivo regular, de alguma forma, questões envolvendo o Direito Digital, em especial, os bens digitais. Devido ao tema de pesquisa, dar-se-á maior visibilidade aos projetos de lei que tratam acerca da transmissibilidade de bens digitais bem como a respectiva justificativa para a sua não implementação no país. Se faz importante frisar que, até o momento, o Brasil não possui em vigor nenhuma legislação específica para a temática.

O primeiro projeto de lei a ser analisado será o PL 4099/2012, que foi apresentado em 20/06/2012 e atualmente encontra-se arquivado. O projeto de lei, do então deputado federal Jorginho Mello, tinha por objetivo acrescentar um parágrafo ao artigo 1.788 do Código Civil. O parágrafo único teria a seguinte redação: “Serão transmitidos aos herdeiros todos os conteúdos de contas ou arquivos digitais de titularidade do autor da herança.” (MELLO, 2012). Como justificativa, o deputado Mello (2012) expõe que o Direito Civil deve acompanhar a realidade vivenciada pela população. E ainda “O melhor é fazer com que o direito sucessório atinja essas situações, regularizando e uniformizando o tratamento, deixando claro que os herdeiros receberão na herança o acesso e total controle dessas contas e arquivos digitais.”

(MELLO, 2012) O projeto de lei apresenta uma solução simplista a uma necessidade real da sociedade atual. De fato, atualmente, há um grande acúmulo de conteúdos digitais e é necessário que o Direito tutele os interesses daqueles que os acumularam. Mas, como já pontuado neste trabalho, é necessário que se faça a distinção entre um bem digital de caráter estritamente patrimonial para aqueles que são híbridos (patrimonial e existencial) assim como para aqueles que são exclusivamente existenciais. Incluir, no ordenamento jurídico brasileiro, um dispositivo jurídico que determine a pura e simples transmissão de ativos digitais poderia ferir outros direitos, como o direito à privacidade de terceiros que construíram esses ativos juntamente com o falecido (em se pensando em uma caixa de e-mail, por exemplo, na qual há correspondências eletrônicas trocadas entre duas ou mais pessoas). Permitir a pura e simples transferência parece ser a solução adequada para os ativos que têm características unicamente patrimoniais. No ano de 2019 o mesmo deputado propôs um outro projeto de lei regulando a mesma temática com a mesma redação. Durante os sete anos que separam os dois projetos de lei houve um avanço em pesquisas sobre o tema, além da aprovação de legislações que versam sobre bens digitais em outros países. A tentativa de regular a temática é nobre mas o mesmo texto legislativo demonstra um aprofundamento baixo sobre o tema, o que é lamentável.

Ainda em 2012 no dia 12/12 o então deputado Marçal Filho apresentou outro Projeto de Lei (MARÇAL FILHO, 2012) versando sobre a transmissibilidade de bens digitais. Diferente do primeiro projeto, este contou com o acréscimo do Capítulo II-A (intitulado “Da Herança Digital) e três artigos (1.797-A a 1.797-C) no Código Civil brasileiro. O projeto de lei encontra-se arquivado.

O artigo 1.797-A disciplinaria o conceito de Herança Digital e, conseqüentemente, com o de Bens Digitais, como se percebe ao fazer a leitura:

Art. 1.797-A. A herança digital defere-se como o conteúdo intangível do falecido, tudo o que é possível guardar ou acumular em espaço virtual, nas condições seguintes:
I – senhas;
II – redes sociais;
III – contas da Internet;
IV – qualquer bem e serviço virtual e digital de titularidade do falecido (MARÇAL FILHO, 2012).

O conceito estabelecido parece convergir com o então conceito criado pela doutrina nacional e com o conceito apresentado na RUFADAA, como já apresentado. Entretanto, dois questionamentos mostram-se pertinentes. O primeiro deles: o rol apresentado seria um rol taxativo ou exemplificativo? É certo que o inciso IV abre uma margem para outros ativos digitais, para além dos explicitados, mas ainda assim os quatro incisos poderiam representar

uma limitação legislativa desnecessária, já que se reconhece que a evolução da tecnologia em muito supera em rapidez os contornos que são traçados pelo ordenamento jurídico. Assim, para uma técnica legislativa em consonância com o que já tem sido estudado sobre os bens digitais, seria mais adequado que, no caput, houvesse uma sinalização de que o rol fosse exemplificativo ou que nem houvesse os quatro incisos. O segundo questionamento também passa pelo inciso IV: quais são os bens digitais pertencentes ao falecido? O inciso estaria desconsiderando o disposto nos termos de uso que atribuem ao consumidor tão somente uma licença de uso dos mais variados bens digitais adquiridos?

Ainda em relação ao Projeto de Lei 4847/2012 o que merece destaque é o então artigo 1.797-C:

Art. 1.797-C. Cabe ao herdeiro:

I - definir o destino das contas do falecido;

a) - transformá-las em memorial, deixando o acesso restrito a amigos confirmados e mantendo apenas o conteúdo principal ou;

b) - apagar todos os dados do usuário ou;

c) - remover a conta do antigo usuário (MARÇAL FILHO, 2012).

O destaque é sobre o fato de que o poder decisório ficaria a cargo dos herdeiros, quando, como ponderado por Lacerda (2021), além dos interesses dos herdeiros há, também, os interesses do falecido, de terceiros com quem ele trocava informações e do provedor de internet. Ainda seguindo o entendimento do autor, talvez a solução mais adequada seria a de conferir a autonomia necessária para o detentor desses bens digitais, em vida, para que ele decidisse a destinação que os seus ativos digitais deveriam ter. Desta forma, assim como no primeiro projeto apresentado, parece que o Poder Legislativo tentou dar uma solução simples para uma questão complexa.

Como justificativa, o PL apresenta que “Tudo o que é possível guardar em um espaço virtual – como músicas e fotos, passa a fazer parte do patrimônio das pessoas e, conseqüentemente, da chamada “herança digital” (MARÇAL FILHO, 2012). Como pontuado por Almeida, J. (2017) o conceito de patrimônio se transforma de acordo com as evoluções sociais. Cunha, ao conceituar patrimônio digital subdivide-o em duas categorias: ativos digitais e presença digital:

Podemos dividir o patrimônio digital em ativos digitais e presença digital. Os ativos digitais incluem emails, músicas, filmes e livros que são mantidos digitalmente, bem como contas bancárias ou investimentos online como as moedas virtuais. Já a presença digital é composta por qualquer perfil em rede social, conta de comércio eletrônico, conta de e-mail e blog, os quais deixam “pegadas on-line” (CUNHA, 2017, p. 74).

Entretanto, um elo fixo no conceito de patrimônio parece o de ser necessário haver uma apreciação (pelo menos potencial – no caso dos bens digitais) econômica. Desta forma, levando em consideração o conceito de Bens Digitais apresentado neste estudo, é errôneo falar que tudo aquilo que é possível guardar em um espaço eletrônico comporia o patrimônio das pessoas. Uma foto de um animal de estimação em uma conta pessoal do Instagram (com poucos seguidores) é algo que se guarda em um espaço digital mas que não possui nenhuma valoração econômica. Os bens digitais existenciais são ativos digitais em que há guarda e deveria haver uma proteção jurídica, não pelo contexto econômico, mas pela tutela de direitos da personalidade. Em relação aos dois Projetos apresentados no ano de 2012, Leal assim escreve:

Pela leitura de ambas as propostas, o que se pode observar é que as soluções inicialmente apresentadas calcam suas bases na transmissão do conteúdo disposto na rede aos herdeiros, em uma lógica de transmissão patrimonial. (...) Contudo, não é difícil de se identificar os problemas dessas propostas iniciais, sobretudo no que se refere à proteção do direito à privacidade (LEAL, 2018, p. 187).

Ou seja, no entendimento da autora, ignorar a separação entre bens digitais patrimoniais, patrimoniais e existenciais e existenciais colocaria outros direitos de cunho existenciais em risco. Um estatuto, com uma lógica unicamente patrimonial, não seria suficiente para tutelar todos os direitos e deveres advindos de relações jurídicas que tivessem como objeto bens digitais.

Outro ponto relevante apresentado na Justificativa para o PL é o seguinte:

O Caderno TEC da Folha de S.Paulo trouxe uma reportagem sobre herança digital a partir de dados de uma pesquisa recente do Centro para Tecnologias Criativas e Sociais, do Goldsmiths College (Universidade de Londres). O estudo mostra que 30% dos britânicos consideram suas posses on-line sua “herança digital” e 5% deles já estão incluindo em testamentos quem herdará seu legado virtual, ou seja, vídeos, livros, músicas, fotos e emails (MARÇAL FILHO, 2012).

Este ponto é relevante no sentido em que demonstra que se há 10 anos as pessoas já começam a se preocupar com a destinação dos seus ativos digitais, esta preocupação deve-se mostrar cada vez mais presente no imaginário não só dos ingleses mas, também, no dos brasileiros. E isso se deve ao fato de que atualmente a aquisição de bens digitais em muito supera a de 10 anos atrás. Assim sendo, fica demonstrada a necessidade de o ordenamento jurídico brasileiro se adequar às demandas e necessidades contemporâneas, sobretudo o Direito Civil que regula as relações cotidianas.

No ano de 2015 houve a tentativa de incorporar o tema ao ordenamento jurídico novamente através do PL 1331/2015 que atualmente encontra-se arquivado. Dessa vez o projeto

de lei versou sobre o armazenamento de dados de usuários inativos, visando alterar, assim, o Marco Civil da Internet. O PL tinha por objetivo estabelecer a exclusão de dados pessoais, como se percebe:

Art. 2º O inciso X do art. 7º da Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, passa a vigorar com a seguinte redação:

Art.7º.....

.....

X – exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de internet, a seu requerimento, ou, em se tratando de morto ou de ausente, a requerimento do cônjuge, dos ascendentes ou dos descendentes, até o terceiro grau, ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas nesta Lei (NR) (BALDY, 2015).

A proposta legislativa do deputado Alexandre Baldy visava conferir ao Estado a exclusão das informações relacionadas à pessoa natural que permitiriam a sua identificação (tal como o número do RG concedido no momento da realização de um cadastro). Assim sendo, apesar de tratar sobre um tema ligado ao contexto digital não se referia aos bens digitais.

