

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL

Laíza Rabaioli

**ECONOMIA COMPARTILHADA E (A)TIPICIDADE DOS MODELOS NEGOCIAIS
NA PLATAFORMA VIRTUAL DA *AIRBNB***

Porto Alegre

2018

LAÍZA RABAIOLI

**ECONOMIA COMPARTILHADA E (A)TIPICIDADE DOS MODELOS NEGOCIAIS
NA PLATAFORMA VIRTUAL DA *AIRBNB***

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais, junto à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Fabiano Menke

Porto Alegre

2018

LAÍZA RABAIOLI

**ECONOMIA COMPARTILHADA E (A)TIPICIDADE DOS MODELOS NEGOCIAIS
NA PLATAFORMA VIRTUAL DA AIRBNB**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
como requisito parcial para obtenção do título
de Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais,
junto à Faculdade de Direito da Universidade
Federal do Rio Grande do Sul.

Aprovado em 13 de dezembro de 2018.

BANCA EXAMINADORA

Professor Doutor Fabiano Menke (Orientador)

UFRGS

Professor Doutor Gerson Luiz Carlos Branco

UFRGS

Professor Doutor Luis Renato Ferreira da Silva

UFRGS

Porto Alegre

2018

*Aos meus pais,
por tornarem tudo possível.*

*À minha irmã,
por me guiar com os seus passos.*

*“Se não sabe, aprende;
Se já sabe, ensina.”
(Confúcio)*

AGRADECIMENTOS

Este trabalho reflete uma caminhada que teve início há mais de seis anos, quando, em maio de 2012, escolhi mudar os rumos e adiantar a minha formatura no Ensino Médio para que pudesse prestar o vestibular para a Federal. No momento em que decidi buscar os livros do *cursinho* utilizados pela minha irmã, que me aguardavam empoeirados em um canto da garagem, senti que o simples fato de começar a estudar – ainda que sozinha – para o vestibular me aproximava da aprovação naquela etapa. Mesmo assim, jamais esperei, do fundo de meu coração, que ela viesse tão cedo.

A única justificativa verdadeiramente plausível para o meu ingresso nesta Faculdade de Direito, recém egressa do colégio, não repousa no meu esforço, mas também não pode ser associada à obra do acaso. Devo essa vitória – e todas as outras que sobrevieram – aos meus pais. Foram eles que, em todos os momentos, depositaram em mim a confiança necessária para que eu perseguisse os meus sonhos. Esses dois seres iluminados me fizeram crer que eu *poderia*. A certeza que vocês, pai e mãe, nutrem em meu potencial é que me faz ir adiante. É vocês, e sempre será vocês, que, por não verem limites à minha felicidade, me conduzem a voos maiores e mais bonitos. Todas as realizações seriam impossíveis sem esse amor que transborda nos mais simples gestos de incentivo.

Agradeço também à minha irmã, Luísi, por despertar em mim a paixão pelo desafio e pelo estudo. Os teus passos antecederam os meus e são a minha mais pura fonte de inspiração. As diferenças entre os nossos caminhos são mínimas quando comparadas ao sentimento que nos une. Em especial, sou grata por teres me mostrado que a vida está para além dos livros e teorias – ela acontece no cotidiano, no convívio e nos contatos. O refinamento de um olhar menos mecânico e mais sensível perante a vida é um aprendizado que veio, em grande medida, de ti.

À minha *vovóca*, Ebi, agradeço pelo aconchego de cada abraço, pela paciência de cada palavra e por todos os “eu te amo” ditos durante esta longa jornada. Eu sempre soube que chegaríamos até aqui juntas.

Nos anos de graduação, ao fôlego proporcionado pela família, somaram-se os afagos recebidos pelos amigos. Agradeço, com muito carinho, à Luísa e ao João Enrique, por serem pontos de apoio e suporte em todos os momentos. À Luísa, agradeço por todas as palavras enunciadas nesses cinco anos de amizade, pela companhia nas viagens de trem, pela admiração que compartilhamos uma pela outra. A leveza desse caminho é fruto dos nossos laços.

Agradeço à Carolina e aos colegas de Nova Acrópole, pelos ensinamentos filosóficos que me permitiram encarar com delicadeza, e *dignamente*, o último ano de graduação e as diversas *provas* vivenciadas nesta jornada.

Agradeço à Roxanne, por ter me escutado em momentos não tão simples e por estar sempre presente e pronta para oferecer seu apoio, cuidado e, principalmente, acalento. A sensibilidade tão própria da nossa amizade me lembra de ser uma pessoa melhor e uma profissional mais humana.

Aos colegas do Gabinete do Des. Vicente Barroco de Vasconcellos – Daniel, Laurence, Renata e Roberto – agradeço por terem compreendido, sempre carinhosamente, as minhas preocupações e obstinações acadêmicas. A convivência sutil dos dias de trabalho, aliada à atenção e à disponibilidade de cada um de vocês, fez surgir em mim a coragem para questionar: por que não *eu*? Os próximos passos a serem percorridos nessa estrada tiveram as suas sementes neste período de estágio.

Agradeço ao Professor Fabiano Menke, pelo inestimável exemplo de docente e verdadeiro mestre, que fez florescer o entusiasmo pelo estudo do direito privado já no segundo semestre de graduação. Registro, especificamente, a minha gratidão por todas as possibilidades de aprendizado e crescimento propiciadas ao longo desses anos. Espero que este trabalho possa representar, ainda que minimamente, o meu agradecimento pela confiança sempre depositada em meu potencial junto à pesquisa e à vida acadêmica.

Por fim, agradeço à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, por ser a minha *alma mater* e minha segunda casa. A nossa conexão aconteceu quando sonhei em estudar no *Castelinho* – já em 2012, sentia que estávamos predestinadas. A jornada que agora se encerra é, em verdade, o início de vários começos; em todos eles, levarei o teu nome e os teus ensinamentos gravados em mim e em meu coração.

Foste muito mais do que um local de estudos. Foste o palco para a realização dos meus objetivos e para a construção de novas metas. Foste tudo que sonhei e muito, muito mais. Palavras não poderiam descrever a gratidão e o amor pelo que fizeste em minha vida. Como não poderia ser diferente, é teu este trabalho. Porque, por tua causa, *tenho em mim todos os sonhos do mundo*.

