

A exaustão de direitos autorais e a compra de bens intangíveis: notas sobre os desafios impostos à propriedade na era digital

Roberta Mauro Medina MAIA*

RESUMO: O presente artigo visa expor o quanto os avanços tecnológicos vêm impondo desafios ao direito de propriedade e seus fundamentos, fruto de evolução milenar. Nesse contexto, o papel de instrumento de proteção da pessoa e direito fundamental de primeira geração originalmente desempenhado pelo direito de propriedade será recordado. Por fim, na era do “feudalismo digital”, a exaustão de direitos autorais deve ser considerada um importante mecanismo de proteção dos adquirentes de bens digitais.

PALAVRAS-CHAVE: Propriedade; bens digitais; feudalismo digital; exaustão de direitos autorais; efeitos da tradição e efeitos do *download*.

SUMÁRIO: 1. Introdução; – 2. O direito de propriedade na era digital: remédio ou veneno?; – 3. Licenciamento não é vender: a volta dos senhores feudais; – 4. A exaustão de direitos autorais como mecanismo de proteção de consumidores de bens digitais; – 5. Notas conclusivas; – Referências.

TITLE: *First Sale Doctrine and the Acquisition of Digital Assets: Notes on the Challenges Imposed on Property in the Digital Era*

ABSTRACT: *This article aims to showcase how technological development has been challenging property and its foundations, which result from millennial evolution. In this context, it is necessary to remember property's original role: an instrument of individual protection and a first generation's fundamental right. Finally, in digital feudalism era, first sale doctrine shall be considered as an important mechanism of protection for those who acquire digital assets.*

KEYWORDS: *Property; digital assets; digital feudalism; first sale doctrine; material handover's effects and download's effects.*

CONTENTS: *1. Introduction; – 2. Property in digital era: medicine or poison?; – 3. Licensing isn't selling: the return of feudal lords; – 4. First sale doctrine as a mechanism to protect consumers of digital assets; – 5. Conclusion; – References.*

1. Introdução

Nos primeiros anos de expansão do uso da internet, ganhou força, nos EUA, a ideia de comparar esse novo “território” ao Velho Oeste americano: uma terra sem lei, a qual deveria ser livremente ocupada por pioneiros em sua exploração.¹ Conhecida em sede doutrinária como “Western Frontier Metaphor”, tal perspectiva envolve a defesa de regulação mínima no ciberespaço, a qual, a exemplo da expansão territorial do Velho

* Mestre e Doutora em Direito Civil pela UERJ. Professora dos cursos de Graduação e Pós-Graduação *stricto sensu* da PUC-Rio. Advogada com capacitação em Negociação pela Universidade de Harvard e em Mediação pelas Universidades de Harvard, Pepperdine e pelo Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem (CBMA).

¹ YEN, Alfred C. Western Frontier or Feudal Society?: Metaphors and perceptions in the Cyberspace. *Berkeley Technology Law Journal*, vol. 17, n. 4, p. 1.208.

Oeste, traria merecida prosperidade aos que primeiro se dispusessem a desbravá-lo.²

Em meio a tal contexto evolutivo, tornou-se célebre a proposta feita em 2007 por Steve Jobs, então presidente da Apple Inc.: “Vamos inventar o amanhã ao invés de nos preocuparmos com o ontem”.³ Todavia, por mais paradoxal que possa parecer, essa invenção do amanhã tem se desenrolado com base no exercício da autonomia privada à máxima potência por desbravadores do espaço virtual, os quais, ao idealizarem novos bens, atrelados a modelos negociais inovadores, aproveitam-se da lentidão legislativa para, na seara jurídica, darem margem a retrocessos, e não progresso.

Nesse sentido, como será oportunamente demonstrado, alguns autores vêm alertando para a retomada de práticas, tanto na seara contratual quanto na proprietária, que remetem ao feudalismo, período no qual estruturas estatais enfraquecidas permitiam a ascensão desmedida de poderosos senhores feudais.⁴ Atualmente, a imposição de contratos de adesão por plataformas digitais, no melhor estilo “pegar ou largar”, serve de exemplo da retomada da enorme assimetria existente entre servos e senhores feudais quando “negociavam” a ocupação das terras ofertadas pelos últimos.⁵

Em tal cenário, o presente artigo se destina a demonstrar o impacto provocado no direito de propriedade por essas novas tecnologias, considerando a legislação brasileira em vigor. Como se verá a seguir, enquanto alguns celebram o advento da era dos utentes, na qual a propriedade se tornaria aparentemente desnecessária, outros alertam para o fato de que o acesso ao chamado bem digital é, na verdade, controlado por poucos conglomerados empresariais, ignorando o sentido histórico do direito de propriedade como esfera patrimonial mínima do indivíduo e instrumento de inclusão social.

Partindo de tais premissas, o primeiro tópico destina-se a rememorar a função e a estrutura do direito de propriedade partindo de seu histórico evolutivo, enquanto o segundo revela o quanto o instituto tem tido sua integridade legal ameaçada por força de disposições contidas em Termos e Condições de Uso propostos por plataformas que ofertam bens digitais à compra. Por fim, diante do flagrante risco de amputação do conteúdo típico do direito de propriedade, o último tópico se destina a analisar as consequências jurídicas do *download*, diante da legislação civil em vigor no país,

² Idem, p. 1.217.

³ A frase é citada por ACEMOGLU, Daron e JOHNSON, Simon. *Power and Progress*. New York: Public Affairs, 2023, p. 12.

⁴ YEN, Alfred C. Ob. Cit., pp. 1.243 e ss.

⁵ Idem, p. 1.254.

expondo a exaustão de direitos autorais como relevante mecanismo de proteção do adquirente de bens digitais.

2. O direito de propriedade na era digital: remédio ou veneno?

Em 1999, quando a internet se consolidava sem que seus usuários tivessem a exata noção de todas as suas potencialidades, Shawn Fanning, um jovem de dezessete anos, teve a ideia de desenvolver uma rede de computadores capaz de compartilhar arquivos entre si. Após associar-se a Sean Parker, outro adolescente, Shawn desenvolveu o Napster, *software* que, após pouco mais de três meses de funcionamento, já fornecia acesso a quatro milhões de músicas, contando mais de vinte milhões de instalações em computadores ao redor do mundo.⁶

Não tardou para que artistas e fãs fossem colocados em lados opostos: enquanto os usuários do Napster estavam gostando da ideia de aumentar suas bibliotecas de música digital sem pagar nada, Lars Ulrich, baterista do Metallica – recordista de público em turnês nos anos 1990 –, capitaneou a iniciativa da banda de ajuizar uma ação contra o Napster em 2000, “alegando violação de direitos autorais, extorsão e uso ilegal de dispositivos de interface de áudio”.⁷ No intuito de justificar sua decisão para o público, o Metallica emitiu nota com os seguintes esclarecimentos:

Em cada projeto, passamos por um cansativo processo criativo para termos as músicas que consideramos representar o Metallica em cada momento de nossas vidas. Levamos nossa arte – seja nossa música, os versos ou nossas fotos e ilustrações – bem a sério, como a maioria dos artistas.

Dessa forma, é revoltante para nós sabermos que nossa arte esteja sendo trocada como uma *commodity*. Do ponto de vista de negócio, é sobre pirataria – pegar para você algo que não te pertence. E isso é moralmente e legalmente errado. Negociar tais informações – sejam elas músicas, vídeos, fotos ou qualquer outra coisa – é, em efeito, negociar bens roubados.⁸

É interessante notar que, no intuito de permitir a compreensão do público acerca do fato de que arquivos musicais eram bens alheios, sendo o seu compartilhamento sem autorização equivalente a um “furto”, o comunicado emitido pelo Metallica aludia a

⁶ RIBEIRO, Felipe. *Napster completa 20 anos; relembre a história do polêmico programa de computador*. Disponível em: canaltech.com.br/software/napster-completa-20-anos-relembre-a-historia-do-polemico-programa-de-downloads-140761/. Acesso em 02.10.2023.

