

Qual o regime jurídico aplicável aos bens digitais?

O caso das milhas aéreas e as restrições à livre disposição pelos titulares

Ana Frazão

Advogada. Professora de Direito Civil e Comercial da UnB. Ex-Conselheira do CADE.

Diante da ausência de legislação específica sobre o tratamento dos bens digitais, os agentes econômicos que os disponibilizam para o público vêm preenchendo essa lacuna do ordenamento jurídico com normas próprias ou termos de uso que muitas vezes criam restrições consideráveis à livre disposição dos bens.

Tal cenário torna-se ainda mais preocupante quando se verifica que tais regras são normalmente fixadas de forma unilateral, sem a devida transparência e ainda são sujeitas a mudanças periódicas e constantes que não necessariamente são informadas aos usuários no momento da aquisição do bem ou durante o tempo pelo qual ele pode ser acessado ou usufruído.

É nesse contexto que, por meio do presente artigo, pretendo refletir sobre em que medida agentes econômicos podem criar tais regras – ou regimes jurídicos próprios – e em que medida estas podem se afastar das normas usuais que se aplicam aos bens materiais de valor patrimonial, em relação aos quais prevalece, como regra, a possibilidade de livre disposição.

A mera descrição do problema já antecipa que o foco da minha preocupação são os bens digitais de natureza exclusivamente patrimonial, razão pela qual não abordarei bens que podem apresentar outros desdobramentos – como os existenciais – que não apenas os patrimoniais.

Feito esse recorte, é útil trazer para a discussão o exemplo das milhas áreas, diante da ampla utilização e do valor econômico inquestionável

desse tipo de bem digital, que, sob vários aspectos, preenche até mesmo algumas das funções da moeda ou dos meios de pagamento.

Como se sabe, muitos dos programas de milhagem contêm regras estreitas para a livre disposição das milhas pelos usuários, sendo comum que vedem ou criem limitações para a alienação, a cessão ou a sucessão entre vivos ou *causa mortis* do referido bem.

Apesar de haver considerável divergência nos tribunais nacionais sobre o tema, é importante destacar que o Superior Tribunal de Justiça, nas poucas vezes em que apreciou o assunto, chancelou as limitações previstas pelas companhias aéreas. Exemplo disso é o caso da Terceira Turma julgado em 2024¹, em que se adotou as seguintes premissas:

- Não há regulamentação legal sobre os programas das milhas, razão pela qual devem estar sujeitos às regras gerais do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor: “Os programas de milhas estabelecidos pelas companhias aéreas não possuem regulamentação legal, aplicando-se as regras gerais dos contratos e das obrigações dispostas no Código Civil, bem como a legislação consumerista, pois indubitavelmente está configurada uma relação de consumo entre a companhia aérea e seu cliente.”
- Os contratos de adesão por meio dos quais tais milhas são reguladas não podem criar desvantagens excessivas para o consumidor: “No contrato de adesão é inadmissível a adoção de cláusulas dúbias ou contraditórias com o intuito de colocar o consumidor em desvantagem, despontando o direito de ser informado e o dever de informar. Protege-se, ainda, a equivalência entre as prestações do fornecedor e consumidor, considerando-se exagerada a vantagem que se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, de acordo com a natureza e o conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.”
- As milhas são bonificações gratuitas, de forma que não seria abusiva a cláusula que restringe a cessão, até porque o consumidor tem ampla liberdade para procurar outra companhia com condições mais atrativas: “Vê-se que os pontos do programa de milhas são bonificações gratuitas concedidas pela companhia aérea ao consumidor em decorrência da sua

¹ REsp n. 2.011.456/SP, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 5/3/2024, DJe de 12/3/2024.

fidelidade, de modo que não está caracterizada a abusividade da cláusula que restringe sua cessão, até mesmo porque, caso entenda que o programa não está sendo vantajoso, o consumidor tem ampla liberdade para procurar outra companhia que eventualmente lhe ofereça condições mais atrativas, o que fomenta a competitividade no setor aéreo e, conseqüentemente, implica maiores benefícios aos passageiros.”

É interessante notar que a decisão faz referência a julgamento anterior da Terceira Turma², segundo o qual o programa de milhas, por trazer vantagens apenas para o consumidor, poderia ser considerado um contrato benéfico e, conseqüentemente, personalíssimo, o que justificaria as restrições para a alienação, cessão e sucessão.

Não obstante, é importante refletir sobre as premissas que orientaram esses julgamentos. Em primeiro lugar, afirmar que as milhas são bonificações gratuitas parece não corresponder a uma realidade na qual as próprias companhias aéreas vendem milhas separadamente para seus usuários e muitas vezes atrelam a aquisição ou o número de milhas adquiridas ao valor da tarifa aérea, o que mostra a clara correspondência entre o benefício e o gasto do usuário.

Daí por que há várias razões para entender que, mesmo quando são meras consequências da compra de uma passagem aérea, as milhas são pagas indiretamente na aquisição do bilhete aéreo. Logo, é mais razoável considerar as milhas como uma contraprestação aos gastos do usuário do que como um benefício gratuito. No caso em que as milhas são adquiridas diretamente, mediante pagamento, aí mesmo é que não se pode cogitar de gratuidade.