RESUMO

Esta pesquisa se propõe a investigar a disciplina das relações jurídicas estabelecidas sob a lógica da economia compartilhada, verificando a tipicidade das relações contratuais celebradas na plataforma virtual da AirBnB. A partir da adoção do método tipológico, de Pedro Pais de Vasconcelos, e do paradigma da ancoragem, de Ricardo L. Lorenzetti, buscou-se realizar um juízo de qualificação com vistas a determinar a correspondência entre os vínculos contratuais celebrados na plataforma e os tipos contratuais do ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, foram eleitos três modelos legais de contratos potencialmente utilizáveis: os contratos de consumo, de prestação de serviço e de corretagem. Como conclusão, demonstrou-se ser possível a aplicação das normas do Código de Defesa do Consumidor à grande maioria das relações contratuais estabelecidas na plataforma. A regra geral, entretanto, poderá ser excepcionada, naqueles casos em que houver a participação de pessoas jurídicas como membros da plataforma. Em tais hipóteses, há indícios da possibilidade de caracterização de contratos atípicos mistos de tipo múltiplo, demandando que a resolução de demandas judiciais associadas a tais vínculos dê-se em atenção à autonomia das partes e ao regulamento concreto.

Palavras-chave: economia compartilhada; AirBnB; atipicidade contratual; método tipológico.

ABSTRACT

This research aims to investigate the legal system that regulates the relations established under the shared economy logic, in order to verify the existence of atypical contractual relations on AirBnB platform. Based on the method studied by Pedro Pais de Vasconcelos and on Ricardo Lorenzetti's anchoring paradigm, this work purposes a contractual type determination, in order to study the correspondence between the contractual relations concluded on the platform and the legal contractual types provided by Brazilian legal system. Thus, three legal models, considered as potentially usable contracts, were selected: consumer contracts, service contracts and brokerage contracts. It was demonstrated that it is possible to apply the rules of Brazilian Consumer Protection Code to most contractual relations established on the platform. However, the general rule may be excepted when there are legal entities as members of the platform. In such cases, there are evidences of the possibility of recognizing atypical contracts, which demands that the judgments take into account the private autonomy and parties' specific contractual regulation.

Keywords: sharing economy; AirBnB; atypical contracts; contractual type determination.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	12
PARTE I – DA ECONOMIA COMPARTILHADA AO MODELO NEGOCIAL DA PLATAFORMA VIRTUAL DA AIRBNB	16
2 O FENÔMENO DA ECONOMIA COMPARTILHADA	16
2.1 MATRIZES HISTÓRICAS E CULTURAIS DO MOVIMENTO	16
2.2 <i>SHARING ECONOMY</i> NA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA	23
2.3 CONTORNOS PARA UMA HARMONIZAÇÃO CONCEITUAL	26
3 A PLATAFORMA VIRTUAL DA AIRBNB	32
3.1 O IDEAL DE HOSPEDAGEM COMO PERTENCIMENTO	32
3.2 OPERACIONALIZAÇÃO DA PLATAFORMA VIRTUAL	35
3.3 TERMOS DE SERVIÇO EM PROCESSO DE LAPIDAÇÃO.....	39
PARTE II – DO REGIME JURÍDICO APLICÁVEL AOS CONTRATOS CELEBRADOS NA PLATAFORMA VIRTUAL DA AIRBNB	44
4 ATIPICIDADE CONTRATUAL <i>IN ABSTRACTO</i>: O TRATAMENTO DOS CONTRATOS ATÍPICOS NO DIREITO BRASILEIRO	44
4.1 CONTRATOS ATÍPICOS COMO MANIFESTAÇÃO DA AUTONOMIA PRIVADA: CONCEPÇÃO E BREVE REVISÃO HISTÓRICA.....	44
4.2 SISTEMATIZAÇÃO DOS CONTRATOS ATÍPICOS: UMA PROPOSTA DE TAXONOMIA	52
4.2.1 Classificação dos contratos atípicos: contratos atípicos propriamente ditos e contratos mistos	53
4.2.2 Contratos atípicos <i>versus</i> contratos coligados	57
4.3 CONTEÚDO E DISCIPLINA DOS CONTRATOS ATÍPICOS	61
4.3.1 A determinação do regime jurídico dos contratos atípicos.....	61
4.3.1.1 Teorias clássicas sobre a disciplina dos contratos atípicos mistos	63
4.3.1.2 Da teoria conceitual ao método tipológico.....	65
4.3.2 O conteúdo dos contratos atípicos e as limitações à liberdade contratual	68
4.3.3 O papel da jurisprudência na caracterização dos contratos atípicos	70
5 ATIPICIDADE CONTRATUAL <i>IN CONCRETO</i>: O MÉTODO TIPOLÓGICO E A QUALIFICAÇÃO DOS CONTRATOS NO ÂMBITO DA AIRBNB	73
5.1 ÍNDICES DO TIPO E PROCESSO DE QUALIFICAÇÃO	73
5.2 VÍNCULOS CONTRATUAIS NA PLATAFORMA DA AIRBNB	78
5.3 COTEJO COM OS TIPOS CONTRATUAIS DO SISTEMA DE DIREITO PRIVADO BRASILEIRO	81
5.3.1 Contrato de consumo	82
5.3.2 Contrato de prestação de serviço.....	89
5.3.3 Contrato de corretagem	91
5.4 A PARTICIPAÇÃO DE PESSOAS JURÍDICAS NA AIRBNB: INDÍCIOS PARA A CARACTERIZAÇÃO DE CONTRATOS ATÍPICOS MISTOS	93

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	96
7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	101

1 INTRODUÇÃO

“O *achamento* e o controlo das soluções para as divergências e para os litígios suscitados por contratos atípicos não pode evitar algum casuísmo. Mas a procura da solução sobre o caso, e caso a caso, não significa o arbítrio nem a ausência de critério. Pelo contrário, exige a formulação de critérios e de pontos de apoio que sejam justos, adequados, claros e conhecidos, que beneficiem de um consenso e de uma aceitação gerais, e que permitam, não só a solução das controvérsias, mas também o controlo das soluções encontradas, e ainda a desejável persuasão dos interessados quanto à sua bondade e justiça”¹.