⁷ Idem, *ibidem*.

⁸ IKEDA, Augusto. *A história completa de quando o Metallica processou o Napster*. Disponível em: igormiranda.com.br/2023/04/metallica-napster-historia/. Acesso em 02.10.2023.

commodities, ou seja: mercadorias físicas. Assim, naquele momento tão desafiador para os direitos autorais, era evidente a falta de consciência das pessoas em relação à possibilidade de bens intangíveis também serem objeto de usurpação: nada muito diferente do furto de um livro de dentro da biblioteca ou da subtração de um CD musical exibido numa prateleira de uma loja qualquer, conduta que muito provavelmente poucos usuários do Napster adotariam.

Edificando uma das primeiras pontes necessárias à transposição da tutela dos direitos autorais ao que poderia ser compartilhado via internet, a juíza Marilyn Patel, da Corte Federal Distrital de São Francisco, na Califórnia, concedeu medida liminar contra o Napster, impedindo que os usuários compartilhassem arquivos musicais gratuitamente.⁹ Na sequência, em 2001, a Corte de Apelação do Nono Circuito entendeu que o compartilhamento de arquivos por meio da tecnologia *peer-to-peer* caracterizava o Napster como agente facilitador da infração de direitos autorais,¹⁰ impedindo a continuidade do serviço nos moldes então disponíveis.

Para além de inaugurar a “era do *streaming*”, forçando a indústria fonográfica a entender que o compartilhamento de arquivos musicais era um caminho sem volta, o episódio serviu, talvez, para fazer com que os detentores de direitos autorais se cercassem de cuidados de maneira bastante expressiva, ditando os rumos dos Termos e Condições de Uso de plataformas que, ao longo da evolução da internet, consolidaram-se como fornecedoras de “produtos”¹¹ hoje identificados como bens digitais.¹²

Se, ao tempo do Napster, o Metallica precisou aludir à ideia de usurpação de mercadorias físicas no intuito de arrefecer a paixão pública pelo então inédito sistema *peer-to-peer*, convertendo-o de herói a vilão, hoje, os consumidores, diante de intrincados Termos e Condições de Uso, parecem incapazes de compreender se o que lhes é apresentado como uma “compra” lhes transferirá propriedade equivalente à de bens físicos.

⁹ A decisão foi proferida em ação judicial movida pela indústria fonográfica. Histórico disponível em: <https://www.nytimes.com/>. Acesso em 02.10.2023.

¹⁰ *A & M Records, Inc. v. Napster*, 239 F.3d 1004 (2001). Disponível em: onlinelaw.wustl.edu/blog/case-study-am-records-inc-v-napster-inc/. Acesso em 02.10.2023.

¹¹ As plataformas digitais são, atualmente, as “chaves de acesso ao mercado digital” (nesse sentido, v. CAVACEPPI, Cecilia. *La tutela dei consumatori delle piattaforme digitali*. In: CONTALDO, Alfonso e STAZI, Guido. *Profili giuridici e tecnologici nel nuovo ecosistema*. Pisa: Pacini Giuridica, 2021, p. 157).

¹² Bens digitais são aqueles que, tendo origem informática ou sendo inicialmente gerados em forma material e tangível, são convertidos em arquivos digitais e de tal forma conservados. Nesse sentido, v. MASTROBERARDINO, Francesco. *Il patrimonio digitale*. Napoli: ESI, 2019, p. 126.

Portanto, em que pese a indiscutível necessidade de se proteger direitos autorais na era digital, a desmaterialização dos bens proporcionada por avanços tecnológicos parece expor a risco atributos do direito de propriedade que correspondem ao resultado de evolução histórica milenar. Considerando-se a forma por meio da qual foi positivada na Declaração dos Direitos do Homem e na Constituição dos Estados Unidos de 1776, tinha-se, naquele momento, uma reinterpretação do instituto, que, assumindo um viés constitucionalizado,¹³ representava direito fundamental de primeira geração.¹⁴

A intenção legislativa, à época, era a de conferir aos cidadãos, de maneira universal e generalizada, uma esfera mínima de individualidade, em sentido patrimonial. Conseqüentemente, foi nesse sentido que a revolução americana e a francesa estabeleceram o estatuto moderno do direito de propriedade.¹⁵ Partindo de tais bases teóricas, o Código Civil Francês, no entanto, acabou consagrando-o como um direito absoluto, um poder máximo de exclusão, retirando de qualquer pessoa que não o proprietário os direitos de uso, gozo ou disposição sobre a coisa.

Tal concepção egoística do instituto, a qual parecia transformá-lo na única régua capaz de medir o mundo,¹⁶ revelava a necessidade de simplificar o estatuto proprietário, facilitando a livre disponibilidade dos direitos que o compõem. A propriedade originalmente cristalizada nos Códigos Civis modernos rompia, portanto, com o modelo medieval, complexo e composto: “tantos poderes autônomos e imediatos sobre a coisa, diversos em qualidade segundo as dimensões da coisa que os provocou e legitimou, cada um dos quais encarna um conteúdo proprietário, um domínio (o útil e o direto)”.¹⁷

Assim, para além da necessidade de se conferir uma esfera mínima de individualidade, em sentido patrimonial, por meio da exclusão de qualquer terceiro acerca do poder de decidir sobre o uso, gozo e disposição do objeto da propriedade, a visão do instituto desenvolvida ao longo do processo de codificação das leis civis apresentava também certo viés prático: destinava-se a romper com o “excesso de propriedade” propiciado pelo

¹³ Nesse sentido, v. RODOTÀ, Stefano. *Il terribile diritto – Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*. Milano: Il Mulino, 2013, p. 10.

¹⁴ Na lição de Salvatore Pugliatti, o direito de propriedade costuma evoluir por meio de mutações lentas ou de rupturas bruscas, conduzindo a humanidade da servidão à terra e o feudalismo à Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (PUGLIATTI, Salvatore. *La proprietà e le proprietà (com riguardo particolare alla proprietà terriera)*. In: PUGLIATTI, Salvatore (Org.). *La proprietà nel nuovo diritto*. Milano: Giuffrè, 1954, p. 147).

¹⁵ RODOTÀ, Stefano. *Il terribile diritto*, Ob. Cit., p. 11.

¹⁶ *Ibidem*, p. 12.

¹⁷ GROSSI, Paolo. *História da propriedade e outros ensaios*. Renovar: Rio de Janeiro, 2006, p. 66.

antigo modelo feudal, no qual a multiplicidade de detentores de direitos incidentes sobre a terra tornava sua utilização complexa e antieconômica.¹⁸

Ao longo do século XX, a percepção de que a propriedade idealizada com base em um modelo exclusivo e excludente a transformava em agente de desigualdade e injustiça social fez com que o instituto fosse paulatina e legislativamente posto a serviço da persecução de objetivos consagrados nas Constituições modernas, tais como a solidariedade social e a erradicação da pobreza.

Em viés funcionalizado à promoção de tais premissas axiológicas, o estatuto proprietário se torna dúplice, deixando de ser um poder de exclusão e transformando-se no direito de não ser excluído do acesso aos bens.¹⁹ Há, portanto, dois vieses antagônicos a serem acomodados entre si ao longo do exercício do direito de propriedade: um excludente, apto a permitir o controle do uso, gozo e disposição dos bens por terceiros não-proprietários, e outro de acesso, o qual deve transformá-la em direito efetivamente universal, em oposição à visão histórica da propriedade como privilégio de poucos.