Em 2017 o Poder Legislativo tentou disciplinar a matéria novamente através do Projeto de Lei 7.742 do então Deputado Alfredo Nascimento. O PL encontra-se arquivado e tinha como objetivo acrescentar o artigo 10-A ao Marco Civil da Internet, disciplinando sobre a “destinação das contas de aplicação da internet após a morte de seu titular” (NASCIMENTO, 2017). O caput teria a seguinte redação “Art. 10-A. Os provedores de aplicações de internet devem excluir as respectivas contas de usuários brasileiros mortos imediatamente após a comprovação do óbito” (NASCIMENTO, 2017). Os três parágrafos propostos por Nascimento (2017) discorriam sobre a necessidade de os parentes do falecido requererem aos provedores de internet a referida exclusão; e que mesmo após a exclusão das contas os dados e registros que existiam devem ser guardados pelos provedores de internet pelo prazo de um ano, podendo ser prorrogado em igual período mediante o requerimento do Ministério Público.

Como justificativa o projeto de lei também expõe a necessidade de o Direito continuar atento às necessidades do dia a dia: “Com o avanço da internet no dia-a-dia das pessoas, o uso das chamadas redes sociais tem se tornado cada vez mais frequente (...)” (NASCIMENTO, 2017) E ainda:

Ocorre que, por conta da grande popularização desse fenômeno, que pode chegar à quantidade de 30% de pessoas no mundo detentoras de perfis em redes sociais, parte considerável das pessoas no Planeta acabam deixando perfis acessíveis por longo tempo nas redes sociais, mesmo depois de mortas, levando com que seus parentes e entes queridos mais próximos deparem, mesmo que involuntariamente, com esses perfis, situação essa que, muitas vezes, tem o poder de causar-lhes enormes dor e

sofrimento.

Para evitar essa indesejável situação é que estamos propondo que as contas nos provedores de aplicações de internet sejam encerradas imediatamente após a comprovação do óbito do seu titular, mas com a cautela de serem tais provedores obrigados a manter os respectivos dados da conta armazenados pelo prazo de um ano, prorrogável por igual período, sobretudo para fins de prova em apurações criminais. (NASCIMENTO, 2017).

A justificativa supracitada não parece correlacionar, de forma correta, a realidade imposta pelas novas tecnologias e a suposta tutela jurídica necessária. De fato, o número de usuários de redes sociais tem aumentado de forma significativa com o passar dos anos e, conseqüentemente, o número de perfis de pessoas falecidas também aumentará com o passar dos anos. Entretanto, excluir estes perfis por supor que entes queridos ficariam tristes ao rever tais páginas não parece ser atribuição do Poder Legislativo. Em primeiro lugar pelo fato de que, como pontuado por Lacerda (2021), existem vários interesses perpassando a questão: do falecido (imagine, por exemplo, uma pessoa que passou anos de sua vida construindo um álbum de fotos eletrônico através do Instagram com legendas reflexivas sobre os mais variados assuntos. Essa pessoa pode ter o interesse de que a sua mensagem continue sendo transmitida mesmo após o seu falecimento), de seus familiares, de terceiros que interagem com o falecido e dos provedores de internet. Entende-se necessário resguardar a autonomia privada do indivíduo. Em segundo lugar há o fato de que supor que todos, ao se depararem com a conta, teriam o sentimento de “dor e sofrimento” é simplificar o comportamento humano. Compreender os sentimentos humanos parece ser uma tarefa ligada mais a profissionais da área da saúde, como psicólogos e psiquiatras, do que de um jurista ou legislador no momento de elaborar um projeto de lei. De toda forma, pessoas são complexas e não podem ser simplificadas a um comportamento único e padrão diante de outro acontecimento também grandioso e profundo como a morte de um ente querido.

Outro projeto de lei que merece luz é o PL 5820/19, do deputado Elias Vaz, que é encontrado aguardando apreciação pelo Senado Federal. O PL tem por objetivo alterar a redação do artigo 1.881 do Código Civil.

Como justificativa, apresenta-se o fato de que muitos se utilizam das novas tecnologias para estabelecer e manter relações sociais. Essas relações passam tanto no que se refere aos contratos, quanto a pagamentos e colher depoimentos de testemunhas. Assim, entende-se que o código civil não contempla todas as novas necessidades jurídicas nascidas diante desse contexto eletrônico em que a população mundial está inserida. Em relação aos bens digitais, justifica-se a proposta de alteração legislativa ao ponderar: “Uma parte do patrimônio da maioria das pessoas encontra-se nos espaços virtuais, onde é possível guardar músicas, fotos,

livros, sendo denominados na sucessão de herança digital, constituindo tais elementos verdadeiras expressões da personalidade”. (VAZ, 2019) E ainda:

O Direito da personalidade, como é sabido, é vitalício. Todavia, com a morte do seu titular, atualmente, a maioria desse acervo virtual se perde em decorrência da ausência de um meio eficaz e simples para dispor sobre o mesmo.

No Brasil, a ideia de herança digital é timidamente discutida, entretanto o primeiro passo para instrumentalizar, tornar pragmático a disposição de última vontade quanto a essa parte do patrimônio, corresponde a modificação do Codicilo, atualizando-o, definindo regras claras para sua utilização, assim como criar sua modalidade digital. (VAZ, 2019).

Assim, o Projeto de lei visa alterar a forma como a disposição de última vontade é realizada passando a contemplar, também, os bens digitais. Além disso, o parlamentar compreende, então, que as cláusulas dos contratos de adesão eletrônicos são nulas, devendo os bens imateriais serem considerados propriedade e, portanto, serem transmitidos. Este entendimento é de grande avanço, tendo-se como base os recentes estudos sobre a temática. Em relação à herança digital, o parágrafo quarto trata sobre o tema ao dispor:

§4º Para a herança digital, entendendo-se essa como vídeos, fotos, livros, senhas de redes sociais, e outros elementos armazenados exclusivamente na rede mundial de computadores, em nuvem, o codicilo em vídeo dispensa a presença das testemunhas para sua validade (VAZ, 2019).

Por fim, o último projeto de lei sobre a temática que merece destaque é o PL 6468/19, do Senador Jorginho Mello, já abordado no início do capítulo. O objetivo é promover uma alteração no artigo 1.788 do Código Civil para permitir que todo o conteúdo digital do falecido possa ser transmitido aos herdeiros. Atualmente, o projeto está aguardando designação do relator.

O texto inicial adiciona o parágrafo único ao artigo supracitado que contará, se aprovado, com a seguinte redação: “Parágrafo único. Serão transmitidos aos herdeiros todos os conteúdos de contas ou arquivos digitais de titularidade do autor da herança” (MELLO, 2019). Como justificativa, o Senador Mello (2019) informa que o então projeto apresentado por ele em 2012 somente foi arquivado devido ao encerramento da legislatura. No mesmo sentido do entendimento deste trabalho, os autores pontuam a seguinte crítica sobre esse projeto de lei:

a grande crítica que se faz a este dispositivo, mormente os que se manifestam por sua inconstitucionalidade, é a violação da dignidade humana e privacidade do falecido e também de terceiros com quem aquele manteve relações em vida, devendo ser destacada a intransmissibilidade dos direitos de personalidade. (MANGO, GARLA FILHO; 2020)

Desta forma, conclui-se que em sede de Poder Legislativo houve algumas tentativas de incluir os bens digitais no ordenamento jurídico. Entretanto, como pontuado, as tentativas mostraram-se rasas. Seria necessário um conhecimento mais aprofundado sobre esse tema tão presente no cotidiano para que houvesse uma verdadeira tutela jurídica. Além disso, deve-se compreender que a questão envolvendo os bens digitais ultrapassa as questões sucessórias. Assim, outra crítica que se deve apresentar aos projetos de lei é a de que outras esferas jurídicas também carecem de tutela legislativa. Uma delas, como estudado neste trabalho, é a que envolve o consumidor digital. Os projetos de lei apresentados carecem de um maior aprofundamento em se tratando de conteúdo e de uma diversidade temática envolvendo os bens digitais.

No próximo tópico será analisado o posicionamento doutrinário sobre se há a necessidade de elaboração de um estatuto próprio para os bens digitais ou até mesmo sobre a inclusão de artigos sobre a temática na atual legislação brasileira.

6.2.1 Posicionamento doutrinário

Deve-se regular o mundo digital tal qual se regula o mundo analógico? Não se deve regular de forma alguma as relações que advém do contexto digital? Ou deveria haver leis tratando sobre o tema de acordo com as peculiaridades oriundas do ciberespaço? O Direito comporta argumentos e posicionamentos distintos sobre um mesmo tema e é a partir dessa percepção que Cássio Brant expõe três correntes que objetivam responder ao questionamento inicial.

A primeira delas é a corrente liberatória. Os adeptos desta linha defendem que a regulamentação, se feita de forma exacerbada, inibe o desenvolvimento no contexto eletrônico. Isso se deve ao fato de que o processo de elaboração de uma lei ser muito mais demorado que o processo de inovação tecnológica. De acordo com Brant (2016) essa corrente é utópica uma vez que os seus adeptos, em especial os mais ortodoxos, defendem que as questões envolvendo o direito digital se auto regulamentariam independente da atuação estatal. Para eles, a regulamentação, oriunda da Inteligência Artificial superaria a necessidade da regulação estatal, que se materializa em leis. Os adeptos desta corrente correlacionam a regulamentação estatal e o desenvolvimento tecnológico da seguinte forma: quanto maior a intervenção do Estado menor serão os avanços e melhorias tecnológicas, e vice-versa. O autor também pondera que há defensores dessa corrente em uma vertente mais branda, na qual as regulamentações, em sua

maioria, se dariam por meio da Inteligência Artificial e apenas de forma residual seriam promulgadas leis sobre a temática. Brant assim discorre:

Ante os avanços dos meios tecnológicos, alguns acreditam que o excesso de regulamentação exacerba o risco de inibir o desenvolvimento da Internet. Admitem que a própria inteligência artificial é capaz de controlar os problemas oriundos dos sistemas informáticos e, caso haja diversas leis, estas poderão acarretar o imediato desestímulo de superação da tecnologia, diante da interferência estatal (BRANT, 2016, p. 35).