Muito se fala a respeito das interlocuções entre as novas tecnologias de informação e comunicação e os tradicionais institutos do direito privado. Não é, por essência, *inovadora* a tese de que a digitalização das relações negociais, alavancada pela disseminação e propagação do comércio eletrônico, impõe transformações na realidade jurídica e nos conceitos, praticamente estanques, que sustentam os pilares do Direito na contemporaneidade. Por outro lado, o reconhecimento de tais circunstâncias não significa que, *necessariamente*, os desafios oriundos dos influxos tecnológicos estejam sendo adequada e eficazmente solucionados pelo intérprete.

Diversas e com variados graus de complexidade são as questões decorrentes das relações entre os fundamentos do direito privado e as novas tecnologias. Nos últimos anos, um fenômeno em especial vem demandando a atenção dos julgadores, em uma tentativa de compatibilização do sistema do direito privado com noções que desbordam as suas fronteiras: é nesse contexto que surge o fenômeno da economia do compartilhamento, também denominada de “consumo colaborativo” ou, internacionalmente, de “*sharing economy*”.

O nascedouro da economia do compartilhamento está no desenvolvimento de plataformas que, organizadas em ambientes eletrônicos (*websites* e aplicativos de tecnologia móvel), provocam o surgimento de novos modelos negociais, baseados na partilha do acesso e da utilização de bens e serviços. Embora o fenômeno tenha sido concebido com propósitos não lucrativos, fato é que o setor constitui um dos mais promissores nichos de mercado da atualidade, espalhando-se ao redor do mundo e nos mais distintos ramos econômicos.

A lógica da economia do compartilhamento centra-se, por excelência, na ideia de *confiança* – de outro modo, não seria possível viabilizar que indivíduos desconhecidos colaborassem entre si, disponibilizando a capacidade ociosa de bens e serviços para outrem. As plataformas, incentivando a criação de um ambiente de fiabilidade entre os seus usuários,

¹ VASCONCELOS, Pedro Pais. *Contratos atípicos*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 14.

possibilitam que tais práticas atinjam, inclusive, a indústria da hospitalidade, cunhando um novo conceito: o de compartilhamento de lares.

Nesse cenário, a plataforma virtual da AirBnB é um dos maiores expoentes da economia compartilhada, atingindo, em dez anos de existência, a casa dos bilhões em seu faturamento. Em território brasileiro, as operações da empresa foram efetivamente lançadas há menos de cinco anos, e o crescimento de suas atividades repercute diretamente na realidade dos Tribunais, que vêm se deparando com novos desafios para o julgamento dos conflitos oriundos de tais relações.

As conexões intersubjetivas proporcionadas pela complexa operacionalização da plataforma da AirBnB suscitam divergências no processo de qualificação dos vínculos contratuais nela formalizados, bem como na determinação do regime jurídico apto a discipliná-los. Isso se deve ao fato de que, em um mesmo modelo negocial, estão conjugados elementos de diferentes tipos contratuais, ocasionando a dificuldade de consolidação de um modelo contratual unívoco para a tutela de tais situações.

Partindo do método tipológico, o presente trabalho tratará da tipicidade legal das relações contratuais estabelecidas na plataforma virtual da AirBnB, verificando a sua compatibilidade com os contratos tipificados no ordenamento jurídico brasileiro. Atentando-se aos *índices do tipo*, noção consagrada pela doutrina, o estudo busca realizar a qualificação dos contratos celebrados pelos usuários da plataforma da AirBnB a fim de investigar o grau de tipicidade ou atipicidade das relações travadas entre as partes. Para tanto, valer-se-á da comparação entre as circunstâncias concretas e três tipos contratuais *potencialmente utilizáveis* positivados no sistema de direito privado, quais sejam: os contratos de consumo, de prestação de serviço e de corretagem.

Com efeito, esclarece-se que este trabalho não pretende abordar a temática relacionada à responsabilidade civil das plataformas de intermediação, assim como não se destina a perquirir a aplicabilidade analógica do regime consagrado na Lei do Inquilinato às práticas de compartilhamento de lares. Diversamente, o estudo centra-se na caracterização da potencial atipicidade dos contratos recorrentemente celebrados na plataforma, em um juízo predicativo que, distante de ser conclusivo, almeja fornecer indícios *tendencialmente suficientes* de suas observações.

A abordagem da matéria mostra-se especialmente relevante diante das recorrentes dificuldades, enfrentadas pelos julgadores, no deslinde dos feitos que versem sobre as relações travadas na plataforma da AirBnB. Empiricamente, observa-se uma tendência jurisprudencial à aplicação generalizada das normas constantes do Código de Defesa do Consumidor, o que

culmina na outorga de um regime especial de tutela da relação de direito material, bem como resulta, constantemente, no deferimento de prerrogativas próprias do microssistema, a exemplo da inversão do ônus probatório. Por vezes, a simples presença da plataforma como parte na demanda corrobora a presunção de estar-se, obrigatoriamente, diante de uma relação de consumo.

Como se pretende elucidar neste trabalho, ainda que, de fato, a maioria das relações contratuais na plataforma chancele a possibilidade de aplicação das normas consumeristas, haverá situações que excepcionam, com relativa facilidade, a regra geral. Nessas hipóteses, é premente a necessidade de uma análise cautelosa das peculiaridades que circundam a demanda levada a juízo, sob pena da prolação de decisões judiciais fundamentadas em regimes inconsistentes com o caso concreto.

Neste ponto, o estudo sobre a potencial atipicidade de algumas das relações formalizadas na plataforma pode representar um caminho hermenêutico que auxilie o intérprete na resolução de tais desafios, oferecendo critérios mínimos para a qualificação de tais casos, de forma a privilegiar, sempre que cabível, as estipulações consubstanciadas nos Termos de Uso e nas práticas de operacionalização da plataforma.