Relativamente a esse último aspecto, é importante considerar que se manifesta, também, por meio da proteção de situações jurídicas não-proprietárias, as quais, na lição de Gustavo Tepedino, correspondem a situações jurídicas de terceiros, merecedoras de especial tutela, cuja promoção afeta o exercício da propriedade alheia. São exemplos citados pelo autor o meio-ambiente sadio e o direito do consumidor.²⁰

Atualmente, o viés de acesso aos bens está sendo posto a prova de novas formas diante dos avanços tecnológicos experimentados a partir do advento da internet. Considerando-se que a propriedade foi historicamente idealizada para abarcar os bens então disponíveis – coisas corpóreas –, a sua progressiva desmaterialização e virtualização impõe a assimilação, em sede legislativa, de diversificações proprietárias decorrentes da ampla variedade de objetos, antes inexistentes, que o instituto hoje deve ser capaz de abranger.²¹

¹⁸ Para a análise de exemplos do chamado “excesso de propriedade”, v. HELLER, Michael. *Gridlock economy – How too much ownership wrecks markets, stops innovation and costs lives*. New York: Basic Books, 2008, pp. xiv e ss.

¹⁹ RODOTÀ, Stefano. *Il terribile diritto*, cit., p. 17. Na lição do autor, trata-se de dúplice estatuto por comportar um viés de garantia – no sentido de assegurar-se ao proprietário o direito de não ser excluído do uso, gozo e disposição – e um viés de acesso, por ser o instituto visto como mecanismo de aquisição patrimonial.

²⁰ TEPEDINO, Gustavo. Contornos Constitucionais da Propriedade Privada. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1991, p. 291.

²¹ GROSSI, Paolo. *História da propriedade*, cit., p. 52.

Além disso, desempenhando hoje a função precípua de assegurar acesso aos bens indispensáveis ao resguardo de um mínimo existencial a cada indivíduo – substrato material da dignidade da pessoa humana –, a propriedade não pode mais ser definida exclusivamente como um direito patrimonial, caracterizando instrumento a serviço da promoção da personalidade em seus mais variados traços.²²

Diante de tal cenário, não é de se estranhar, portanto, que a concepção moderna do direito à privacidade tenha partido da inviolabilidade do domicílio,²³ exemplificando o progressivo entrelaçamento entre o “meu” e o “mim”.²⁴ Em tal contexto, quando Daniel Ek, fundador do Spotify, afirma que “o direito de acesso é o futuro, e não a propriedade”,²⁵ as reflexões que se impõem são: Seria possível apartá-los definitivamente? E, em caso de resposta positiva à primeira pergunta, a prevalecer o modelo proposto pelas plataformas que hoje ofertam bens digitais – seja por meio de compra ou não –, a quem cabe decidir acerca da manutenção do direito de acesso?

Conforme será exposto no próximo tópico, alguém sempre será o proprietário de tudo aquilo a que se atribui a condição de bem, a qual, em termos patrimoniais, representa recurso escasso e passível de ser disputado. Seja criticada ou celebrada, tratada como remédio ou veneno, a propriedade sempre será, em termos funcionais, um instrumento de regulação de relações de poder, eventualmente contrapostas, incidentes sobre bens finitos. Partindo-se de tais premissas, resta saber se os arquivos pessoais, as músicas, os livros e a arte, de modo geral, sempre tão ligados à personalidade humana, serão de fato acessíveis, acaso persista o modelo hoje imposto por plataformas digitais.

3. Licenciar não é vender: a volta dos senhores feudais

Em 2019, a Huawei, gigante chinesa do setor de tecnologia, decidiu transferir a gestão dos contratos de seus usuários para uma filial sediada na Irlanda.²⁶ Caso o consumidor não concordasse com a mudança nas bases contratuais impostas pela companhia, todas as informações atreladas à sua conta (ID Huawei), fossem relacionadas, exemplificativamente, ao *HiGame* ou ao serviço de armazenamento em nuvem (*cloud móvel*), seriam apagadas e se tornariam irre recuperáveis. Assim, por meio de um contrato

²² Nesse sentido, v. FACHIN. Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 251.

²³ RADIN, Margareth Jane. *Reinterpreting Property*. Chicago: Chicago University Press, 1993, p. 56.

²⁴ GROSSI, Paolo. *História da propriedade*, cit., p. 70.

²⁵ Entrevista em fortune.com/2011/07/21/spotify-ceo-music-access-not-ownership-is-the-future/. Acesso em 03.10.2023.

²⁶ CEREZO, Alberto Hidalgo. *Propriedad y patrimonio en el medio digital*. Pamplona: Editorial Arazandi, 2021, p. 560.

de adesão, conforme observado por Alberto Cerezo, a referida empresa impunha a destruição de bens que não lhe pertenciam, tais como fotos, vídeos ou documentos armazenados em base digital.²⁷

A hipótese ajuda a demonstrar o quanto a ausência de previsão legal específica acerca da propriedade de bens digitais e a excessiva contratualização das relações travadas entre os usuários e controladores das plataformas vêm contribuindo para um cenário de enorme assimetria entre as partes. Na lição de Margareth Radin, o direito posto tem dado lugar ao direito proposto por escritórios de advocacia, impondo aos usuários das plataformas que seus direitos sejam “deletados” sem que haja verdadeiro consentimento para tanto.²⁸

Não há, em termos e condições de uso, ou em *End User License Agreements* (EULAs), efetivo “processo de negociação que resulte em barganha satisfatória a ambas”.²⁹ Por tal motivo, mesmo quando o que se oferta ao consumidor é descrito como uma “compra”, as licenças e contratos limitam extraordinariamente as capacidades de fruir e dispor livremente do ativo digital.³⁰

Diante disso, os estudiosos do tema vêm empregando a expressão “feudalismo digital”³¹ no intuito de explicar o cenário de retrocesso relativamente à tutela proprietária: refletindo sistema socioeconômico e político no qual as sociedades medievais se baseavam, o feudalismo dividia o domínio das terras, maior fonte de riqueza de então, entre o domínio iminente, exercido pelo senhor feudal, e o domínio útil, atribuído aos vassallos.³²

Por força da ampla autonomia da vontade então exercida na esfera dos direitos reais, a propriedade era excessivamente contratualizada, dificultando não apenas o seu exercício, mas também o seu conceito: somente a partir da inclusão de um rol fechado de direitos reais (*numerus clausus*) no Código Napoleônico, com o conseqüente fornecimento, pelo legislador, das características típicas atreladas a cada uma das figuras ali previstas, restou claro que o direito de propriedade deve atribuir ao proprietário o exercício pleno e exclusivo dos direitos de uso, gozo e disposição incidentes sobre um

²⁷ Idem, pp. 560-561.

²⁸ RADIN, Margareth Jane. *Boilerplate – the fine print, vanishing rights and the rule of law*. Princeton: Princeton University Press, 2013, p. 19.

²⁹ Idem, p. 3.

³⁰ CERZO, Alberto Hidalgo. *Propriedad*, cit., p. 597.

³¹ Nesse sentido, v. FAIRFIELD, Joshua T. *Owned – Property, privacy and the new digital serfdom*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, pp. 3 e ss. e CERZO, Alberto Hidalgo. Ob. cit., pp. 597 e ss.

³² CERZO, Alberto Hidalgo. *Propriedad*, cit., p. 597.

bem.³³ Na ausência de um ou mais desses requisitos, ter-se-á figura diversa, não sendo possível definir tal relação como vínculo dominial.