Por outro lado, há também os adeptos da corrente regulatória:

Outra corrente acredita que se deve legislar sobre tudo, uma vez que ainda são desconhecidas as consequências decorrentes da evolução tecnológica na sociedade. [...] Importante destacar que a curvatura da tecnologia gira em torno de 18 a 24 meses, ou seja, sua superação é muito rápida. Logo, o processo legislativo praticamente, ao ser finalizado, trará uma legislação obsoleta, em razão do tempo gasto para a elaboração das leis ser bem superior à rápida evolução tecnológica (BRANT, 2016, p. 36).

Percebe-se que as duas primeiras correntes apresentadas estão em extremos diametralmente opostos: enquanto a corrente liberatória se caracteriza pela defesa de que não se deve regular (quase) nada no contexto digital, a corrente regulatória parte do princípio de que o direito seria capaz de resolver todas as demandas oriundas dessas novas relações. Como pontuado pelo autor, a corrente regulatória é inviável pelo fato de que, em se tratando de tempo, o direito está sempre atrás das inovações tecnológicas. O equilíbrio entre estes dois posicionamentos antagônicos se reflete na corrente minimalista:

Há uma terceira corrente mista ou moderada. Defende que só se deve regulamentar o necessário. Critica o fato de a própria tecnologia ser capaz de coibir os abusos causados pela informática, visto que o sistema informático é apenas uma ferramenta, e quem pode traçar os rumos do equilíbrio e limitar os abusos é a própria sociedade. Combate o excesso de legislação, acreditando ser possível legislar em demasia, inclusive sobre algo que facilmente seria solucionado por uma lei já existente (BRANT, 2016, p. 36).

Este posicionamento é o mais coerente com a realidade vivenciada na atualidade. Há muito tempo o pensamento arcaico e descabido de que a internet seria uma “terra sem lei” foi deixado de lado. No Brasil o abandono deste posicionamento se iniciou com o Marco Civil da Internet (2014) e continua a ganhar novos contornos com outras legislações posteriores, como a Lei Geral de Proteção de Dados (2018). Isso se deve ao fato de que o contexto digital apresenta diversas implicações jurídicas, como pondera Brant: “Ao se conectar com o mundo através da web, deparamos com o comércio eletrônico, contratos, crimes, entre outras situações que

repercutem também no mundo jurídico” (BRANT, 2016, p. 49). Assim, percebe-se que em determinados casos, devido às novas relações oriundas do ciberespaço, o direito deveria intervir delimitando os contornos dessas novas relações: ou com uma legislação nova ou se aproveitando de uma legislação já existente. Entretanto, compreender este fato ainda não é suficiente para responder ao questionamento: deveriam ser elaboradas leis para regulamentar as variadas questões envolvendo os bens digitais, como a sua transmissibilidade *inter vivos*, ou a legislação atual supre essa necessidade?

Patrícia Pinheiro é clara ao se posicionar a favor de uma adaptação legislativa para essas novas relações jurídicas. A autora promove sábias reflexões como a de que a legislação atual não consegue assegurar direitos já adquiridos pelos consumidores, como o direito ao arrependimento. Assim a autora discorre:

Mas, conforme os bens digitais estão se tornando mais intangíveis, permitindo a satisfação imediata no ato de um simples acesso ou de um download, vai se tornando mais difícil a aplicação, inconteste, do direito de arrependimento, sem que isso acabe propiciando enriquecimento ilícito ou mesmo má-fé por parte do consumidor. Por exemplo, quando se contrata um vídeo on demand em serviços como o “NOW” da empresa NET. Como praticar o direito de desistência neste caso? Ou quando se baixa um e-book? (PINHEIRO, 2021, p. 57).

Ou seja, além das relações jurídicas que são transpostas para o contexto digital, como pontuado por Brant (2016) (comércio eletrônico, contratos, crimes, etc) há, também, aquelas que só são pensáveis nestes locais (o direito ao arrependimento de um bem digital). Estas relações, sejam elas derivadas do contexto analógico ou oriundas do ciberespaço, merecem a atenção do operador do Direito.

Para complementar o entendimento referente à indagação (da necessidade ou não de elaboração de leis regulando os bens digitais), pode-se também recorrer ao seguinte raciocínio: Brant (2016) explica que o direito digital já é regido por algumas normas existentes em códigos nacionais (como o ECA, Código Civil, Código Penal, etc) mas não há um código próprio regulando as questões relativas ao Direito Tecnodigital. Por isso não é correto intitulá-lo, atualmente, como um ramo autônomo do direito. O que há são princípios que regulam as diversas relações oriundas do meio digital: comércio eletrônico, contratos que são celebrados e cumpridos pela via digital, crimes cometidos no ciberespaço, etc. A existência desses princípios aponta para a necessidade legislativa de se criar normas regulando tais relações jurídicas. O autor completa o raciocínio ao afirmar que, em se tratando do Direito Digital, “Há regras e princípios próprios e suficientes para dar-lhe autonomia jurídica” (BRANT, 2016, p. 54). Não se deve ignorar o fato de que princípios também representam uma forma de legislação no

contexto digital. Entretanto, muitas vezes não apresentam precisão jurídica²⁰, podendo gerar insegurança jurídica ao operador do direito e ao consumidor digital que, assim, perde sua autonomia jurídica. Essa autonomia jurídica, aliada a uma maior segurança jurídica, se materializariam em leis escritas, sejam em um código próprio, sejam em um título inserido no Código Civil ou em outra legislação pertinente.

Essa questão (a de que o Direito está presente também no meio digital) fica evidente ao se analisar o fato de que tanto em contexto não digital quanto em contexto digital indivíduos celebram negócios jurídicos. O que os diferencia é o fato de que no contexto físico o negócio jurídico se materializa em um contrato de compra e venda, por exemplo, em que uma das partes adquire a propriedade de um bem móvel (como um livro). Já no contexto eletrônico o negócio jurídico, a um primeiro momento (e especialmente para o consumidor), também parece ser o de compra e venda, mas juridicamente é o de licença de uso (de um e-book, por exemplo). Essa diferença demonstra que a decisão legislativa (atualmente caracterizada pela omissão) é, também, uma decisão política. Decisão essa que beneficia grandes corporações em detrimento da autonomia que poderia ser conferida aos consumidores.

Assim, a reflexão feita por Perlingieri de que “Com o advento da lei do mais forte, é inevitável que direito e Justiça estejam em crise” (PERLINGIERI, 2002, p. 22) permite entender que a situação legislativa tal qual é encontrada atualmente é injusta, do ponto de vista da valoração, para o consumidor. O autor ainda explica que a atuação legislativa não está em descompasso com a realidade vivenciada pelas pessoas (muito pelo contrário). O legislador deve ater-se à cultura, aos interesses envolvidos. Ele assim escreve:

É importante lembrar que das leis chega-se à norma e ao direito com uma operação que não é mecânica, mas, sim, cultural, mediadora de interesses e de valores. Através dessa operação, a resposta da justiça do caso concreto assume um significado e o papel de uma parte do mosaico que, se não fosse voltada a realizar um desenho, correria o risco de produzir uma perda de coesão esquizofrênica, com uma prevalência definitiva da lei do mais forte. Esta é a maior preocupação na qual é necessário deter-se. Muito, se não tudo, depende da cultura do país, da honestidade intelectual dos operadores. (PERLINGIERI, 2002, p. 23).

²⁰ Para comprovar a afirmação basta tentar definir o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Indiscutivelmente este é um princípio importantíssimo no ordenamento jurídico brasileiro, no entanto, não é um conceito objetivo. De forma oposta há outros institutos jurídicos que podem ser facilmente conceituados, como é o caso do conceito de “crédito”. Assim como ensina Rosa Junior (2019) crédito, em sua origem etimológica, pode ser entendido como o instituto jurídico formado por dois elementos centrais: confiança e tempo. E é por óbvio que a partir desse conceito pode-se estendê-lo, aprimorá-lo e adaptá-lo às necessidades que determinado contexto em particular exigir.

Para que o direito e a Justiça não estejam em crise, para que a justiça exerça a sua função no caso concreto e complete o quadro de forma completa (e não apenas a parte que favorece as grandes organizações empresariais) é necessário que o legislativo se atenha à realidade fática em que os bens digitais bem como os consumidores estão inseridos.

O consumidor poderia realizar os mesmos atos (entrar em um site específico - como o da Amazon - e realizar a transferência de um valor econômico para ter acesso ao e-book e ao final ter o mesmo material em seu dispositivo eletrônico) mas, diferentemente da situação vivida atualmente, poderia ser o proprietário do e-book. Essa questão poderia ser regulada pelo Estado através de uma legislação própria (ou através de novos artigos inseridos no Código Civil, referente aos ‘Negócios Jurídicos Digitais’) e, como pontuado, demandaria uma decisão política (como a de definir que um bem imaterial pode ser objeto de propriedade). Devido às semelhanças envolvendo a compra de um livro físico, em uma livraria, e a aquisição de um e-book, através do contrato de licença, é válida a citação do brocardo latino para que se realize uma reflexão: “*ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*” (onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de Direito) - assim, a razão fundamental em ambas as situações é a mesma (o indivíduo deseja ter acesso a um material – físico ou digital – que contenha informações escritas) e, portanto, deveria prevalecer a mesma regra de Direito (em que prevê a aquisição da propriedade do material por meio de um negócio jurídico). Como Almeida, J. (2017) pontua, não é clara ao consumidor a diferença de tratamento dada a um bem material (em que, após o negócio jurídico adquire-se a propriedade do bem) daquela dada a um bem digital (na qual o consumidor adquire tão somente uma licença de uso).