É fundamental para este trabalho, como verdadeiro *marco teórico*, o exame da atipicidade contratual realizado por Pedro Pais de Vasconcelos em sua obra “Contratos atípicos”², a partir da qual serão realizados desde a escolha prévia dos tipos contratuais a serem cotejados até o juízo predicativo de qualificação visado nesta pesquisa.

Outrossim, juntamente com a adoção do método tipológico, ter-se-á em vista a observância do *paradigma da ancoragem*, cunhado por Ricardo L. Lorenzetti, que se traduz na percepção de que, para a análise das repercussões produzidas pelas novas tecnologias de informação e comunicação, o ordenamento jurídico vigente deve ser compreendido como um ponto fixo, assemelhado à ideia de *âncora*. Assim, o reconhecimento e a aceitação das inovações não se dá para o fim de conduzir a improvisações, mas deverá ser realizado, prudentemente, “num contexto de valores, de normas claras e de rigor”³.

Para a execução de seus objetivos, o texto será dividido em duas partes, igualmente segmentadas, cada uma, em dois capítulos.

Na primeira parte, serão contextualizadas, em seu capítulo inicial, as principais questões associadas ao desenvolvimento da economia compartilhada, que servirão como premissas para

² VASCONCELOS, Pedro Pais. *Contratos atípicos*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2009.

³ LORENZETTI, Ricardo L. *Comércio eletrônico*. Tradução de Fabiano Menke, com notas de Cláudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 78-79.

a continuidade da investigação. Em seu segundo capítulo, esclarecer-se-ão as dinâmicas de funcionamento e operacionalização da plataforma, expondo as disposições dos Termos de Uso que sejam pertinentes à caracterização da natureza jurídica dos vínculos contratuais nela firmados.

Na segunda parte, deter-se-á ao estudo da atipicidade contratual. Em seu primeiro capítulo, o instituto será examinado em sua dimensão abstrata, de modo a delimitar a nomenclatura empregada e o seu escopo de abrangência. Neste momento, discorrer-se-á, também, a respeito das questões relativas ao conteúdo e à disciplina dos contratos atípicos, enfatizando o papel da jurisprudência no juízo de mérito de sua caracterização. Em seu segundo capítulo, o instituto será analisado, finalmente, em sua dimensão concreta. Utilizando os conceitos anteriormente explicitados, serão examinadas e qualificadas as relações contratuais travadas na plataforma virtual da AirBnB, com o propósito de demonstrar a ocorrência de indícios que denotem a possibilidade de caracterização de contratos atípicos mistos nas hipóteses em que pessoas jurídicas atuem como membros da plataforma de compartilhamento de lares.

PARTE I – DA ECONOMIA COMPARTILHADA AO MODELO NEGOCIAL DA PLATAFORMA VIRTUAL DA AIRBNB

2 O FENÔMENO DA ECONOMIA COMPARTILHADA

O presente capítulo se propõe a tratar da economia do compartilhamento, explicitando as suas matrizes históricas e culturais (2.1) e demonstrando a ascensão do fenômeno na realidade brasileira (2.2). Também, serão expostas as divergências conceituais que repousam sobre o assunto, para o fim de justificar a adoção do termo “economia compartilhada” no presente trabalho em detrimento das demais alternativas terminológicas preconizadas pela doutrina (2.3).

2.1 MATRIZES HISTÓRICAS E CULTURAIS DO MOVIMENTO

Tratar de economia compartilhada é, inevitavelmente, versar sobre as transformações ocorridas a partir do advento das novas tecnologias de informação e comunicação. O desenvolvimento de mecanismos virtuais de interação entre os indivíduos concede aos sujeitos possibilidades de contato que não mais dependem da aproximação física. Por meio de tais ferramentas, vontades⁴ que estejam distanciadas por fronteiras extracontinentais podem ser unidas – contatos que, para além da dimensão social, recorrentemente culminam na realização de operações comerciais.

Ao atribuir relevância jurídica a determinadas situações preexistentes, o ordenamento reconhece os fatos para outorgar-lhes a respectiva proteção e tutela⁵. Naquelas hipóteses em que as situações constituam verdadeira emanção da autonomia privada⁶, a entrada no mundo

⁴ Como ressalta Miguel Pupo Correia, no que tange à imprescindibilidade da vontade para a formação do negócio, os contratos eletrônicos em nada diferem dos contratos celebrados de modo presencial. Em suas palavras, “(...) a formação do contrato constitui, via de regra, um processo, ou seja, um conjunto sequencial e encadeado de manifestações de vontade e actos, dirigidos à prossecução do objectivo da celebração do contrato. E os contratos formados por meios eletrônicos têm geralmente como gênese um processo análogo, mas no qual as declarações de vontade das partes (propostas, eventuais contrapropostas e aceitações) são transmitidas por via electrónica. O que confirma que são contratos como outros quaisquer, dotados da mesma força jurídica”. (CORREIA, Miguel Pupo. *Comércio electrónico no direito português*. In: RIBEIRO, Maria de Fátima; COELHO, Fábio Ulhoa (org.). *Questões de direito comercial no Brasil e em Portugal*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 316).

⁵ BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003, p. 77-78.

⁶ A respeito da distinção entre autonomia privada e autonomia da vontade, ver: AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica – perspectivas estrutural e funcional. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 26, n. 102, abr./jun. 1989, p. 207-230.

do Direito⁷ respaldará não apenas a criação de atos jurídicos⁸, mas dará azo especialmente à formação de negócios jurídicos, os quais serão unilaterais⁹ ou bilaterais¹⁰, a depender das vontades envolvidas no caso concreto.

Esse reconhecimento, efetivado pela ordem jurídica, ocorre igualmente sobre as novas situações fáticas desenhadas pelas tecnologias de informação e comunicação. Nos casos em que as partes se tornem adstritas por um vínculo obrigacional, poderá haver a celebração das “relações negociais eletrônicas”¹¹, também denominadas de “contratos eletrônicos” por boa parte da doutrina¹².