O ponto comum entre essa realidade pretérita e a atual é que as plataformas controladoras do acesso aos bens digitais mudam as regras aplicáveis às relações travadas com seus clientes como bem entendem, assim como os antigos senhores feudais. No intuito de ilustrar tal assertiva, Alberto Hidalgo cita como exemplo sistemas de “licenças perpétuas”, as quais invocariam filosofia própria do sistema feudal, relativamente ao direito de propriedade:³⁴ diz-se haver efetiva alienação ao consumidor, quando de fato não há. A adoção de tais mecanismos como diretriz contratual revelaria verdadeira réplica do modelo feudalista em pleno século XXI, impondo limitações ao uso e gozo de bens ofertados à compra em virtude, por exemplo, da troca de sistemas operacionais.³⁵

Por tal motivo, ainda segundo o mesmo autor, a evolução histórica dos institutos jurídicos justificaria a oposição hoje feita à concepção fragmentada e invasiva da propriedade em base digital: se o progresso tecnológico não vier acompanhado de igual avanço na esfera jurídica, regredindo a modelos amplamente superados, não haverá efetivo progresso.³⁶

E para além da falta de regulação específica – a título de exemplo, o Código Civil brasileiro é silente a respeito da propriedade de bens intangíveis³⁷ – o estudo da aquisição de bens digitais e seus possíveis efeitos se mostra desafiador porque conforme a tecnologia foi evoluindo, novos modelos de atividade empresarial surgiram, criando bens com características e finalidades bastante diversas entre si. Assim, a categoria “bens digitais” envolve, hoje, ativos obtidos por meio de serviços dos mais variados, totalmente díspares em suas funções, tais como e-mails e tokens não fungíveis (*NFTs*).

Por isso, é difícil pensar numa disciplina única, sendo necessário, antes, compreender quais deles, com base em suas funcionalidades, são de fato passíveis de serem adquiridos, sendo objeto de efetiva relação proprietária. E antes de apartar o modelo

³³ Nesse sentido, seja-nos consentido remeter a MAIA, Roberta Mauro Medina. *Teoria Geral dos Direitos Reais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 108.

³⁴ CERZO, Alberto Hidalgo. *Propriedad*, cit., p. 598.

³⁵ *Ibidem*, p. 600.

³⁶ *Ibidem*, p. 606.

³⁷ O art. 5º, XXIX, da Constituição Federal brasileira, no entanto, prevê expressamente a propriedade das marcas. Como os bens digitais não são objeto de propriedade industrial para quem os adquire, mas somente para quem os cria, é forçoso admitir que há um cenário de vácuo legislativo relativamente a tal categoria de bens no Brasil.

adotado por plataformas de *streaming* daquele que envolve a alienação de efetivos exemplares – como ocorre com os *NFTs* de obras de arte – é importante ressaltar que a eventual falta de regulação não é inédita e menos ainda sinal de que a lei, em tempos de frenética evolução tecnológica, se tornou coisa do passado: é sempre importante lembrar da relevância histórica do direito consuetudinário, o qual serviu diversas vezes para demonstrar que os costumes correm mais depressa que a legislação. O que não significa, de modo algum, ausência completa de regras.

Ao contrário do que ocorre com as licenças para *download* de um bem digital, o *streaming* é modelo de negócio que não envolve a armazenagem permanente do conteúdo acessado pelo usuário do serviço.³⁸ A atividade envolve, portanto, a transmissão instantânea de conteúdo digital, “funcionando a partir da interação entre um *software* e uma base de dados onde conteúdos multimídia estão armazenados”.³⁹

Em tal hipótese, não há que se falar em aquisição da propriedade, pelo consumidor, do conteúdo digital disponibilizado porque o serviço em questão “promove o acesso a um determinado servidor, onde fica efetivamente armazenada a base de dados com todo o conteúdo multimídia oferecido aos usuários”.⁴⁰

Como exemplo de tal modelo, é possível citar a plataforma *Spotify*, que oferta conteúdo musical gratuita ou onerosamente por meio de assinaturas, informando aos consumidores, nos Termos e Condições de Uso a eles disponibilizados, que o “Serviço *Spotify* e o Conteúdo são propriedade do *Spotify* ou dos licenciados do *Spotify*”.⁴¹ O objeto do contrato envolve, portanto, a atribuição, por meio de assinatura do serviço, do direito de acessar e usar o conteúdo digital disponibilizado. Em seus Termos e Condições de Uso, a plataforma esclarece, ainda, que o conteúdo é acessado por meio de licenciamento, não sendo vendido ou transferido ao consumidor.⁴²

Há, no entanto, modelos mais complexos, que dificultam a adequada identificação do que está sendo de fato atribuído aos usuários por meio do serviço ofertado.⁴³ Tomando-

³⁸ AMORIM, Isabela V. Lobianco. *A rede contratual do streaming: uma análise da locação comercial no contexto de veiculação de obras audiovisuais e musicais em plataformas de streaming na internet*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2022, p. 18.

³⁹ *Idem*, p. 17.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 18.

⁴¹ Termos e Condições de Uso disponíveis em: www.spotify.com/br-pt/legal/end-user-agreement/#. Acesso em 18.10.2023.

⁴² *Idem* (v. Item 3 – Seu uso do Serviço Spotify).

⁴³ É importante esclarecer, nessa passagem, que a expressão “usuário” refere-se à pessoa a quem o serviço é prestado, enquanto a expressão “utente” deve ser empregada para identificar o titular de um direito de uso, seja por força de vínculo contratual ou em decorrência de um direito real, como a propriedade.

se como exemplo os “Termos e Condições de Uso dos serviços de mídia da Apple”, ali se estipula, no item “A” (“Introdução aos nossos serviços”), que os serviços Apple funcionam como veículo para “comprar, obter, licenciar, alugar ou assinar conteúdo”.⁴⁴

O emprego da expressão “comprar” induz o consumidor a crer que está de fato adquirindo a propriedade de certo bem, ainda que imaterial, por ser esse o efeito lógico de um contrato de compra e venda: com base no art. 481 do Código Civil, por meio de tal ajuste, um dos contratantes se obriga a *transferir o domínio de certa coisa*, e o outro a pagar-lhe certo preço em dinheiro.

Ao consumidor que opta por “comprar” um específico arquivo digital, os “Termos e Condições de uso dos serviços de mídia da Apple” esclarecem que “o Conteúdo adquirido permanecerá disponível para fazer download, novo download ou acessar através da Apple”.⁴⁵ No entanto, na sequência, o adquirente é informado sobre a possibilidade, embora remota, de, após sua compra, o conteúdo ser removido dos Serviços porque, exemplificativamente, “o provedor o removeu”. Diante de tal risco, a plataforma o orienta expressamente a “baixar todo o Conteúdo adquirido em um aparelho próprio e fazer o backup dele”.⁴⁶

Um aspecto de tal hipótese será analisado com maior riqueza de detalhes no último tópico deste artigo: ao baixar todo o conteúdo (*download*) e efetuar o seu *backup*, o adquirente está, em termos práticos, criando uma cópia (ou exemplar) do conteúdo digital previamente comprado.

Os bens digitais adquiridos ou acessados por meio de serviços de *streaming* são inconfundíveis com os *NFTs* (*non fungible tokens*⁴⁷), os quais representam nova tecnologia de titulação. Se, relativamente aos bens tangíveis, o registro nos assentamentos registrares serve como prova efetiva do direito de propriedade incidente sobre imóveis, os *NFTs* são, por sua vez, um conjunto de metadados (informação sobre a informação) que incluem uma *hash*, ou seja, um código capaz de identificar de modo unívoco o bem digital ao qual o *token* se refere.⁴⁸

⁴⁴ Disponível em: www.apple.com/legal/internet-services/itunes/br/terms.html. Acesso em 18.10.2023.

⁴⁵ Idem, v. Item E (Regras de Uso de Serviços e Conteúdo).

⁴⁶ Idem, Ibidem.

⁴⁷ Tokens não fungíveis.

⁴⁸ ANNUNZIATA, F. e CONSO, A. *L'Arte e il suo doppio*. Milano: Montabone Editore, 2021, p. 45. Os *NFTs* podem ser transmitidos por meio de *smart contracts*. A despeito do nome, os “contratos inteligentes” (*smart contracts*) não são contratos, mas sim um protocolo utilizado para o exercício da atividade contratual (nesse sentido, v. CERRATO, Stefano A. *Contratti tradizionali, diritto dei contratti e smart contract*. In: BATAGLIONI e GIORDANO, Marco Tullio (orgs.). *Blockchain e Smart Contracts*. MILANO: Giuffrè, 2019, p. 282). São protocolos para decisões automatizadas, que ficam armazenados na *blockchain* e executam certas operações quando determinadas condições se verificam.