Sobre essa questão, para aqueles que compreendem que um bem imaterial pode ser objeto de um direito de propriedade entenderão também pela necessidade de uma legislação (seja a título nacional ou global) regulando essas novas relações. José Adércio de Leite Sampaio, Meire Furbino e David Mendieta discorrem sobre a necessidade de uma legislação, a título supranacional, ser necessária em virtude dos abusos percebidos devido a sua falta:

Em que pesem as novas tendências e nomenclaturas diferentes, o importante é ter um arquétipo de legislação para atuar no âmbito das relações extraterritoriais (entenda-se do ciberespaço), que culmine com a criação de uma declaração universal dos direitos humanos em espaços digitais para coibir abusos e defender os direitos dos indivíduos de ataques virtuais à honra, à liberdade, à igualdade, à **propriedade**, enfim, violações aos direitos fundamentais. (SAMPAIO, FURBINO, MENDIETA; 2020; p. 66, grifo nosso)

Sampaio, Furbino e Mendieta (2020) continuam a reflexão ao discorrer sobre o fato de as pessoas estarem cada vez mais inseridas no contexto eletrônico de forma totalmente

desprotegida pelo Estado. Os autores coadunam com o entendimento de que a escolha de não regular essas novas relações é uma escolha política que proporciona uma maior liberdade para o outro polo desse negócio jurídico e, conseqüentemente, abusos sofridos pelos consumidores:

A novidade, ou atualidade, não fica apenas no plano da tecnologia. O resultado de sua aplicação influencia o direito em seus diversos domínios. E uma das influências mais notáveis está, de fato, na autonomia das partes que se relacionam em termos comerciais, em usos recreativos, em comunicação virtual e instantânea. Qual a proteção para todos esses usuários? Como o indivíduo poderia se defender quando tem seus direitos fundamentais cerceados, ainda que não seja pelo Estado, mas pelos outros atores que permeiam o cenário do ciberespaço, e assume posições para as quais não houve legitimação no modelo político reconhecido? (SAMPAIO, FURBINO, MENDIETA; 2020; p. 59).

Ou seja, há o entendimento de que a autonomia digital não deveria ser mitigada pelas cláusulas abusivas dos contratos de adesão eletrônicos presentes no ciberespaço. Ela deveria ser resguardada, protegendo, assim, os consumidores digitais que serão cada vez mais numerosos. Os autores ainda defendem que as relações digitais demandam a elaboração de uma espécie de declaração universal própria para esse contexto, tamanho os abusos que os usuários podem sofrer neste ambiente:

Em que pesem as novas tendências e nomenclaturas diferentes, o importante é ter um arquétipo de legislação para atuar no âmbito das relações do ciberespaço, que culmine com a criação de uma ‘declaração universal dos direitos humanos nos espaços digitais’ para coibir abusos e defender os direitos dos indivíduos de ataques virtuais e violações aos direitos humanos/fundamentais (SAMPAIO, FURBINO, MENDIETA; 2020; p. 31).

Esses abusos apontam para o fato de que o princípio Constitucional da Função Social não está sendo respeitado no ambiente eletrônico, como se verá adiante. Os autores defendem a necessidade de elaboração de uma legislação internacional que tenha por objetivo dirimir injustiças e quadros alarmantes percebidos atualmente:

Quer os direitos existentes sejam adaptados ou novos sejam reconhecidos, é necessário um quadro normativo internacional de direitos humanos aplicável a todos. Uma Constituição Digital Global por enquanto é um sonho, mas uma ‘Declaração Dos Direitos Humanos Nos Espaços Digitais’ é possível. Os estados devem concordar com um mínimo de justiça que visa evitar a maior injustiça possível (SAMPAIO, FURBINO, MENDIETA; 2020; p. 64).

Importante frisar que neste estudo coloca-se um foco nos possíveis abusos cometidos nas relações próprias de consumo, materializadas nos contratos de adesão eletrônicos, mas que outros também podem ser percebidos e devem ser combatidos. A título exemplificativo, tem-

se as relações envolvendo a criança e o adolescente bem como as que envolvem a manipulação de dados pessoais e informações capaz de interferir na tomada de decisão do indivíduo (seja pela escolha de realizar a compra de um determinado produto, seja por uma decisão em quem votar nas eleições).

Essa questão já foi notada anteriormente, uma vez que Sampaio, Furbino e Mendieta (2020) explicam que a idealização de uma legislação para o ambiente digital surge tão logo a internet ganha espaço no cotidiano da humanidade. Os autores expõem que em 1996 foi idealizada a Declaração da Independência do Ciberespaço, por John Perry Barlow. O objetivo era o de assegurar um ambiente digital livre, justo e humano, tal qual se imagina em um ambiente analógico. Entretanto, apesar dessa realidade já ter sido percebida anteriormente, nota-se que no contexto brasileiro ainda caminha lentamente no quesito referente às legislações envolvendo o ambiente eletrônico.

Ao seu turno, Brant (2016), ao realizar a constatação de que os Princípios revelam a necessidade de uma lei positiva, discorre sobre o princípio da Função Social como um dos princípios aplicáveis ao Direito Tecnodigital e que comporiam o microsistema jurídico aplicável a temática. A despeito de já ter sido abordada a questão relativa à Função Social do direito de propriedade, em tópico específico, abre-se a discussão novamente, desta vez referente à Função Social no ciberespaço. Assim o autor explica que

No campo da sociedade de informação, todo invento tecnológico deve propiciar o bem estar da população, sendo útil e servindo à humanidade. A tecnologia desenvolvida pelos sistemas informáticos e equipamentos eletrônicos de última geração deve ser condizente com uma utilidade pública a serviço da sociedade (BRANT, 2016, p. 79).

A Função Social no Direito implica em colocar o ser humano, e a dignidade da pessoa humana, no centro do raciocínio jurídico. A escolha de elaborar determinada regra ou não, de possibilitar um mover jurídico (como a possibilidade de um bem digital integrar o objeto mediato de uma obrigação) deve estar ancorada na dignidade da pessoa humana e não na lucratividade de determinados agentes econômicos. É o que explica Brant (2016, p. 79): “Em verdade, a função social deve garantir a dignidade da pessoa humana. O homem é hoje o centro do ordenamento jurídico e a proteção jurídica não pode se limitar apenas ao agente econômico ou a demais interesses que não sejam propriamente a coletividade”.

Assim, os interesses de todos os seres humanos devem ser considerados no momento de se elaborar (ou não) uma legislação própria e não apenas os interesses de grandes grupos econômicos. Deve-se perguntar: o que é mais justo? Manter a autonomia com pequenos grupos

ou transpô-la aos consumidores de bens digitais? Como já pontuado, a resposta para essa indagação perpassa por uma decisão política. Brant ainda discorre sobre o fato de que a internet é um *locus* que, de forma potencial, possibilita que a Função Social seja percebida e exercida por aqueles que dela se utilizam:

A Internet por si só possui uma grande função social, pois agrega conhecimento, cultura, informação, integração, facilidades para o usuário, seja no âmbito doméstico ou profissional. (...) Há reflexos na sociedade em geral, já que proporciona a interação com todo o planeta e agrega a circulação de riquezas, originada pela variedade de negócios comerciais que são praticados de forma direta ou mesmo indireta (BRANT, 2016, p. 83).

Importante ponderar que a manifestação da Função Social, através da circulação de riquezas, pode ser minimizada por entraves jurídicos, como aqueles apresentados nos contratos de adesão eletrônicos que impedem a transmissão de bens digitais de caráter patrimonial, como as milhas aéreas e os e-books. Muitos negócios jurídicos são tolhidos de serem celebrados devido a essas cláusulas.

Assim, sistematizando o entendimento de Brant (2016), entende-se a necessidade de uma intervenção legislativa sobre um assunto quando o direito já se faz presente através de princípios. No caso do Direito Tecnodigital, o primeiro princípio apresentado foi o da Função Social. Através deste entende-se que a circulação de riquezas e a existência de negócios jurídicos que não contradigam o ordenamento jurídico são benéficos a toda coletividade, devendo ser estimulada pelo ordenamento jurídico. Assim, seguindo o entendimento do autor, não só as cláusulas que impedem a transmissibilidade de bens digitais são nulas quanto estes negócios jurídicos deveriam ser estimulados pelo ordenamento jurídico.

Além do princípio da Função Social do Direito Tecnodigital, Brant (2016) ainda discorre sobre outros princípios que permeiam as relações existentes no ambiente digital: princípio da inclusão digital, princípio da não soberania dos Estados sobre a Internet, princípio da preponderância da certificação digital nos contratos eletrônicos e nos procedimentos judiciais, princípio da construção e utilização responsável dos meios informáticos, princípio da intangibilidade de documentos e princípio da auto-regulamentação. Este conjunto de princípios demonstram como o ambiente digital ainda é carecedor de regulações estatais próprias aos temas que lhes são próprios.

Em relação à prevalência dos princípios no contexto digital, Patrícia Pinheiro assim escreve:

No Direito Digital prevalecem os princípios em relação às regras, pois o ritmo de evolução tecnológica será sempre mais veloz que o da atividade legislativa. Por isso, a disciplina jurídica tende à autorregulamentação, pela qual o conjunto de regras é criado pelos próprios participantes diretos do assunto em questão com soluções práticas que atendem ao dinamismo que as relações de Direito Digital exigem. (PINHEIRO, 2021, p. 26).

A autora entende que os princípios revelam a realidade do contexto digital (da rápida mutabilidade em comparação à lentidão do processo legislativo). A autora ainda pondera que “a problemática está na velocidade que a mudança vem adquirindo e na dificuldade do sistema jurídico em incorporá-la” (PINHEIRO, 2021, p. 19). Entretanto, isso não quer dizer que, para a autora, o Direito não deva estar presente no contexto digital por meio de leis mas sim que estas devem se adaptar à necessidade apresentada por essas novas relações jurídicas:

A velocidade das transformações é uma barreira à legislação sobre o assunto. Por isso qualquer lei que venha a tratar dos novos institutos jurídicos deve ser genérica o suficiente para sobreviver ao tempo e flexível para atender aos diversos formatos que podem surgir de um único assunto. Essa problemática legislativa, no entanto, não tem nada de novo para nós, uma vez que a obsolescência das leis sempre foi um fator de discussão em nosso meio (PINHEIRO, 2021, p. 26).