Dentre os recursos eletrônicos emergentes nos últimos anos, o que se destaca é, evidentemente, aquele proporcionado pela rede mundial de computadores, hoje aclamada sob o termo “Internet”. Ainda que o seu nascimento tenha se dado com o propósito de facilitar as relações intersubjetivas, pode-se falar, hodiernamente, na existência de um verdadeiro “espaço negocial eletrônico”¹³, em que as pessoas podem exercer a sua liberdade para praticar operações econômicas entre si e com empresas atuantes no ramo. A respeito do tema, discorre Antonia Espíndola Longoni Klee:

(...) nada mais natural ao desenvolvimento social do que aceitar que a internet também tenha começado a ser utilizada por empresas, para se relacionar com consumidores no mercado de consumo virtual. Por meio da rede mundial de computadores, os

⁷ Nas palavras de Pontes de Miranda, “os fatos do mundo ou interessam ao direito, ou não interessam. Se interessam, entram no subconjunto do mundo a que se chama mundo jurídico e se tornam fatos jurídicos, pela incidência das regras jurídicas, que assim os assinalam. Alguns entram duas ou mais vezes, de modo que a um fato do mundo correspondem dois ou mais fatos jurídicos. A razão disso está em que o fato do mundo continua lá, com a sua determinação no espaço e no tempo, a despeito da sua entrada ou das suas entradas no mundo jurídico (...)” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: parte geral. Tomo I*. 1ª ed. Campinas: Bookseller, 1999, p. 52).

⁸ Não se olvida de que, na vigência do Código Civil de 1916, o texto legal mencionava apenas a categoria dos atos jurídicos (art. 81 do CC/1916), tendo sido os negócios jurídicos verdadeira inovação incorporada pelo Código Civil de 2002. Entretanto, neste estudo, a significação atribuída ao termo “ato jurídico” se coaduna com a sistematização criada pelo Código ora vigente. Dessa forma, entende-se como ato jurídico como a ação humana, obediente à ordem constituída, determinante de consequências jurídicas *ex lege*. Trata-se, portanto, de categoria ampla, na qual se insere a noção de negócio jurídico. Para tanto, ver: MATTIETTO, Leonardo. Invalidez dos atos e negócios jurídicos. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 2ª ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 319-354.

⁹ Acerca dos negócios jurídicos unilaterais, podem ser receptícios ou não receptícios, a depender da necessidade de recepção da vontade pela contraparte. Como exemplo dos conceitos, podem ser citados, respectivamente, a revogação de mandato e o testamento.

¹⁰ Fala-se que, por excelência, é o contrato a manifestação típica dos negócios jurídicos bilaterais. Cf. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Parte Geral*. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

¹¹ LEÃO, Luana da Costa. As relações negociais eletrônicas. *Revista de Direito Empresarial*, vol. 6/2014, São Paulo, nov./dez. 2014, p. 59-70.

¹² A título de exemplo, ver: REBOUÇAS, Rodrigo Fernandes. *Contratos eletrônicos: formação e validade – aplicações práticas*. São Paulo: Almedina, 2015, p. 23.

¹³ MARQUES, Cláudia Lima. A proteção do consumidor de produtos e serviços estrangeiros no Brasil: primeiras observações sobre os contratos à distância no comércio eletrônico. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 21, Porto Alegre, mar. 2002, pp. 65-99.

consumidores têm acesso ao mercado de consumo global, comunicam-se diariamente com os fornecedores, criam fóruns de discussão sobre produtos e serviços prestados pela rede, fazem reclamações e são atendidos por seus fornecedores.¹⁴

A utilização da Internet como sede do mercado de consumo funciona como vetor do comércio eletrônico¹⁵, fenômeno a partir do qual o usuário da Internet é alçado à condição de adquirente e consumidor de bens (nem sempre corpóreos¹⁶) e serviços em geral. Indo para além do horizonte que já havia sido desbravado pelos contratos à distância¹⁷, o comércio eletrônico passa a se desenvolver efetivamente a partir da lógica da confiança¹⁸, vez que o usuário da rede dificilmente dispõe de meios hábeis a verificar o conteúdo do bem ou serviço ofertado. Uma espécie de “clima de fiabilidade”¹⁹ é instaurado e possibilita que os riscos da prática sejam mitigados em razão da expectativa depositada, no outro, do adimplemento da respectiva obrigação, de acordo com os termos ajustados pelas partes – normalmente, por meio de contratos de adesão.

Em atenção à definição apresentada por Cláudia Lima Marques, o comércio eletrônico seria:

(...) o comércio ‘clássico’ de atos negociais entre empresários e clientes para vender produtos e serviços, agora realizado através de contratações à distância, conduzidas por meios eletrônicos (*e-mail*, mensagens de texto etc.), por Internet (*on-line*) ou por meios de telecomunicação de massa (telefones fixos, televisão a cabo, telefones celulares etc.). Estes negócios jurídicos por meio eletrônico são concluídos sem a presença física simultânea de dois contratantes no mesmo lugar, daí serem denominados, normalmente, *contratos à distância no comércio eletrônico*, e incluem trocas de dados digitais, textos, sons e imagens.²⁰

¹⁴ KLEE, Antonia Espíndola Longoni. *Comércio eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 42-43.

¹⁵ Segundo o conceito apresentado por Miguel Pupo Correia, acerca do mesmo fenômeno aplicado à realidade jurídica portuguesa: “entendemos por comércio electrónico a utilização de tecnologias de informação avançadas para aumento de eficiência de relações entre parceiros comerciais, para desenvolvimento de vendas de bens e prestações de serviços, quer entre empresas, quer ao consumidor final” (CORREIA, Miguel Pupo. *Comércio electrónico no direito português*. In: RIBEIRO, Maria de Fátima; COELHO, Fábio Ulhoa (org.). *Questões de direito comercial no Brasil e em Portugal*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 313).

¹⁶ Sobre a imaterialidade do objeto dos contratos eletrônicos, ver: MARQUES, Cláudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 127.

¹⁷ Necessário observar que em todos os contratos celebrados à distância ocorrem por meios eletrônicos. Importante é a distinção realizada em: KLEE, Antonia Espíndola Longoni. *Comércio eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 40.

¹⁸ LORENZETTI, Ricardo L. *Comércio eletrônico*. Tradução de Fabiano Menke, com notas de Cláudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 60.