Em razão de sua infungibilidade, os *NFTs* representam um “certificado” de autenticidade ou proveniência de um determinado bem, o qual pode ser uma obra criada digitalmente ou uma obra física representada digitalmente. É importante ressaltar que, quando atrelado a uma obra de arte, o *NFT* não equivale propriamente a seu *corpus mechanicum*, ou seja, o exemplar no qual a obra é expressa ou reproduzida.⁴⁹ Corresponde a registro digital vinculado a bem digital: não se confunde com o objeto ao qual a propriedade se refere, mas somente aos dados relativos à propriedade, a *hash* na qual a propriedade do objeto digital é digitalmente memorizada.⁵⁰

Portanto, a despeito da ausência de previsão legal relativa a essa nova forma de titulação, os *NFTs* funcionam, na sua essência, como um título de propriedade incidente sobre bem imaterial. Traçando um paralelo com o que temos em relação aos bens físicos tradicionais, o *NFT* equivaleria ao documento que comprova a titulação e autenticidade de um quadro, não podendo ser confundido com o objeto adquirido.

O processo que conduz à emissão do *NFT* se chama *minting* (cunhagem), representando o registro de informações relativas ao *token* e à sua criação em uma *blockchain*.⁵¹ A principal novidade – ou o atributo que permite defini-lo como uma nova tecnologia de titulação – é sua capacidade de demonstrar quem é o proprietário de um arquivo digital, mesmo quando diversas pessoas possuam cópia idêntica.⁵² Sua função certificativa é, portanto, o que justifica a sua disseminação.

Todavia, muito embora assegurem ao titular o direito de reivindicar a propriedade da obra atrelada ao *NFT*, os direitos incidentes sobre ela podem variar dependendo dos termos contidos em cada *token*.⁵³ Ao adquirente, atribui-se, no mínimo, o direito de uso pessoal relativamente à obra de arte digital e o direito de propriedade do *token* em si, o qual lhe assegura a prerrogativa de revendê-lo, mas não impede o acesso da obra via internet por qualquer pessoa.⁵⁴

⁴⁹ ANNUNZIATA, F. e CONSO, A. Ob. cit., p. 48.

⁵⁰ Idem, p. 39.

⁵¹ Trata-se de uma rede digital descentralizada que permite transferências financeiras e de informação entre pares sem a intervenção de intermediários. A *blockchain* já foi descrita como “uma pedra digital”, na qual se pode escrever dados imutáveis, os quais serão compartilhados e visíveis de qualquer lugar, podendo ser identificados por sistemas automáticos (PERNA, Amedeo. Le origini della blockchain. In: BATAGLIONI e GIORDANO, Marco Tullio (orgs.). *Blockchain e Smart Contracts*. MILANO: Giuffrè, 2019, p. 3).

⁵² TOMASSINI, Antonio. *Criptovalute, NFT e metaverso: Fiscalità diretta, indireta e successoria*. Milano: Giuffrè, 2022, p. 203.

⁵³ Considerações disponíveis em: studiollegal.com.au/blog/nft-ownership/. Acesso em 20.10.2023.

⁵⁴ CANTALI, Fernanda Borghetti. *A tokenização da arte visual e o direito autoral: O Copyright by design e a definição das premissas mínimas de governança para viabilizar o NFT – non fungible tokens como instrumento de negociação de obras de arte*. Tese de Doutorado. São Leopoldo: Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), 2022, p. 14.

Portanto, sendo a justificativa histórica da tutela proprietária a escassez de recursos, o *NFT* endereça, primeiramente, o problema da abundância digital, funcionando como um selo de autenticidade⁵⁵ e, assim, agregando valor ao objeto adquirido. É importante ressaltar, ainda, que a posse e a propriedade exercidas sobre bens digitais são, em muitos casos, exercidas em um contexto específico, no qual tais institutos são, de certo modo, amputados. Como exemplo, é possível citar as *skins* adquiridas no jogo Fortnite, que não podem ser livremente transferidas após a compra.⁵⁶

Na lição de Fernanda Cantali, o *NFT* resolve esse problema, criando, para diversos bens digitais, estrutura similar à da propriedade analógica, “a qual garante, para além do direito de uso, uma liberdade em manter e transferir os bens da sua titularidade, já que é mais fácil a identificação de quem é o proprietário”.⁵⁷

Apesar disso, é evidente que, no cenário atual, com a oferta de novos bens por meio de modelos pretensamente aquisitivos, por vezes o conceito de propriedade será utilizado, revelando o dilema concreto entre as vantagens de se proteger determinado bem intangível como objeto de propriedade *versus* a dificuldade prática que terão os adquirentes de bens digitais em demonstrar, judicialmente, se necessário for, que os interesses incidentes sobre o bem em questão são de fato idênticos aos de uma relação proprietária.⁵⁸

Por tal motivo, mesmo diante da falta de regulação e da presença de circunstâncias que desafiam as características tradicionais do instituto – sendo curioso pensar em relações proprietárias passíveis de serem exercidas em qualquer lugar do mundo, como se fossem ubiqüitárias ou transnacionais –, é necessário apartar, com as ferramentas já disponíveis, aquilo que indiscutivelmente pode ser considerado propriedade do que deixa mais margem a dúvidas. Caso contrário, um dos aspectos modernos do direito de propriedade pode ser indevidamente esquecido: o de importante mecanismo de defesa do consumidor.

4. A exaustão de direitos autorais como mecanismo de proteção de consumidores de bens digitais

Para os operadores do direito, talvez uma das principais dificuldades por trás da adequada qualificação das relações travadas entre as plataformas que ofertam bens ou

⁵⁵ Idem, pp. 49-50.

⁵⁶ Ibidem, p. 50.

⁵⁷ Ibidem, ibidem.

⁵⁸ BEVERLEY-SMITH, Huw. *The commercial appropriation of personality*. New York: Cambridge University Press, 2002, p. 280.

serviços digitalmente e os consumidores seja a efetiva compreensão dos aspectos técnicos nelas envolvidos. Assim, para os fins propostos neste artigo, há um evento específico que precisa ter seus efeitos analisados, do ponto de vista jurídico: o *download*.

Podendo ser traduzida para o português por meio da palavra “baixar”, a expressão refere-se ao processo de transferência de “dados, informações ou arquivos de um servidor remoto para um dispositivo local, como computador, celular ou *tablet*”.⁵⁹ É frequentemente associado ao verbo “copiar”, pois, por meio dele, “uma versão idêntica à original é adquirida pelo usuário sem que a informação inicial seja perdida após a transferência”.⁶⁰

Em alguns casos, a informação obtida por meio de *download* será armazenada no dispositivo escolhido de forma temporária – como ocorre com o *download* de músicas na plataforma Apple Music, por exemplo. Há, entretanto, *softwares* como o *Utorrent* ou lojas de aplicativos similares à *Google Play Store* que permitem o *download* de arquivos variados de forma definitiva.⁶¹

E talvez resida aí a pista inicial para que seja possível apartar as situações em que há efetiva aquisição de bens digitais daquelas nas quais não há: seria possível considerar que, uma vez realizado o *download* em dispositivo local pertencente ao consumidor, a “cópia” criada desse modo seria equiparada a exemplar por ele adquirido?

A reflexão é relevante por força da exaustão de direitos autorais, a qual envolve a necessária compatibilização entre esses e a propriedade dos exemplares da obra alienados a terceiros mediante a prévia autorização do autor. De modo mais abrangente, isso significa que o titular de um direito de propriedade intelectual não poderá estabelecer limitações baseadas em seus direitos de exploração exclusiva que impeçam o adquirente do exemplar de usá-lo ou revendê-lo a terceiros.⁶²

Tomando de empréstimo o exemplo citado por Pedro Marcos Nunes Barbosa, quando alguém adquiria um *long play* (LP), tornava-se o seu proprietário por meio de compra e venda do disco de vinil (*corpus mechanicum*), sendo-lhe simultaneamente atribuída “a

⁵⁹ Definição disponível em: www.techtudo.com.br/noticias/2023/03/0-que-e-download-entenda-o-que-significa-baixar-algo-na-internet-edsoftwares.ghtml. Acesso em 23.10.2023.