Bruno Zampier Lacerda, ao discorrer sobre a temática, reflete sobre a necessidade de que o legislador tem de enfrentar essa questão (elaborar um código próprio para disciplinar as relações que tenham como núcleo os bens digitais). “Defende-se, uma vez mais, que o Brasil tome uma atitude corajosa e necessária para enfrentamento deste emaranhado de interesses distintos” (LACERDA, 2021, p. 198). A atitude “corajosa e necessária” pontuada pelo autor deve ser, também, sábia. Isso se deve ao fato de que, como exposto por Lacerda (2021) uma legislação que aborde a temática dos bens digitais, para ser efetiva, não deve disciplinar os mínimos (possíveis) contornos dessas relações jurídicas. O contexto digital sofre atualizações em uma velocidade superior à do processo legislativo e, por isso, o autor defende a necessidade de uma legislação própria que delimite apenas alguns dos contornos jurídicos necessários para a segurança jurídica daqueles que, direta ou indiretamente, lidam com bens digitais. O autor defende que a autonomia privada deve ser preponderante aos limites traçados pelo legislador mas que estes também são necessários:

No tratamento de disciplina tão cara à pessoa, deve-se ter muito de autonomia privada e pouco de intervenção estatal. Isso, entretanto, não equivaleria a dizer que uma anomia na temática ora trabalhada seja o melhor dos caminhos a ser trilhado. Não se quer afirmar também que a solução ideal seja positivar cada intricado detalhe fático já enfrentado ou por vir. Mesmo porque, é certo, a evolução da tecnologia sempre surpreenderia o aplicador do Direito, com novas e desafiadoras situações, que possivelmente não iriam encontrar na letra fria de uma lei, sua melhor resposta

jurídica. Casos difíceis (hard cases) serão sempre muito comuns quando se estiver diante de bens digitais (LACERDA, 2021, p. 199).

O autor escreve sobre a importância de haver um equilíbrio entre a atuação pública (materializada em um código) e a particular (percebível através da autonomia privada) uma vez que tanto em um caso quanto em outro busca-se a efetiva garantia dos direitos fundamentais, como já pontuado anteriormente:

E esta postura do Estado, caminha na direção da proteção dos direitos fundamentais, sendo então a intervenção apenas excepcional. (...) Não há que se firmar rota de colisão entre autonomia privada e intervenção estatal. Ao revés, há que se ter uma convergência entre interesses públicos e particulares, ao menos do ponto de vista ideal, a fim de se promover direitos fundamentais. (LACERDA, 2021, p. 200).

Lacerda (2021) completa o seu posicionamento afirmando que até que essa legislação seja criada e componha o ordenamento jurídico brasileiro, cabe ao poder judiciário dar as soluções necessárias a cada situação. Percebe-se que, de fato, o judiciário tem desenhado esses novos contornos. Uma prova disso são as decisões judiciais apresentadas neste trabalho, sendo duas delas no sentido de permitir a penhora de milhas aéreas em virtude do seu caráter patrimonial.

Essa atuação do Poder Judiciário é necessária no contexto em que o país se encontra (de uma ausência legislativa) e pode gerar o entendimento que ela, fundamentada nos princípios constitucionais, bastaria para satisfazer as necessidades dos consumidores de bens digitais:

É possível defender a desnecessidade de uma lei específica para regular o destino dos bens digitais, argumentando-se que tal norma geraria mais inflação legislativa, tendo os juízes a possibilidade clara de extrair a melhor decisão, a partir da leitura, interpretação e aplicação dos princípios constitucionais, especialmente aqueles que buscam concretizar direitos fundamentais (LACERDA, 2021, p. 202).

Todavia, esse raciocínio é falho já que “Inúmeros problemas podem advir da falta de regulamentação, ensejando, inclusive, farta contrariedade de decisões judiciais num primeiro plano, bem como desproteção aos direitos fundamentais numa perspectiva mais avançada” (LACERDA, 2021, p. 202). Além disso, tal cenário poderia dar ensejo a um ativismo judicial, causando uma insegurança jurídica. Assim, a atuação de magistrados mostra-se, no entendimento do autor, necessária em um primeiro momento, mas insuficiente em se tratando de momentos posteriores. Essa afirmativa se justifica até mesmo em razão da realidade do poder judiciário que tem se mostrado cada vez mais moroso (e, por isso, ineficiente diante das demandas que lhes são apresentadas). Lacerda (2021) afirma que um “Regramento poderia

evitar uma enxurrada de processos judiciais, com o Legislativo cumprindo com o seu papel de estabelecer diretrizes gerais e preventivas em temática tão nova e sensível” (LACERDA, 2021, p. 202). De forma semelhante, em relação à atuação do poder legislativo e do poder judiciário, os autores pontuam que:

vislumbra-se não só a necessidade de o legislador inovar para poder garantir a estabilidade e segurança jurídicas, mas também de incluir a hipótese de apreciação pelo judiciário de questões controvertidas a respeito da classificação de quais tipos de bens que compõem o acervo digital poderiam ser transmitidos por herança (AUGUSTO, OLIVEIRA; 2015, p. 13).

Assim, a atuação do Poder Legislativo e do Poder Judiciário devem coexistir de forma equilibrada para que os direitos da população sejam resguardados:

Desse modo, conclui-se pela necessidade de construção, para o futuro próximo, de legislação específica sobre o tema dos bens digitais, demarcando de forma legítima e democrática, quais os princípios estão em evidência, orientando a atuação judicial diante de um volume considerável de possíveis novos casos difíceis (LACERDA, 2021, p. 214).

Portanto, diante dos argumentos vistos, fica demonstrada a necessidade de se ter um código ou uma seção própria para regular a temática. O aumento das relações digitais, os inúmeros princípios que as regulam, os desrespeitos sofridos por uma ausência legislativa, bem como a insuficiência do poder judiciário para lidar com essa nova realidade corroboram para essa necessidade. Entretanto, é necessário não só uma legislação sobre os bens digitais, mas uma legislação que contemple a realidade das pessoas que, de alguma forma, interagem com eles. Como ensina Patrícia Pinheiro, é necessário que a legislação seja eficaz: “A capacidade da norma de refletir a realidade social determina o grau de eficácia jurídica de um ordenamento. Eficaz é aquilo que é capaz de efetivamente produzir efeitos, ou seja, o conceito de eficácia envolve aceitação e obediência” (PINHEIRO, 2021, p. 19). Para tanto é necessário que o legislador se atente para a realidade e que se aprofunde nos estudos e pesquisas que envolvem o tema, tanto a nível nacional quanto a nível internacional.

7 CONCLUSÃO

Não há como refletir sobre a vida em sociedade do século XXI sem pensar e mencionar os avanços tecnológicos em que a população está inserida. Convive-se, atualmente, com diversos dispositivos eletrônicos que facilitam, ou pelo menos modificam, a forma de se relacionar em sociedade (a título exemplificativo, pode-se mencionar o fato de que para se realizar uma reunião não é mais necessário que todos os integrantes ocupem o mesmo espaço físico, podendo realizá-la por uma plataforma online).

Como visto determinada informação pode ter um certo valor econômico, a depender da informação e de quem a veiculou. Diante desse novo cenário surge a indagação: a justificativa jurídica que impede que os bens digitais sejam objeto mediato de contratos – como compra e venda, doação e locação - é justa (tanto no nível da dogmática jurídica quanto no da valoração)? A princípio, a hipótese foi a de que não.

Desta forma, durante a pesquisa, objetivou-se responder ao questionamento: é juridicamente possível pensar na transmissão de bens digitais de caráter patrimonial e patrimonial-existencial *inter vivos*? Para tanto, realizou-se um estudo acerca dos bens digitais, iniciando-o pelo conceito aceito e construído pela doutrina. Bem digital nada mais é do que uma informação veiculada no contexto digital que apresenta alguma relevância para pessoa que a inseriu no contexto eletrônico (podendo ser essa relevância de caráter patrimonial ou não). Por isso o tema deve ser tutelado juridicamente.

Após compreender a natureza jurídica de um bem digital, em especial os de caráter patrimonial e patrimonial-existencial, buscou-se entender se eles poderiam ser objeto de direito de propriedade. Assim, primeiro foi realizado um estudo acerca do objeto e posteriormente um estudo da relação do sujeito e do objeto. A justificativa para tal necessidade é a de que caso a resposta fosse negativa, ou seja, caso um bem digital não pudesse, juridicamente, ser considerado como um objeto de direito de propriedade, a hipótese inicialmente traçada seria considerada falsa.

A resposta para tal indagação mostrou-se controvertida. A um turno, autores clássicos como Orlando Gomes entendem que em se tratando de um direito de propriedade é imprescindível que o objeto do direito seja um bem material. Para estes autores, bens imateriais podem – e devem – ser tutelados juridicamente, inclusive pelos direitos reais, mas não se confundindo a tutela oferecida a esses com a tutela oferecida aos bens materiais. A outro giro, autores como Nelson Rosenvald, Cristiano Chaves de Farias, Bruno Lacerda e Juliana Evangelista compreendem que o direito deve acompanhar a realidade fática em que a população

está inserida. Se há 20 ou 30 anos não era possível falar em direito de propriedade de bens digitais, por esses não existirem, atualmente a realidade se mostra outra. Hoje pessoas acumulam para si diversos bens digitais, alguns de caráter patrimonial e outros de caráter existencial, tal qual faziam com seus correspondentes físicos. O direito deve servir para tutelar os interesses das pessoas e, por isso, não é irracional defender que uma pessoa possa usar, gozar, reivindicar e, principalmente, dispor dessa nova categoria de bens que compõem a sua realidade. Afinal, atualmente, tais bens são utilizados como objeto de contrato mas apenas grandes corporações é que detém o direito de transmiti-los, como foi visto no capítulo referente aos contratos eletrônicos.