¹⁹ “L’internet est une révolution. Il transforme la société en profondeur. (...) Mais faire du commerce sur un réseau ouvert présent des risques spécifiques. Il faut parfois anticiper sur l’ingéniosité des fraudeurs et des escrocs. Un climat de confiance doit impérativement être instauré du côté des acheteurs comme de celui des vendeurs. À cette condition seulement, le commerce en ligne pourra se développer” (MAS-FOVEAU, Séverine; BENACHOUR-VERSTREPEN, Malika. *Le commerce électronique en toute confiance: diagnostic des pratiques et environnement juridique*. Paris: Éditions Litec, 2001, p. 05).

²⁰ MARQUES, Cláudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 35-36.

Deve-se ter em mente, no entanto, que as relações travadas no âmbito do comércio eletrônico nem sempre terão natureza consumerista²¹. Tal afirmação será especialmente relevante para a elucidação das propostas apresentadas na Parte II deste trabalho. Por ora, cumpre ressaltar o que leciona Ricardo L. Lorenzetti: o *e-commerce* não pressupõe que uma das partes busque o lucro no exercício de sua atividade. Desse modo, defende o autor o emprego do termo mais amplo “relações jurídicas por meios eletrônicos”, que compreenderia as relações de direito público realizadas por meios digitais, por meio de vínculos entre Estados ou entre particulares e o setor público, assim como as relações de direito privado, que são concluídas entre empresas (*business to business*), entre empresas e consumidores (*business to consumer*) e, também, entre particulares (direito civil tradicional)²².

A dinâmica do comércio eletrônico favorece a massificação das relações econômicas e estimula o hiperconsumo²³, na medida em que possibilita que todo e qualquer bem seja adquirido e convertido em propriedade individual com relativa facilidade. Contudo, a viabilização do comércio pela Internet oferece um “outro lado da mesma moeda”, que se afigura sob um viés menos consumista e mais sustentável. A aparente simplificação das relações levada a cabo pela rede funciona como terreno fértil para o advento da economia compartilhada²⁴, ou economia do compartilhamento, que teve os seus primórdios nos Estados Unidos durante a primeira década do século XXI²⁵.

Como será visto adiante²⁶, inexistente consenso acerca da terminologia a ser utilizada a respeito do fenômeno – o que, por sua vez, repercute também na análise do escopo da questão, que destoa entre as percepções dos mais variados autores. Todavia, algumas características

²¹ Sobre o assunto, veja-se, *infra*, o Capítulo 4 da Parte II do presente trabalho. Insta, porém, consignar desde logo a reflexão de Fabiano Menke: “é necessário evitar uma excessiva ‘consumerização’ na análise dos fenômenos jurídicos a fim de que a proteção do consumidor seja reservada a quem dela efetivamente necessite e sem que sejam cometidos exageros que acabem onerando em demasia os fornecedores de produtos e serviços” (MENKE, Fabiano. Apontamentos sobre o comércio eletrônico no direito brasileiro. In: RIBEIRO, Maria de Fátima; COELHO, Fábio Ulhoa (org.). *Questões de Direito Comercial no Brasil e em Portugal*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 373).

²² LORENZETTI, Ricardo L. *Comércio eletrônico*. Tradução de Fabiano Menke, com notas de Cláudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 92-93.

²³ BOTSMAN, Rachel; ROGERS, Roo. *O que é meu é seu: como o consumo colaborativo vai mudar o nosso mundo*. Porto Alegre: Bookman, 2011, p. 18.

²⁴ Perceba-se, nesse sentido, que a economia compartilhada exsurge como um desdobramento do comércio eletrônico, embora com ele não se confunde, como resta esclarecido em: CELESTINO, Fernanda Karlla Rodrigues. Economia e Direito e futuro do Direito: economia compartilhada e sua regulação. *Revista Controle (Tribunal de Contas do Ceará)*, v. 15, n. 1, Fortaleza, jan./jun. 2017, p. 274-317, p. 284-285.

²⁵ O termo “*sharing economy*” aparece pela primeira vez em 2008, no texto de Lawrence Lessig, professor da Universidade de Harvard. Ver: LESSIG, Lawrence. *Remix: Making Art and Commerce Thrive in the Hybrid Economy*. Londres: Bloomberry, 2008, p. 143-154.

²⁶ Ver item 2.3, *infra*, intitulado de “Contornos para uma harmonização conceitual”.

comuns podem ser delimitadas, por constituírem elementos basilares da noção de economia do compartilhamento.

O verbo “compartilhar” não foi introduzido no dicionário com o surgimento da *sharing economy*. Muito antes do surgimento da Internet, os indivíduos já compartilhavam carros, lares, ferramentas para consertos – ato historicamente comum que, além de representar cortesia, é realizado com recorrência entre indivíduos que demonstrem certo grau de proximidade entre si. A novidade trazida pela economia do compartilhamento repousa no fato de que essa prática, já conhecida pelos particulares, passa a ser efetuada: (i) por meios eletrônicos, normalmente organizados por plataformas virtuais de intermediação do compartilhamento²⁷; (ii) entre estranhos e desconhecidos – pessoas com as quais seria, há alguns anos, impensável *compartilhar* algo, seja pelo distanciamento ou pela impossibilidade de reconhecimento da oferta e da demanda relacionadas ao caso²⁸; e (iii) potencialmente como fonte de renda, sendo possível – frise-se: e não necessário²⁹ – que as partes obtenham algum tipo de contrapartida monetária a partir do compartilhamento do bem ou serviço.

Dadas tais feições, a economia do compartilhamento consiste, sinteticamente, em *marketplaces* que aproximam e criam redes entre os indivíduos para que possam compartilhar ou trocar ativos (bens ou serviços) com capacidade ociosa de utilização – o que pode se dar com vistas a um benefício monetário ou não. Abrange, assim, uma vasta gama de atividades³⁰, operacionalizadas em modelos colaborativos, que vão desde plataformas sem fins lucrativos a verdadeiras empresas bilionárias destinadas a, especificamente, proporcionar a união de interessados em compartilhar determinados itens.