⁶⁰ *Idem*.

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² Nesse sentido, v. FERRER, Gustavo Gonçalves. *Análise da exaustão de direitos de propriedade intelectual aplicada a bens digitais: Estudo da legislação e de precedentes da União Europeia, dos Estados Unidos e do Brasil*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2021, p. 46.

licença de uso para o conteúdo musical (*corpus mysticum*) daquele suporte”.⁶³ Assim, ao tempo de “bolachas” ou videocassetes, o suporte físico no qual se armazenava a obra artística – bem tangível – se tornava objeto indiscutível de propriedade do comprador. No entanto, o conteúdo musical ou audiovisual – bem intangível – seria objeto apenas de licença de uso.

Desse modo, quando um exemplar do produto é posto à venda de forma legítima, “são esgotados, ou esgotados, os direitos do titular da propriedade intelectual sobre tal unidade específica”.⁶⁴ Uma vez alienada a cópia (*corpus mechanicum*), os direitos exclusivos do autor deixam de incidir sobre ela, por já se ter obtido o proveito econômico da exclusividade por meio da venda. Diante de tais circunstâncias, “descabe ao titular do direito autoral controlar as utilizações do citado *corpus mechanicum* – por exemplo, impedindo que o comprador de um livro ou disco o revenda ou empreste”.⁶⁵

Na lição de Denis Borges Barbosa, tendo ocorrido a primeira disposição,⁶⁶ as únicas restrições aceitáveis seriam as incidentes “após a tradição do objeto físico do direito real”.⁶⁷ Consequentemente, o art. 29 da Lei 9.610/98 (Lei de Direitos Autorais) não exige a autorização prévia do autor em casos de revenda ou empréstimo da cópia: após a alienação dessa, resta-lhe somente a “exclusividade de reprodução”,⁶⁸ não podendo interferir na propriedade incidente sobre o exemplar após a sua venda.⁶⁹

Na esfera dos bens físicos, em virtude da aquisição da propriedade móvel a partir da tradição – entrega material da coisa –, nos termos do art. 1.226 do Código Civil,⁷⁰ a exaustão de direitos permite que se crie um salutar mercado de revenda, por meio do qual livros ou *long plays* usados são revendidos por valores mais baixos que os cobrados por exemplar novo. O adquirente pode, portanto, doar, emprestar ou mesmo revender a cópia comprada sem depender, para tanto, de qualquer autorização relacionada aos

⁶³ BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. A posse dos bens imateriais. In: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira e NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. *20 anos do Código Civil – Relações Privadas no início do século XXI*. Indaiatuba: Editora Foco, 2022, p. 317.

⁶⁴ FERRER, Gustavo Gonçalves. *Análise da exaustão de direitos de propriedade intelectual*, cit., p. 47.

⁶⁵ BARBOSA, Denis Borges. Restrições ao uso do *corpus mechanicum* de obras intelectuais após a tradição: exaustão de direitos em direito autoral. Disponível em: docplayer.com.br/1426678-Restricoes-ao-uso-do-corpus-mechanicum-de-obras-intelectuais-apos-a-tradicao-exaustao-de-direitos-em-direito-autoral.html. Acesso em 13.10.2022.

⁶⁶ Daí a exaustão de direitos ser chamada de *first sale doctrine* por Tribunais e autores norte-americanos.

⁶⁷ BARBOSA, Denis Borges. Ob. Cit., p. 1.

⁶⁸ Idem, *ibidem*.

⁶⁹ O art. 43, IV, da Lei 9.279/96 (Lei de Propriedade Industrial) também revela hipótese de aplicação da exaustão de direitos, pois uma vez ter sido o produto objeto de patente colocado no mercado interno, o titular do direito patentário não mais poderá impedir que o adquirente do produto o utilize ou venda aquela unidade específica.

⁷⁰ Os direitos reais sobre coisas móveis, quando constituídos, ou transmitidos por ato entre vivos, só se adquirem com a tradição.

direitos autorais. Segue proibido, somente, de criar novas cópias, já que o direito de reprodução continua pertencendo ao autor. Historicamente, por força de depreciação do bem “de segunda mão” – ou seja, objeto de revenda – esse mercado secundário de bens móveis teve importância considerável na promoção do acesso à propriedade.

Todavia, a transposição da exaustão de direitos para a esfera dos bens digitais tem se mostrado tormentosa, porque a falta de materialidade do suporte informativo – ao contrário do que se tinha antes com livros físicos, por exemplo – ofusca os limites existentes entre reprodução, difusão e comercialização.⁷¹ Em alguns casos, a interatividade experimentada em jogos no metaverso torna a situação ainda mais complexa, porque o fruto da criatividade individual do usuário se mescla a um conjunto de elementos criados previamente por agentes diversos.⁷²

Como se não bastasse, os Termos e Condições de Uso disponibilizados por algumas plataformas, conforme já observado, não apresentam com clareza os efeitos reais de um contrato que é apresentado como uma compra. Além de impedirem ou tornarem a exaustão de direitos sem efeito, “muitas empresas distribuem os bens digitais de forma a, na prática, tornar impossível ou difícil a sua revenda”.⁷³

Sobre o tema, é importante recordar que, a despeito da diversidade de características que apartam bens físicos e bens digitais – sendo a imaterialidade e a não extinção pelo uso relativamente aos últimos as mais relevantes –, a autonomia da vontade manifestada de maneira unilateral nos Termos e Condições de Uso impostos pelas plataformas não pode se sobrepor à legislação.

Relativamente ao cenário brasileiro, quando objeto era de fato adquirido por meio de compra e venda, por força da exaustão de direitos autorais, o adquirente poderia alienar ou doar o bem adquirido se quisesse, exatamente como acontece com bens físicos até os dias atuais. Caso não seja esse o efeito prático daquilo que se encontra descrito como compra, a oferta apresentada de tal modo por qualquer plataforma se mostrará abusiva.

Partindo-se dos dispositivos constantes do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), vê-se que o art. 6º, III do referido diploma legal assegura aos consumidores,

⁷¹ CONTALDO, Alfonso. Il diritto d'autore nel sistema delle piattaforme digitali. In: CONTALDO, Alfonso e STAZI, Guido. *Le piattaforme digitali. Profili giuridici e tecnologici nel nuovo ecosistema*. Pisa: Pacini Editore, 2021, p. 115.

⁷² Idem, *ibidem*.

⁷³ FERRER, Gustavo Gonçalves. *Análise da exaustão de direitos de propriedade intelectual*, cit., p. 116.

em geral, “o direito à informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços”. Mas não é só: quando uma plataforma oferta ao consumidor a opção “comprar”, por meio de botão onde se lê tal palavra, não pode atribuir-lhe, como consequência de tal escolha, um mero contrato de licenciamento, pois o art. 30 do CDC determina que “toda informação ou publicidade suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado”.

Desse modo, quando, a despeito de ofertar a “compra” de *ebooks* para leitura por meio do Kindle, a plataforma Amazon informa, nos Termos e Condições de Uso que “Todo Conteúdo Kindle é apenas licenciado pelo Provedor de Conteúdo, não sendo vendido por esse”,⁷⁴ estará inequivocamente vinculada aos efeitos de um contrato de compra e venda. A principal consequência disso é, justamente, a obrigação, a cargo do fornecedor, de transmitir a propriedade do objeto comprado, em atenção às características típicas impostas ao referido contrato (CC2002, art. 481⁷⁵).