Assim, fez-se um estudo sobre os contratos que regem as relações envolvendo bens digitais na atualidade. É importante compreender que, como já pontuado, bens digitais, como e-books, músicas digitais e milhas aéreas são transmitidos atualmente. Entretanto, essa transferência não implica em um direito de propriedade para o consumidor. Isso devido ao fato de que, nos contratos de adesão eletrônicos celebrados entre consumidores e grandes organizações empresariais – como a Amazon, tem-se estipulado que o consumidor, com a compra, adquire tão somente uma licença de uso daquele bem. Por esse motivo é que, atualmente o consumidor não pode usar um bem digital, como o e-book, como objeto mediato de um contrato de compra e venda ou doação. Pontos que foram ponderados: será que essa estipulação contratual é justa? A quem ela beneficia? E mais: o consumidor tem consciência de que ao realizar a transferência de um valor econômico está adquirindo, em troca, tão somente uma licença de uso e não a propriedade do bem? Essa informação deveria ser transmitida ao consumidor de forma mais clara, no mínimo.

Percebe-se que não há uma justificativa clara para essa diferença de tratamento entre um bem físico (como um livro ou CD) e o seu correspondente digital, a não ser o beneficiamento de grandes sociedades empresárias. Essa afirmativa se justifica pelo estudado no capítulo referente à transmissão *inter vivos*, já que muitos bens digitais já são objeto de transferência de fato, mesmo com as cláusulas impeditivas nos contratos de adesão celebrados. A título exemplificativo, viu-se que muitos influenciadores digitais cederam suas contas no Instagram, em caráter temporário, a pessoas que tinham mensagens importantes a serem passadas a toda coletividade durante a pandemia. O então comodato de redes sociais, mesmo sendo proibido pelo contrato de adesão celebrado entre o Instagram e o usuário, ocorre em termos fáticos. E ocorre com pessoas que detém milhões de seguidores, logo, não podendo supor que essa modalidade contratual seja realizada na clandestinidade.

Ainda sobre esse ponto, chega-se, também, à seguinte conclusão: a transmissão de determinados bens digitais já ocorre em alguns casos (como o citado comodato de redes sociais) mas em outros ainda não é possível (como a compra e venda ou doação de e-books). Em ambos os casos o negócio jurídico é vedado pelo contrato de adesão eletrônico e, em ambos, a coletividade seria beneficiada pela possibilidade de realização do contrato. Um aspecto relevante envolvendo esta temática é que as cláusulas que impedem a utilização de bens digitais em negócios jurídicos ao serem contrária à utilização destes em consonância com a Função Social são, conseqüentemente, contrárias, também, à Constituição da República. Assim, pensar em um bem digital como objeto de um negócio jurídico é raciocinar constitucionalmente.

Por fim, fez-se uma análise sobre a necessidade (ou não) dessa questão ser regulamentada por meio de uma legislação própria, uma vez que há uma lacuna legislativa no tocante à temática no Brasil. Ao tratar de leis em um estado democrático de direito, fala-se em política, tensões e interesses contrapostos. A escolha pela promulgação de uma determinada lei irá beneficiar a um certo grupo e, conseqüentemente, trará impactos negativos a outros. Permitir que um consumidor possa vender, doar ou emprestar um e-book ou uma música digital irá beneficiar os consumidores, possivelmente trará impactos econômicos negativos às grandes corporações que realizam a venda primária desses ativos e não causará grandes impactos econômicos aos autores dessas obras (uma vez que como visto eles não adquirem grandes vantagens econômicas com a venda de suas produções, sendo as sociedades empresárias as verdadeiras detentoras desses lucros). Como visto, projetos de leis (ressalta-se: precários) foram elaborados no nosso país, entretanto, nenhum deles tornou-se legislação. Além disso estes projetos se limitam a disciplinar, de forma majoritária, a transmissão de tais ativos via herança ou testamento, não tratando de questões contratuais. Em outros países a legislação referente a este tema está avançada, bem como pesquisas envolvendo os bens digitais. Essa realidade foi percebida através do estudo de legislações, como a RUFADAA (Estados Unidos da América), e através do resultado de pesquisas, como a que foi desenvolvida pelo ELI (Europa). Assim como no Brasil, a legislação estrangeira estudada também não disciplina a questão contratual dos bens digitais.

Tanto a relação fática quanto a experiência legislativa no exterior concorrem para o entendimento de que bens digitais dotados de caráter patrimonial podem ser objeto mediato de uma obrigação. Essa possibilidade deve ser resguardada por uma legislação própria sobre o tema, em um estatuto sobre os bens digitais. Essa nova modalidade de bens deve ser tutelada juridicamente, possibilitando que consumidores, usuários de redes sociais e pessoas naturais em geral os utilizem nas mais variadas relações jurídicas cotidianas. O estatuto não deve conter

regras rígidas - uma vez que como visto a realidade digital se modifica em uma velocidade muito maior do que as modificações legislativas. Ele deve ser percebido como um instrumento jurídico em que há contornos legislativos suficientes capazes de assegurar direitos e deveres daqueles que interagem com bens digitais bem como trazer uma maior segurança jurídica aos tribunais (que já estão julgando questões envolvendo os bens digitais e tenderão a julgar cada vez mais, em um futuro não tão distante). Para tanto, é imprescindível que haja estudos e pesquisas envolvendo o tema dos bens digitais e a possibilidade de transmiti-los, tanto por herança e testamento quanto por contrato, além de se considerar a realidade fática em que eles estão inseridos bem como qual é a real necessidade da coletividade, resguardando, assim, a sua função social.

REFERÊNCIAS

123 MILHAS. **Termos e Condições Gerais de Uso**. [S. l.] 123 Milhas, [20--]. Disponível em: <https://123milhas.com/termos-condicoes> Acesso em: 19 out. 2021.

ALMEIDA, Juliana Evangelista de. **A tutela jurídica dos bens digitais após a morte: análise da possibilidade de reconhecimento da herança digital**. 2017. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017.

ALMEIDA, Daniel Evangelista Vasconcelos. **Shadow profiles: A tutela dos direitos da personalidade do usuário e do não usuário das redes sociais**. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017.

AMAD, Emir Iscandor. **Bibliotecas digitais: entre o acesso à cultura e a proteção do autor**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. 10 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

AMAZON. **Termos de uso do Dispositivo Amazon**. [S. l.]: Amazon, 2020. Disponível em: <https://www.amazon.com.br/gp/help/customer/display.html?nodeId=202002080> Acesso em: 22 maio. 2021

APPLE. **Termos e Condições dos Serviços de Mídia da Apple**. [S. l.] Apple, 2022. Disponível em: <https://www.apple.com/legal/internet-services/itunes/br/terms.html> Acesso em: 23 jun. 2022-06-23

ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. **Declaração de direitos do homem e do cidadão**. França, 1789. Disponível em: <https://br.ambafrance.org/A-Declaracao-dos-Direitos-do-Homem-e-do-Cidadao>. Acesso em: 18 nov. 2022.

AUGUSTO, Naiara Czarnobai; OLIVEIRA, Rafael Niebuhr Maia de. A possibilidade jurídica da transmissão de bens digitais “causa mortis” em relação aos direitos personalíssimos do “de cujos”. *In*: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO E CONTEMPORANEIDADE, 3.; CONGRESSO IBEROAMERICANO DE INVESTIGADORES E DOCENTES DE DIREITO E INFORMÁTICA, 5., 2015, Santa Maria. **Anais [...]**. Santa Maria, RS: UFSM, 2015. Disponível em: <http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2015/6-16.pdf>. Acesso em: 20 set. 2022.

BALDY, Alexandre. **Projeto de Lei nº 1331/2015. Altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Marco Civil da Internet, dispendo sobre o armazenamento de dados de usuários inativos na rede mundial de computadores. Brasília: Câmara dos Deputados, 2015. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1227967> Acesso em: 10 set. 2022

BERG, Madeline; BROWN Abram; 10 YouTubers mais bem pagos de 2020. **Forbes**, [São Paulo] 18 dez. 2020. Disponível em: <https://forbes.com.br/listas/2020/12/10-youtubers-mais-bem-pagos-de-2020/> Acesso em: 12 maio. 2022

BEZERRA, Sabrina. Gucci lança tênis virtual por US\$ 12; conheça a tendência de vender

roupas digitais. **StartSe**. 28 abr. 2021. Disponível em: <https://www.startse.com/artigos/gucci-lanca-tenis-virtual-por-usdollar-12-conheca-a-tendencia-de-vender-roupas-digitais>. Acesso em: 04 mar. 2021.

BLACHLY, Victoria. Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act: what UFADAA know. **Probate & Property Magazine**, jul/ago., 2015 p. 9-20

BRANT, Cássio Augusto Barros. **O microssistema do direito tecnodigital**. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016.

BRANT, Cássio Augusto Barros. **Usucapião do direito de uso da propriedade intelectual**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2010.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, [...]. Brasília, DF: Presidência da República, [2022a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 12 maio 2022

BRASIL. **Lei nº 8078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2021a]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm Acesso em 12 maio 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998**. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre os direitos autorais e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2013]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm Acesso em 08 out. 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil (2002) Brasília, DF: Presidência da República, [2022b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm Acesso em 12 maio 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12965.htm Acesso em 15 mar. 2023

BRASIL. **Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019**. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; [...]. Brasília, DF: Presidência da República, [2021b]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm Acesso em 17 mar. 2023

BRASIL. **Lei nº 14.478 de 21 de dezembro de 2022**. Dispõe sobre diretrizes a serem observadas na prestação de serviços de ativos virtuais e na regulamentação das prestadoras de serviços de ativos virtuais; [...]. Brasília, DF: Presidência da República, [2022c]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/lei/L14478.htm Acesso em 25 mar. 2023

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **Recurso Especial nº 1878651**. Direito do consumidor. Direito civil. Recurso especial. Irresignação manejada sob a égide do NCPC [...]. Relator: Ministro Moura Ribeiro, 04 de out. 2022. Brasília: STJ, 2022d. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=166926332®istro_numero=201900721713&peticao_numero=&publicacao_data=20221007&formato=PDF [processo.stj.jus.br] Acesso em: 15 mar. 2023

CAETANO, Ricardo. **FIFA 21**: após reajustes, pacotes de FIFA POINTS chegam a custar até R\$ 499. ESPN, 2 out. 2020. Disponível em: https://www.espn.com.br/esports/artigo/_id/7524135/fifa-21-apos-reajustes-pacotes-de-fifa-points-chegam-a-custar-ate-r-499 Acesso em: 18 jul. 2021.

CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. **Teoria Geral do Direito Moderno - Por uma Reconstrução Crítico-Discursiva na Alta Modernidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

COMO VAI ser o futuro do flow + André Lajst. Por Flow Podcast. 2022. 1 vídeo (41 min). Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=-cO2D_ZHzPY Acesso em: 26 set. 2022

COMO VENDER milhas aéreas? tudo sobre como fazer uma renda extra com milhas. Por Norton Reveno. 2021. 1 vídeo (13 min). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=7o-PMoGJrlQ>. Acesso em: 8 de nov. de 2021

CONAR. **Guia de publicidade por influenciadores digitais**. [São Paulo]: CONAR, 2021. Disponível em: http://conar.org.br/pdf/CONAR_Guia-de-Publicidade-Influenciadores_2021-03-11.pdf. Acesso em: 06 out. 2022.

CONCEITOS fundamentais de Direito Civil – Nelson Rosenvald – Teoria do Negócio Jurídico. Por Nelson Rosenvald. 2020. 1 vídeo (51 min). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=emf9dfNdhOs&feature=youtu.be> Acesso em: 28 mar. 2022

CONSELHO DE ARQUITETURA E URBANISMO DO RIO DE JANEIRO. **População brasileira chega a 211,8 milhões de habitantes em 2020**. Rio de Janeiro: CAU/RJ, 4 set. 2020. Disponível em: <https://www.caurj.gov.br/populacao-brasileira-chega-a-2118-milhoes-de-habitantes-em-2020/>. Acesso em: 24 ago. 2021.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito e Economia**. 5 ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

COSTA, José Augusto Fontoura; SOLA, Fernanda. Desenvolvimento e direito de autor na sociedade de informação. **Revista de Direito Econômico Socioambiental**, Curitiba, 2010, n 2, p. 286-301, jul./dez. 2010.

CUNHA, Juliana Falci Sousa Rocha. Herança digital: apontamentos jurídicos. *In*: CONGRESSO DE TECNOLOGIAS APLICADAS AO DIREITO, 1., 2018, Belo Horizonte. **Anais** [...]. Florianópolis: Conpedi, 2018. p. 72-79.

DEEZER. **Termos da Licença**. [S. l.]: Deezer, 2022. Disponível em: <https://www.deezer.com/legal/cgu> Acesso em: 23 jun. 2022

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (Comarca

Distrito Federal). **Agravo de Instrumento n° 0712398-97.2022.8.07.0000**. Relator: Des. Mário-Zam Belmiro Rosa. 22 abril 2022. Distrito Federal: Tribunal de Justiça do Estado do Distrito Federal. Disponível em: <https://pje2i-consultapublica.tjdft.jus.br/consultapublica/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/documentoSemLoginHTML.seam?ca=4b2698f96d98936caa0a4e74c435de77c403ec06e03c7a46ae705eca9bfd19d29760a752aa88ff0f61e24bfc5965575dd9c2c246dec1c828> Acesso em: 9 de jun. 2022

EA PLAY. **Eletronic Arts**: contrato do usuário. [S. L]: EA, 2021. Disponível em: <https://tos.ea.com/legalapp/WEBTERMS/US/br/PC/> Acesso em: 15 jul. 2021

ESPAÑA. **Ley Orgánica 3/2018**. Protección de datos personales y garantía de los derechos digitales. Espanha: Leys, 06 Dez. 2018. Disponível em: <https://www.boe.es/eli/es/lo/2018/12/05/3>. Acesso em: 14 set. 2022

ESTADOS UNIDOS DA AMERICA (EUA)..Revised Uniform Fiduciary Access To Digital Assets Act (2015). Uniform Laws. Disponível em: http://www.uniformlaws.org/shared/docs/Fiduciary%20Access%20to%20Digital%20Assets/2015_RUFADAA_Final%20Act_2016mar8.pdf. Acesso em: 24 de ago. 2021.

EUROPEAN LAW INSTITUTE. **ELI principles on the use of digital assets as security**: report of the European Law Institute. Vienna: European Law Institute, 2022. Disponível em: https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Principles_on_the_Use_of_Digital_Assets_as_Security.pdf. Acesso em: 06 out. 2022.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil – Contratos, Teoria Geral e Contratos em Espécie**. 4ª ed. Salvador: Juspodivm, 2014a.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil – Direitos Reais**. 10ª ed. Salvador: Juspodivm. 2014b.

FIFA 21. Regras do EA Sports FIFA para saber e seguir. [S. l.] 2021. Disponível em: <https://help.ea.com/br/help/fifa/fifa-rules/> Acesso em: 17 jul. 2021.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. **Brasil tem 424 milhões de dispositivos digitais em uso, revela a 31ª Pesquisa Anual do FGVcia**. Rio de Janeiro: FGV, 8 jun. 2020. Disponível em: <https://portal.fgv.br/noticias/brasil-tem-424-milhoes-dispositivos-digitais-uso-revela-31a-pesquisa-anual-fgvcia>. Acesso em: 24 ago. 2021

GAGLIANO, Pablo Stolze.; FILHO, Rodolfo Mário Veiga P. **Novo curso de direito civil 5: direitos reais**. 3 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 21. ed. rev. e atual. / por Luiz Edson Fachin. – Rio de Janeiro: Forense, 2012.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. coordenador e atualizador Edvaldo Brito; atualizadora Reginalda Paranhos de Brito. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GRIFE lança tênis virtual a R\$ 70 para usar só como 'filtro' em imagens na internet e nas redes. **Extra Globo**, [Rio de Janeiro], 28 abr. 2021. Disponível em: <https://extra.globo.com/mulher/grife-lanca-tenis-virtual-r-70-para-usar-so-como-filtro-em-imagens-na-internet-nas-redes-24992191.html>. Acesso em: 04 mar. 2022.

GRINOVER, Ada Pellegrini.; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos E.; MARQUES, Cláudia Lima; et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. Comentado pelos autores do Anteprojeto do CDC e da Lei do Superendividamento. Rio de Janeiro: Forense, 2022. *E-book*.

HANNIBAL, Betsy Simmons. **The revised uniform fiduciary access to digital assets act (RUFADAA)**. [S. l.] NOLO. 2022. Disponível em: <https://www.nolo.com/legal-encyclopedia/ufadaa.html> Acesso em: 31 ago 2022

HONORATO, Gabriel; LEAL, Livia Teixeira. Exploração econômica de perfis de pessoas falecidas: reflexões jurídicas a partir do caso Gugu Liberato. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 23, p. 155-173, jan./mar. 2020.

INSTAGRAM. **Termos de uso**. [S. l.]: Instagram, 2021. Disponível em: <https://pt-br.facebook.com/help/instagram/581066165581870>. Acesso em: 20 maio. 2021

KLEE, Antônia Espíndola Longoni. **A formação do vínculo no contrato eletrônico e a proteção do consumidor**. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008.

LACERDA, Bruno Torquato Zampier. **A tutela dos bens tecnodigitais: possíveis destinos frente à incapacidade e morte do usuário**. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016.

LACERDA, Bruno Torquato Zampier. **Bens digitais: cybercultura, redes sociais, e-mails, músicas, livros, milhas aéreas, moedas virtuais**. 2. ed. Indaiatuba, SP: Editora Foco. 2021. *E-book*.

LACERDA, Bruno Torquato Zampier. **Estatuto jurídico da inteligência artificial: entre categorias e conceitos, a busca por marcos regulatórios**. 2022. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2022

LEAL, Livia Teixeira. Internet e morte do usuário: a necessária superação do paradigma da herança digital. **Revista Brasileira de Direito Civil - RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 16, p. 181-197, abr./jun. 2018.

LIMA, Taisa Maria Macena de; BARBOSA, Eduardo Henrique de Oliveira; ALENCAR, Maria Clara Souza. A era das criptomoedas e o Direito Sucessório: reflexos na (in) transmissibilidade do patrimônio. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 25, n. 3, p. 49-70, nov. 2021.

LOPES, Alex. Como surgiram os programas de milhagem? In: LOPES, Alex. **Todos os caminhos. Inspirando viagens**. São Paulo, 10 fev. 2021. Disponível em: <https://todososcaminhos.com/como-surgiram-os-programas-de-milhagem/> Acesso em: 16 mar 2023

LOSSO, Fábio Malina. **Os direitos autorais no mercado da música**. 2008. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

MAGALHÃES, Thásia da Silva Oliveira. **A criação no ciberespaço e as licenças autorais alternativas**. 2008. Dissertação (Mestrado em Tecnologias da Inteligência e Design Digital) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008.

MANGO, Carolina Mattioli Martino; GARLA FILHO, Celso. **A aceitação da herança digital no Brasil e no mundo**. Lee, Brock, Camargo Advogados. 1 jul 2020. Disponível em: <https://lbca.com.br/a-aceitacao-da-heranca-digital-no-brasil-e-no-mundo/> Acesso em: 10 nov. 2022

MANKIOW, Nicholas Gregory. **Princípios de microeconomia**: tradução da 6ª edição norte-americana. 3. ed. São Paulo: Cengage Learning Brasil, 2017. *E-book*.

MARÇAL FILHO. **Projeto de Lei nº 4847/2012**. Acrescenta o Capítulo II-A e os arts. 1.797-A a 1.797-C à Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília: Câmara dos Deputados, 2012. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=563396> Acesso em: 10 set 2022

MARQUES, Claudia Lima. A proteção do consumidor no comércio eletrônico e a chamada nova crise do contrato: por um direito do consumidor aprofundado. **Revista de Direito do Consumidor**. Vol 57 p. 9-59 Jan – Mar 2006

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARTINS, Bruno. Comprar coins no Fifa 22: entenda risco até de banimento. **Globo**, 05 dez. 2021. Disponível em: <https://ge.globo.com/esports/fifa/noticia/comprar-coins-no-fifa-22-entenda-risco-ate-de-banimento.ghtml> Acesso em: 14 nov. 2022

MAXMILAS. **Termos e Condições Gerais da MaxMilhas**. [S. l.] MaxMilhas, 2021. Disponível em: <https://www.maxmilhas.com.br/terms/client-register> Acesso em: 14 jan. 2022.