Lisa Gansky, em um dos estudos precursores sobre a questão, denominava-a de “*the mesh*”. A autora identifica que a estratégica central dessa nova forma de organização econômica

²⁷ BUSCH, C. *et al.* The rise of the platform economy: a new challenge for EU Consumer Law? *Journal of European Consumer and Market Law*, Issue 1/2016, vol. 5, fev. 2016, p. 03-10.

²⁸ “Before the arrival of Internet platforms, people were already lending or renting out goods to others. They shared with family and friends because were known and trusted social contacts. What is new is that users now also lend goods to strangers, because the Internet has enormously decreased transaction costs between unknown others” (FRENKEN, Koen; SCHOR, Juliet. Putting the sharing economy into perspective. *Environmental Innovation and Societal Transitions*, n. 23, 2017, p. 03-10, p. 06). Como se percebe, antes da Internet, o compartilhamento já era possível. A inovação trazida pelas plataformas virtuais se deve à possibilidade de compartilhamento entre estranhos (isto é, indivíduos outrora desconhecidos), aliada à efetiva redução dos custos transacionais necessários para tanto.

²⁹ A doutrina esclarece que, para que uma plataforma seja categorizada como integrante do fenômeno da economia do compartilhamento, não se faz necessária a intenção de obter lucro, podendo o negócio se constituir a título gratuito, tal como ocorre na plataforma *Couchsurfing*, que atua no ramo de compartilhamento de acomodações entre estranhos. Cf. KOOPMAN, C.; MICHELL, M.; THIERER, A. The Sharing Economy and Consumer Protection Regulation: The Case for Policy Change. *The Journal of Business, Entrepreneurship and the Law*, vol. 8, issue 2, article 4, 2015, p. 529-545, p. 531.

³⁰ LEMOS, Ronaldo; SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. Aspectos jurídicos da economia do compartilhamento: função social e tutela da confiança. *Revista de Direito da Cidade*, vol. 8, n. 4, 2016, p. 1757-1777, p. 1764.

é a ideia de *vender* o mesmo produto por *diversas vezes*, utilizando sofisticados sistemas de informação de forma mais eficiente do que aquelas empresas que se destinam a “vender algo para apenas um proprietário”. Os negócios do *mesh* estariam diretamente associados ao crescimento das mídias sociais e das redes móveis de telecomunicação, as quais têm a capacidade de conectar bens e serviços às pessoas – mas apenas quando estas efetivamente precisam e desejam esses itens³¹.

Em outra obra emblemática sobre o assunto, Botsman e Rogers identificam que há, pelo menos, quatro princípios basilares na economia do compartilhamento: a ideia de massa crítica; a capacidade ociosa de determinados bens; a crença no bem comum; e, ainda, a possibilidade de confiança entre estranhos³². Esses princípios se distinguem daqueles que norteiam o comércio eletrônico em si mesmo, por possuírem em si uma forte dimensão social e de redefinição de matizes culturais, em direção a uma forma de consumir mais sustentável, consciente e atenta aos benefícios dessa nova onda.

A criação de valor gerada pelo fenômeno, considerado como um movimento econômico próprio deste século³³, ultrapassa a oportunidade de aproveitamento de capitais mortos ou subutilizados. Incrementando o processo produtivo, permite-se que os custos transacionais sejam significativamente reduzidos, expandido o escopo do mercado e incentivando a competição e a especialização³⁴. Inovações e maior capacidade de escolha, diversificação dos serviços oferecidos, melhores preços e produtos que tendem a apresentar melhores qualidades estão na lista dos benefícios verificados a partir da emergência do fenômeno.

A economia compartilhada é operacionalizada, essencialmente, a partir da noção de plataforma – tanto é que, na doutrina estrangeira, costuma ser igualmente referida como “*platform economy*”³⁵. Por meio de tais plataformas, geralmente virtuais e acessíveis por *websites* e aplicativos de tecnologia móvel, os sujeitos podem interligar-se para o oferecimento de bens, tangíveis ou intangíveis, e serviços, que podem ser trocados, adquiridos ou apenas emprestados durante algum período de tempo, a depender do objeto em questão e do interesse das partes envolvidas no negócio.

³¹ GANSKY, Lisa. *The mesh: why the future of business is sharing*. Nova York: Penguin Books, 2010, p. 09-15.

³² BOTSMAN, Rachel; ROGERS, Roo. *O que é meu é seu: como o consumo colaborativo vai mudar o nosso mundo*. Porto Alegre: Bookman, 2011, p. XV.

³³ MARQUES, Cláudia Lima. A nova noção de fornecedor no consumo compartilhado: um estudo sobre as correlações do pluralismo contratual e o acesso ao consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 111, São Paulo, maio/jun. 2017, p. 247-268, p. 251.

³⁴ KOOPMAN, C.; MICHELL, M.; THIERER, A. The Sharing Economy and Consumer Protection Regulation: The Case for Policy Change. *The Journal of Business, Entrepreneurship and the Law*, vol. 8, issue 2, article 4, 2015, p. 529-545, p. 532.

³⁵ BUSCH, C. *et al.* The rise of the platform economy: a new challenge for EU Consumer Law? *Journal of European Consumer and Market Law*, Issue 1/2016, vol. 5, fev. 2016, p. 03-10.

Via de regra, tais relações podem ser classificadas como vínculos P2P (*peer-to-peer*), vez que se formalizam a partir de uma rede estabelecida por uma arquitetura de computadores, por meio da qual as partes podem compartilhar serviços e dados sem que haja um centralizador de tais informações. No entanto, necessário considerar que, no mais das vezes, a formatação atual da economia do compartilhamento vem proliferando a criação de vínculos contratuais triangulares³⁶, entre a plataforma, o sujeito que oferece o bem ou serviço e aquele que pretende desfrutá-lo. Ainda que a plataforma frequentemente desempenhe o papel de mera intermediária de tais relações, a sua atuação é imprescindível³⁷, porquanto funciona como mecanismo responsável não apenas pela aproximação das partes, mas também pelo gerenciamento de demais questões, como a comunicação entre os membros e a viabilização do pagamento (quando este fizer parte do modelo de negócio estruturado).