Consequentemente, quando a compra é ofertada e viabilizada por meio de *download*, a compatibilização entre o que é proposto por tais plataformas e a legislação brasileira em vigor permite concluir que o conteúdo assim adquirido equivale a exemplar, aplicando-se a exaustão de direitos autorais e devendo ser o *download* equiparado à tradição – entrega material do objeto adquirido.

Muito embora o art. 1.226 verse sobre a aquisição da propriedade móvel por meio da entrega material fazendo referência a “coisa” – ou seja, bem tangível – é imperioso observar que a Constituição Federal menciona expressamente a propriedade das marcas (art. 5º, XXIX), revelando, portanto, a necessidade de superar-se o anacronismo do Código Civil em vigor em tal ponto.⁷⁶ Caso contrário, o Código de Defesa do Consumidor

⁷⁴ Disponível em: www.amazon.com.br/gp/help/customer/display.html?nodeId=201014950. Acesso em 30.10.2023.

⁷⁵ Art. 481. Pelo contrato de compra e venda, um dos contratantes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro.

⁷⁶ A respeito da ocorrência da tradição mesmo quando o bem em questão não é considerado coisa, v. o seguinte precedente do Superior Tribunal de Justiça: “[...] 6. A prestação de pagar quantia exige uma conduta de dar, porque o interesse do credor está na entrega do dinheiro, sendo-lhe indiferente a atividade previamente realizada pelo devedor para satisfazê-lo. 7. A obrigação pecuniária é autônoma ou especial, relativamente às demais previstas no CC/02, considerando que, embora esteja o devedor vinculado a uma prestação de dar, o dinheiro não é coisa, apenas corresponde ao preço das coisas. 8. Em se tratando de prestação de pagar quantia certa, configura-se a tradição, simplesmente, com a entrega do dinheiro ao credor, ante a intenção de transferir-lhe a propriedade, a fim de concretizar, materialmente, o negócio jurídico entabulado entre as partes” (STJ, REsp 1.705.305/SP, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, publ. DJe 24.05.2018).

não será capaz de, isoladamente, tutelar os adquirentes de bens digitais, por inexistir previsão relativa à propriedade de bens imateriais no Código Civil.⁷⁷

No entanto, para que o *download* possa ser equiparado à criação de exemplar e à tradição, é importante observar alguns aspectos, apartando situações que, de início, poderiam parecer idênticas. Primeiramente, é importante distinguir conteúdo digital de *software*. Enquanto esse precisa ser transferido para um computador antes de ser utilizado, via *download*, conteúdo digital como o disponibilizado via Kindle pela plataforma Amazon não exige *download*.⁷⁸ Enquanto o *software* corresponde a “uma série de instruções para o desempenho de determinadas operações”,⁷⁹ *ebooks*, assim como músicas e filmes disponibilizados por plataformas de *streaming*, correspondem a arquivos digitais com informações.⁸⁰

Quando se trata de *software*, a Lei 9.609/98 dispõe expressamente, no art. 9º, que o “uso de programa de computador no País será objeto de contrato de licença”. Nesse caso, por haver a imposição legal de uma modalidade específica de contrato, o *download* de *software* não acarretará a transmissão do direito de propriedade, por não se tratar, na hipótese, de compra e venda.⁸¹

Diversamente, o conteúdo digital ofertado por meio de compra transferirá a propriedade quando e se for viabilizado o *download*. No caso da oferta feita pela plataforma Amazon, relativamente aos *ebooks*, embora esses não demandem *download* para serem acessados, a aquisição do direito de propriedade ocorreria, em tese, somente por força do disposto no art. 30 do CDC (Lei 8.078/90), e não em virtude do art. 1.226 do Código Civil. Todavia, é importante considerar, em tal hipótese, a possibilidade de se questionar a efetiva aquisição do direito de propriedade. Considerando a exigência de tradição, pelo ordenamento jurídico brasileiro, para que se efetive a transmissão da propriedade móvel (CC2002, art. 1.226), o consumidor se veria obrigado a, nesse caso, obter judicialmente

⁷⁷ É importante considerar que a lógica por trás do art. 1.226 do Código Civil reside no exercício da posse, pelo adquirente, a partir da entrega material da coisa. Por tal motivo, poder-se-ia questionar a extensão de tal raciocínio a bens imateriais. Todavia, a posse não deve ser modernamente compreendida como o exercício de um poder físico sobre a coisa, mas sim de um poder ostensivo, passível de ser demonstrado. Por tal motivo, a materialidade do objeto possuído é despicienda.

⁷⁸ FERRER, Gustavo Gonçalves. *Análise da exaustão de direitos de propriedade intelectual*, cit., p. 153.

⁷⁹ Idem, *ibidem*.

⁸⁰ Idem, *ibidem*.

⁸¹ A esse respeito, o Supremo Tribunal Federal, inclusive, já decidiu que o titular dos direitos incidentes sobre o *software* é prestador de serviço, por se tratar de contrato de licenciamento, e não comercialização de mercadoria, incidindo, portanto, o ISS e não o ICMS (nesse sentido, v. STF, RE 688.223/PR, Plenário, Rel. Min. Dias Toffoli, publ. DJe 03.03.2022).

decisão que impusesse a transmissão do direito de propriedade, a qual não ocorre, em tal caso, de maneira automática.⁸²

No entanto, quando a plataforma oferta a compra de bem digital e permite o *download*, como faz a Apple, nas bases antes mencionadas, a interpretação sistemática do art. 29 da Lei de Direitos Autorais (Lei 9.610/98), do art. 1.226 do Código Civil e do art. 30 do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) permite concluir que se adquire a propriedade do bem digital ofertado à venda, devendo a cópia adquirida por meio de *download* ser equiparada a exemplar. Incide, portanto, a exaustão de direitos autorais, devendo o adquirente ser autorizado a revender, doar ou emprestar o bem digital adquirido.

Por fim, é importante observar que mesmo quando o *download* assegura acesso temporário ao arquivo em questão, e não permanente, segue equivalendo, em termos funcionais, ao ato de tradição, quando a oferta feita ao consumidor era de compra e não licença. Nesse caso, no intuito de adequarem seus Termos e Condições de Uso à legislação brasileira, as plataformas que oferecem bens digitais por meio de compra poderiam chegar a resultado similar ao pretendido com a celebração de contrato de licença se esclarecessem ao adquirente que se trata de bem consumível, ou seja, passível de se extinguir pelo uso.⁸³

Assim, ainda que seja por meio de mera ficção jurídica, já que os bens digitais, embora possam se tornar obsoletos, a princípio não se desgastam, seria possível estipular que se extinguirão após sua utilização por cinco, sete, ou tantas vezes quantas equivalham à quantia paga. Uma vez ultrapassado tal número de acessos, apesar do *download*, extingue-se a propriedade.

Desse modo, seria possível ceder a terceiros o número de acessos remanescentes, fosse por meio de venda ou de empréstimo. Embora seja compreensível a existência de razões

⁸² De modo bastante resumido, a reflexão decorre do fato de que o direito do consumidor, lastreado em vínculos contratuais, não teria o condão de, isoladamente, transmitir o direito de propriedade. Esse, por ser dotado de oponibilidade perante terceiros, demanda, por força de lei, a publicização prévia do vínculo que o constitui, seja por meio da posse exercida a partir da tradição, no caso dos bens móveis, seja por meio do registro, no caso dos imóveis ou de espécies ligadas à propriedade industrial. Assim, pensar em aquisição da propriedade somente por imposição da legislação de consumo significa submeter o consumidor ao risco de não ver reconhecido, por exemplo, o seu direito de reivindicar a coisa. Enquanto a sequela é uma das principais prerrogativas do proprietário, na seara contratual – campo no qual se enquadram as relações consumeristas – as violações ao direito do credor com frequência se resolvem em perdas e danos (a esse respeito, veja-nos consentido remeter a MAIA, Roberta Mauro Medina. *Teoria Geral dos Direitos Reais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 27).