MELLO, Jorginho. **Projeto de Lei nº 4099/2012**. Altera o art. 1.788 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que "institui o Código Civil". Brasília: Câmara dos Deputados, 2012. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=548678>. Acesso em: 10 set. 2022

MELLO, Jorginho. **Projeto de Lei nº 6468/2019**. Altera o art. 1.788 da Lei n.º10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o Código Civil, para dispor sobre a sucessão dos bens e contas digitais do autor da herança. Brasília: Senado Federal, 2019. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/140239> Acesso em: 12 set. 2022

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico - Plano da Validade**. 16 ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2022.

MENDES, Laura Schertel Ferreira; FRITZ, Karina Nunes. Case Report: Corte alemã reconhece a transmissibilidade da herança digital. **RDU**, Porto Alegre, v. 15, n. 85, p. 188-211, 2019

MIGALHAS. **Fittipaldi tem milhas aéreas penhoradas para pagamento de dívida**. 3 de abr. de 2023 Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/384196/fittipaldi-tem-milhas-areas-penhoradas-para-pagamento-de-divida> Acesso em: 7 de abr. 2023

MIRAGEM, Bruno. Princípio da vulnerabilidade: perspectiva atual e funções no Direito do

Consumidor contemporâneo. *In*: MIRAGEM, Bruno; MARQUES, Cláudia Lima; MAGALHÃES, Lucia Ancona Lopez de. (orgs). **Direito do consumidor**: 30 anos de CDC. Rio de Janeiro: Forense, 2021. Cap. 8, p. 243-268

NASCIMENTO, Alfredo. **Projeto de Lei nº 7742/2017**. Acrescenta o art. 10-A à Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet), a fim de dispor sobre a destinação das contas de aplicações de internet após a morte de seu titular. Brasília: Câmara dos Deputados, 2017. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2139508> Acesso em: 11 set. 2022

NELSON, Sharon D.; SIMEK, John W. **When you die, will your digital assets go to hell?** 2016

NEVARES, Ana Luiza. **Testamento virtual**: ponderações sobre a herança digital e o futuro do testamento. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 10, n. 1, 2021. Disponível em: <<http://civilistica.com/testamento-virtual/>>. Acesso em: 10 de maio de 2022

NICOCELI, Artur. **NFTs comprados por Neymar por R\$ 6 milhões em janeiro hoje valem cerca de R\$ 1 milhão**. São Paulo, 2022. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/economia/nfts-comprados-por-neymar-por-r-6-milhoes-em-janeiro-hoje-valem-cerca-de-r-1-milhao/> Acesso em 25 mar. 2023.

OKTOPLUS. Comprar e vender milhas: é permitido comprar milhas de outras pessoas ou vender minhas milhas a terceiros? *In*: OKTOPLUS. **Escola de milhas**. [S. l.], 30 out. 2015. Disponível em: <https://blog.oktoplus.com.br/comprar-e-vender-milhas-e-permitido-comprar-milhas-de-outras-pessoas-ou-vender-minhas-milhas-a-terceiros/>. Acesso em: 19 nov. 2022.

OLIVEIRA, Thiago Barcik Lucas de; BULZICO, Bianca Amorim. **HERANÇA DIGITAL: o direito sucessório como norte legislativo à transmissão mortis causa de dados remanescentes**. *In*: VASCONCELOS, Adaylson Wagner Sousa de (org.). **Conhecimento, experiência e empatia**: a envoltura do Direito 2. Ponta Grossa: Atena, 2021. Capítulo 8, p. 72-82

O QUE são milhas aéreas e como utilizá-las para comprar passagens? [S. l.]: I Love trip, [202-] Disponível em: <https://ilovetrip.com.br/o-que-sao-milhas-aereas-comprar-passagens/> Acesso em: 25 ago. 2021

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração universal dos direitos humanos**. Paris: ONU, 1948. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em: 18 nov. 2022.

PAIXÃO, Marcelo Barros Falcão da. **Contratos eletrônicos de consumo**: os novos paradigmas da teoria contratual e a proteção do consumidor. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2019.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**: introdução ao direito civil: teoria geral de direito civil, volume I. 33 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**: teoria geral das obrigações, volume II. 33 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; RENZETTI, Bruno Polonio. Big Data entre três microsistemas jurídicos: consumidor, privacidade e concorrência. *In*: Caio Mário da Silva Pereira Neto (organização). **Defesa da concorrência em plataformas digitais**. São Paulo : FGV Direito SP, 2020. P. 84-118.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao Direito Civil Constitucional. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PIMENTA, Eduardo Goulart. **Direito do mercado financeiro e de crédito**. 2. ed. Belo Horizonte: Expert Editora, 2023a. Disponível em: <https://experteditora.com.br/wp-content/uploads/2023/02/Direito-do-Mercado-Financeiro-e-de-Credito.pdf>. Acesso em: 16 mar. 2023

PIMENTA, Eduardo Goulart. Direito societário [livro eletrônico]. 4. ed. Belo Horizonte Ed. Do Autor, 2020. Disponível em: experteditora.com.br

PIMENTA, Eduardo Goulart. **Estrutura jurídica da empresa na era digital**. 3. ed. Belo Horizonte: Expert Editora, 2023b. Disponível em: <https://experteditora.com.br/wp-content/uploads/2023/02/Estrutura-juridica-2023-1.pdf>. Acesso em: 16 mar. 2023

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito digital**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito digital**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

POLI, Leonardo Macedo. **Direito autoral**: parte geral. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot; SILVA, Lucas Sávio Oliveira da. Contratos internacionais eletrônicos e o direito brasileiro: entre a insuficiência normativa doméstica e as soluções globais. **Revista Sequência**, Florianópolis, n 75, p. 157-188, abr. 2017.

POMPEU, Renata Guimarães. **O exercício dialógico da autonomia privada como expressão da concidadania**: por uma visão crítico-reconstrutiva da relação jurídica contratual. 2012. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2012.

ROSA JUNIOR, Luiz Emygdio Franco da. **Títulos de crédito**. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das coisas**. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021

SAMPAIO, José Adércio Leite; FURBINO, Meire; MENDIETA, David. A declaração universal dos Direitos Humanos nos espaços digitais: uma necessidade em tempos cibernéticos. **Revista Jurídica**, Curitiba, 2020, n 61, p. 30-69, Out-Dez 2020.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça (Comarca São Paulo). **Apelação nº 1025172-30.2014.8.26.0100**. Relator: Des. Fábio Tabosa. 2 ago 2017. São Paulo: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Disponível em: <http://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/resultadoCompleta.do;jsessionid=9A3662984DD2AFD06CF101AE31EBEA57.cjsj1> Acesso em: 3 de jun. 2022

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça (Comarca São Paulo). **Despacho. Processo de nº 1008249-02.2014.8.26.0011** Execução de Título Extrajudicial. Comarca de São Paulo. Juiz(a)

de Direito: Dr(a). Paulo Baccarat Filho. 16 mar. 2023. São Paulo: Tribunal de Justiça de São Paulo, 2023. Disponível em:
https://www.migalhas.com.br/arquivos/2023/4/B089671A9F07D8_milhasfittipalditjsp.pdf
 Acesso em: 7 abr. 2023

SILVA, Rodrigo Otávio Cruz e. **Os direitos autorais como fator de desenvolvimento da economia criativa**. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2013.

SMILES. **Regulamento do programa Smiles**. São Paulo: Gol Linhas Aéreas, [2021]. Disponível em: <https://www.smiles.com.br/regulamento-do-programa-smiles-01>. Acesso em: 14 jan. 2022

SOARES, Sávio de Aguiar. **Tutela dos direitos de autor no paradigma tecnodigital: desafios teóricos diante da proposta hermenêutica juscivilística contemporânea**. 2012. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2012.

SOUSA, Marcos Rogério. **A reprodução digital de obras literárias e seus reflexos no direito de autor**. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

SOUSA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de Direito Econômico**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2005.

SPOTIFY. **Diretrizes do Usuário do Spotify**. [S. l.]: Spotify, 2022. Disponível em: <https://www.spotify.com/br/legal/user-guidelines/> Acesso em: 23 jun. 2022

TARTUCE, Flávio. **Herança digital e sucessão legítima: primeiras reflexões**. Belo Horizonte: IBDFAM, 27 set. 2018. Disponível em:
<https://ibdfam.org.br/artigos/1301/Heran%c3%a7a+digital+e+sucess%c3%a3o+leg%c3%adtma+++Primeiras+reflex%c3%b5es>. Acesso em: 20 jun. 2022.

VAZ, Elias. **Projeto de Lei nº 5820/2019**. Dá nova redação ao art. 1.881 da Lei nº 10.406, de 2002, que institui o Código Civil. Brasília: Câmara dos Deputados, 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2228037>
 Acesso em: 12 set. 2022

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito das sucessões**. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2017.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; POLI, Leonardo Macedo. O direito autoral no ciberespaço: a utilização autorizada e não autorizada de obras alheias. In: NETTO, Felipe Peixoto Braga; SILVA, Michael César (orgs). **Direito privado e contemporaneidade: desafios e perspectivas do direito privado no século XXI**. Belo Horizonte: D'Placido, 2014 p. 307-335

YOUTUBE BR. Termos de serviço. [S. l.]: YouTube, 2021. Disponível em: <https://www.youtube.com/t/terms?preview=20220105>. Acesso em: 7 dez. 2021.

WARREN. **NFT: o que é, onde comprar e como criar? Tudo que você precisa saber**. [S. l.]: Warren, 2022. Disponível em:
<https://warren.com.br/magazine/nft/#:~:text=Por%20enquanto%2C%20comprar%20um%20N>

FT, compra%20e%20venda%20de%20NFTs. Acesso em: 04 abr. 2023

WHOW. **Skins para games**: como a moda está aproveitando a tendência. São Paulo: WHOW, 11 maio 2021. Disponível em: <https://www.whow.com.br/skins-para-games-como-a-moda-esta-aproveitando-a-tendencia/>. Acesso em: 29 ago. 2022.