O mesmo raciocínio se aplica às hipóteses de quando o usuário adquire milhas por gastos em determinado cartão de crédito ou por contratar determinados serviços, como hotéis. Em todos esses casos, o consumidor está desviando sua demanda para determinados agentes econômicos, trazendo benefícios a todos eles e pagando indiretamente pelas milhas ao remunerar os serviços que lhes dão direito a elas.

Nem mesmo o argumento da concorrência pode ser utilizado para cancelar as regras unilaterais fixadas pelas companhias aéreas. Com efeito, em

² REsp n. 1.878.651/SP, Rel. Min. Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 4/10/2022, DJe 7/10/2022.

um mercado altamente concentrado e com características de oligopólio, como é o caso da aviação civil, é ingênuo considerar, como afirma o STJ, que o consumidor insatisfeito pode procurar condições mais favoráveis em outras companhias.

Ora, em muitas situações, o consumidor não tem opção de escolha da companhia aérea em razão dos destinos e horários. Mesmo quando tem alguma margem de opção, ela é necessariamente restrita aos poucos *players* do setor, que ainda podem adotar regras semelhantes em seus programas de milhagens no que diz respeito às restrições para a livre disposição das milhas. Assim, diante de um mercado concentrado, certamente que não há rivalidade que possa ser efetivo fator de disciplina da conduta dos agentes que nele atuam.

Há bons fundamentos, portanto, para se afastar a ideia de contrato benéfico - especialmente se tal classificação for utilizada para justificar o caráter personalíssimo ou *intuito personae* das milhas – ou de ampla opção por parte dos usuários. A partir do momento em que o mercado de milhas é bem compreendido, passam ser questionáveis, do ponto de vista jurídico, as limitações normalmente impostas à livre disposição desse importante bem digital.

Com efeito, especialmente diante da regra do Código de Defesa do Consumidor que impede a criação de obrigações desproporcionais para os consumidores, deve se questionar se tais exigências não estão criando, na verdade, desvantagens excessivas para os consumidores, afastando o regime típico dos bens patrimoniais – a livre disposição – sem qualquer justificativa razoável para tal.

Acresce que, para além de todas as restrições já mencionadas, ainda há suspeitas de adoção de práticas lesivas aos usuários por meio dos programas de milhagens, o que motivou o Departamento de Transportes dos Estados Unidos a iniciar, no final de 2024, uma investigação contra as quatro maiores companhias aéreas UA - American Airlines, Delta Air Lines, Southwest Airlines e United Airlines – a fim de avaliar se os passageiros não estão sujeitos a possíveis práticas injustas, enganosas ou anticompetitivas³.

Dentre as principais preocupações da autoridade norte-americana encontram-se (i) mudanças constantes dos termos e condições, o que impacta o

³ https://www.transportation.gov/sites/dot.gov/files/2024-09/For%20Distribution_Letter%20on%20Airline%20Rewards%20Inquiry_Not%20Addressed_09.05.24_Final.pdf; https://aeroin.net/eua-investiga-desvalorizacao-proposital-de-milhas-aereas-feitas-por-companhias/#google_vignette

valor das milhas ou prêmios acumulados, (ii) desvalorização das premiações , o que repercute na habilidade dos consumidores de usar seus pontos acumulados, (iii) precificação dinâmica, prática por meio da qual as companhias podem inflar os custos dos prêmios, especialmente em relação a rotas populares ou em alta estação, (iv) cobrança de taxas extras para a utilização dos benefícios e (v) redução da competição, sob o fundamento de que tais programas podem desencorajar a competição ou limitar indevidamente a escolha dos consumidores.

Tais aspectos, somados às restrições quanto à possibilidade de livre disposição das milhas, mostram os riscos de que esse pujante mercado seja disciplinado apenas por regras unilaterais impostas pelos *players* do setor, sem uma maior preocupação sobre a proporcionalidade dos contratos e os direitos dos usuários. Mostram também os riscos decorrentes de uma postura passiva do Judiciário, ao aceitar facilmente os termos de uso das companhias aéreas, sem fazer um escrutínio mais aprofundado a respeito da natureza jurídica das milhas e de como o mercado respectivo é estruturado.

No caso brasileiro, cumpre ressaltar que, independentemente da discussão sobre a necessidade ou não de uma legislação específica para o tratamento das milhas, o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor já apresentam balizas importantes para a solução da controvérsia: se as milhas são bens digitais patrimoniais adquiridos, ainda que indiretamente, pelos usuários, não parece ser possível afastar o regime da livre disposição sem que haja justificativa plausível para tanto.

Assim, regras que disponham de forma contrária podem ser impugnadas à luz das normas gerais que regulam os contratos de consumo, notadamente as que impedem que o consumidor seja colocado em situação de desvantagem excessiva.

Vale ressaltar que as milhas foram aqui utilizadas como pretexto para pensarmos na regulação dos bens digitais de forma geral, uma vez que situações semelhantes vêm ocorrendo na aquisição de outros bens digitais, em relação aos quais as regras criadas unilateralmente pelos *players* do setor também acabam impondo restrições indevidas e desproporcionais ao regime da livre disposição.

Para a reflexão proposta, é importante lembrar que as características que diferenciam os bens digitais dos bens materiais não

necessariamente têm impacto naquela que deve ser a regra do regime jurídico das situações patrimoniais: a livre disposição pelo titular.

Publicado em 04/06/2025

Link: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/qual-o-regime-juridico-aplicavel-aos-bens-digitais>