⁸³ Nesse sentido, veja-nos consentido remeter a MAIA, Roberta Mauro Medina. Posse e propriedade na era do metaverso. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, vol. 32, n. 2, p. 313.

mercadológicas por trás dos Termos de Uso utilizados pelas plataformas, nenhuma modalidade contratual pode desenvolver-se à margem da lei, mesmo quando lacunas legislativas tornam mais tormentosa a atividade dos operadores do Direito. Diante das razões anteriormente expostas, é possível considerar que há equivalência funcional entre o *download*, quando feito licitamente, mediante remuneração adequada, e a tradição.

5. Notas conclusivas

Desde o advento da internet, a virtualização das relações sociais e a criação de novos bens, cuja principal característica é a imaterialidade, trouxeram novos desafios à ciência jurídica, até então estruturada para descrever e endereçar a titularidade e utilização de bens tangíveis. Muito embora a propriedade intelectual já tivesse, no passado, servido para endereçar inicialmente o fenômeno da desmaterialização dos bens, a criação de ativos digitais, oriundos de formatos comerciais inovadores e disruptivos, envolve o surgimento de um novo ramo no tronco propriedade, tomando-se de empréstimo, aqui, a metáfora disseminada por Salvatore Pugliatti.⁸⁴

Para além da dificuldade de compatibilizar as ferramentas tradicionalmente atreladas aos bens físicos – o que, dada a peculiaridade de objetos distintos, sequer seria indispensável⁸⁵ –, tem-se, como desafios adicionais, o entrelaçamento dessas novas relações proprietárias a direitos de propriedade intelectual alheios, incidentes sobre os mesmos bens, e a falta de clareza relativamente aos efeitos de contratos que são ofertados pelas plataformas como uma verdadeira compra, quando não o são, efetivamente.

Diante da necessidade de esclarecer em quais circunstâncias ocorrerá a efetiva aquisição da propriedade de bens digitais por usuários das plataformas que os fornecem, é importante, ainda, compreender as consequências jurídicas de fenômenos como o *download*, bem como as diferenças concretas entre *software* e conteúdo digital, temas que o presente artigo se destinou a endereçar e elucidar.

Nesse contexto, foi traçado um paralelo entre a ocorrência do *download* e a tradição – entrega material da coisa –, com o consequente surgimento de exemplar, submetido ao regime da exaustão de direitos autorais. Essa ferramenta, destinada funcionalmente à

⁸⁴ PUGLIATTI, Salvatore. La proprietà e le proprietà. *La proprietà nel nuovo diritto*. Milano: Giuffrè, 1954, pp. 148 e ss.

⁸⁵ Nesse aspecto, é importante observar a existência prévia de direitos reais incidentes sobre bens imateriais, como, por exemplo, o usufruto de quotas. Em casos como esse, a peculiaridade do objeto pode justificar o afastamento de ferramentas tradicionalmente atreladas a tal categoria de relações patrimoniais, como a usucapião, por exemplo.

compatibilização entre os direitos do autor e o direito de propriedade do adquirente do exemplar, pode exercer, no âmbito dos bens digitais, importante papel na proteção dos direitos dos consumidores de plataformas, as quais, nos Termos e Condições de Uso apresentados, vêm amputando unilateralmente as características atribuídas por lei ao direito de propriedade.

Referências

- ACEMOGLU, Daron e JOHNSON, Simon. *Power and Progress*. New York: Public Affairs, 2023.
- AMORIM, Isabela V. Lobianco. *A rede contratual do streaming: uma análise da locação comercial no contexto de veiculação de obras audiovisuais e musicais em plataformas de streaming na internet*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.
- ANNUNZIATA, F. e CONSO, A. *L'Arte e il suo doppio*. Milano: Montabone Editore, 2021.
- BARBOSA, Denis Borges. Restrições ao uso do *corpus mechanicum* de obras intelectuais após a tradição: exaustão de direitos em direito autoral, p. 1. Disponível em: docplayer.com.br/1426678-Restricoes-ao-uso-do-corpus-mechanicum-de-obras-intelectuais-apos-a-tradicao-exaustao-de-direitos-em-direito-autoral.html. Acesso em 13.10.2022.
- BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. A posse dos bens imateriais. In: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira e NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. *20 anos do Código Civil – Relações Privadas no início do século XXI*. Indaiatuba: Editora Foco, 2022, pp. 309-323.
- CAVACEPPI, Cecilia. La tutela dei consumatori delle piattaforme digitali. In: CONTALDO, Alfonso e STAZI, Guido. *Profili giuridici e tecnologici nel nuovo ecosistema*. Pisa: Pacini Giuridica, 2021, p. 157-180.
- CEREZO, Alberto Hidalgo. *Propriedad y patrimonio en el medio digital*. Pamplona: Editorial Arazandi, 2021.
- CERRATO, Stefano A. Contratti tradizionali, diritto dei contratti e smart contract. In: BATAGLIONI e GIORDANO, Marco Tullio (orgs.). *Blockchain e Smart Contracts*. MILANO: Giuffrè, 2019, p. 273-314.
- CONTALDO, Alfonso. Il diritto d'autore nel sistema delle piattaforme digitali. In: CONTALDO, Alfonso e STAZI, Guido. *Le piattaforme digitali. Profili giuridici e tecnologici nel nuovo ecosistema*. Pisa: Pacini Editore, 2021, p. 111-154.
- GROSSI, Paolo. *História da propriedade e outros ensaios*. Renovar: Rio de Janeiro, 2006.
- FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- FAIRFIELD, Joshua T. *Owned – Property, privacy and the new digital serfdom*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.
- FERRER, Gustavo Gonçalves. *Análise da exaustão de direitos de propriedade intelectual aplicada a bens digitais: Estudo da legislação e de precedentes da União Europeia, dos Estados Unidos e do Brasil*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2021.
- HELLER, Michael. *Gridlock economy – How too much ownership wrecks markets, stops innovation and costs lives*. New York: Basic Books, 2008.
- IKEDA, Augusto. A história completa de quando o Metallica processou o Napster. Disponível em: igormiranda.com.br/2023/04/metallica-napster-historia. Acesso em 02.10.2023.
- MASTROBERARDINO, Francesco. *Il patrimonio digitale*. Napoli: ESI, 2019.
- MAIA, Roberta Mauro Medina. Posse e propriedade na era do metaverso. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, vol. 32, n. 2, pp. 301-327.

MAIA, Roberta Mauro Medina. *Teoria Geral dos Direitos Reais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PUGLIATTI, Salvatore. La proprietà e le proprietà (com riguardo particolare alla proprietà terriera). *La proprietà nel nuovo diritto*. Milano: Giuffrè, 1954, p. 145-310.

RADIN, Margareth Jane. *Boilerplate – the fine print, vanishing rights and the rule of law*. Princeton: Princeton University Press, 2013.

RIBEIRO, Felipe. *Napster completa 20 anos; relembre a história do polêmico programa de computador*. Disponível em: canaltech.com.br/software/napster-completa-20-anos-relembre-a-historia-do-polemico-programa-de-downloads-140761/. Acesso em 02.10.2023.

RODOTÀ, Stefano. *Il terribile diritto – Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*. Milano: Il Mulino, 2013.

TEPEDINO, Gustavo. Contornos Constitucionais da Propriedade Privada. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

YEN, Alfred C. Western Frontier or Feudal Society?: Metaphors and perceptions in the Cyberspace. *Berkeley Technology Law Journal*, vol. 17, n. 4, pp. 1.207-1263.

Como citar:

MAIA, Roberta Mauro Medina. A exaustão de direitos autorais e a compra de bens intangíveis: notas sobre os desafios impostos à propriedade na era digital. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 13, n. 1, 2024. Disponível em: <<https://civilistica.emnuvens.com.br/redc>>. Data de acesso.



civilistica.com

Recebido em:

23.12.2023

Aprovado em:

5.3.2024