Na doutrina nacional, esclarecedor é o conceito insculpido por Cláudia Lima Marques, ao tratar sobre o tema e sua crescente aplicação no direito brasileiro:

(...) posso definir a economia do compartilhamento, de forma simples, como um sistema ‘negocial’ de consumo (*collaborative consumption*), no qual pessoas alugam, usam, trocam, doam, emprestam e compartilham bens, serviços, recursos ou *commodities*, de propriedade sua, geralmente com a ajuda de aplicativos e tecnologia online móvel, com a finalidade de economizar dinheiro, cortar custos, reduzir resíduos, dispêndio de tempo, ou a imobilização de patrimônio ou melhorar as práticas sustentáveis e a qualidade de vida em sua região. São relações de confiança, geralmente contratuais, a maioria onerosa (de bicicletas nas cidades verdes, até carros, estadias e as mais ‘comerciais’, como o Uber, Cabify, Airbnb, Zipcar etc.), sendo gratuito o uso do aplicativo, mas paga um porcentagem do ‘contratado’ ao guardião da tecnologia online, podendo também, às vezes, tomar a forma cooperativa, de *crowdfunding* ou de doação de pequena monta ou trocas gratuitas (livros em táxis etc.).³⁸

Na visão de Rifkin³⁹, essa nova ideia de consumir, que privilegia o acesso em detrimento da propriedade, representaria o início de um processo de decadência do sistema capitalista, baseado na ideia de hiperconsumo e orientado pela obsolescência programada dos bens. Dessa

³⁶ “The legal relationships emerging from the platform’s activity rather create a triangular structure, between the platform, the customer and the supplier. Within this contractual triangle, the platform very often has a pivotal role going far beyond a mere intermediary” (BUSCH, C. et al. The rise of the platform economy: a new challenge for EU Consumer Law? *Journal of European Consumer and Market Law*, Issue 1/2016, vol. 5, fev. 2016, p. 03-10, p. 08).

³⁷ De acordo com autores estrangeiros, as plataformas atuantes na economia compartilhada podem ser consideradas como “*network orchestrators*”, na medida em que criam uma rede de contatos em que os seus participantes podem interagir e integrar a criação de valor (LIBERT, B.; WIND, Y. J.; FENLEY, M. B. What Airbnb, Uber and Alibaba have in common. *Harvard Business Review*, 2014. Disponível em: <https://hbr.org/2014/11/what-airbnb-uber-and-alibaba-have-in-common>. Acesso em 28 jul. 2018).

³⁸ MARQUES, Cláudia Lima. A nova noção de fornecedor no consumo compartilhado: um estudo sobre as correlações do pluralismo contratual e o acesso ao consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 111, São Paulo, mai./jun. 2017, p. 247-268, p. 250.

³⁹ RIFKIN, Jeremy. *Sociedade com custo marginal zero*. São Paulo: M. Books do Brasil, 2016, p. 261-294.

forma, a noção de consumidor e fornecedor estaria prejudicada, vez que, nesses novos processos econômicos, ambas as partes agem como “prosumidores” (*prosumers*) – termo que traduz a confusão entre as figuras de produtor e consumidor, as quais se mesclam em um mercado que os itens são compartilhados em uma rede de colaboração mútua.

De fato, essa nova relação entre os atores econômicos ocorre de forma colaborativa, participativa e horizontal⁴⁰, contrapondo-se à ideia de subordinação e exclusividade. O desenvolvimento de novos mercados acaba por, naturalmente, afetar a rentabilidade de mercados já consagrados e estabelecidos⁴¹, tal como vem ocorrendo com o setor de táxis a partir da ascensão do Uber, com o ramo de hotelaria a partir da disseminação das locações pela AirBnB e, também, com a indústria do cinema e da música a partir do crescimento de sistemas de *streaming*, como Netflix e Spotify.

As repercussões jurídicas advindas desse processo são múltiplas e recaem sobre os mais variados ramos do Direito. São de notável importância as discussões atinentes ao direito concorrencial, vez que a inovação provocada por tais plataformas de colaboração não encontra fundamento nas normas regulatórias vigentes até então. Outrossim, o movimento tem implicações no ramo do direito do trabalho⁴², no direito das coisas (especificamente, na seara dos direitos condominiais e de vizinhança, quanto aos modelos negociais de compartilhamento de lares) e no direito do consumidor (mormente em razão da complexidade dos casos de responsabilidade extracontratual).

2.2 SHARING ECONOMY NA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA

Em pouco mais de uma década, a economia compartilhada se imiscuiu em diversos nichos de mercado, passando pela oferta de acomodações, viagens, entretenimento, transporte comida e atingindo até mesmo a moda⁴³. Embora o fenômeno possua características típicas e comuns, é possível afirmar que o sentido do compartilhamento é ressignificado a partir do modelo de organização adotado por cada negócio. Por isso, fala-se em diferentes “modelos

⁴⁰ HANICH, Caroline Meller; SOARES, Ardyllis. Economia compartilhada e proteção do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 105/2016, São Paulo, mai./jun. 2016, p. 19-31, p. 20.

⁴¹ MILLER, Stephen R. First principles for regulating the sharing economy. *Harvard Journal on Legislation*, vol. 53, 2016, p. 147-202, p. 160.

⁴² Cumpre destacar análise sobre as repercussões da economia compartilhada no direito do trabalho norte-americano: RAMPELL, Catherine. The dark side of sharing economy jobs. *The Washington Post*. Washington, 26 jan. 2015. Disponível em: https://www.washingtonpost.com/opinions/catherine-rampell-the-dark-side-of-sharing-economy-obs/2015/01/26/4e05daec-a59f-11e4-a7c2-03d37af98440_story.html?utm_term=.13e2428d94a0. Acesso em 22 out. 2018.

⁴³ GANSKY, Lisa. *The mesh: why the future of business is sharing*. Nova York: Penguin Books, 2010, p. 17.

negociais” que, oriundos de um mesmo movimento, divergem em termos de extensão e operacionalização das plataformas desenvolvidas.

O reconhecimento das inúmeras possibilidades de organização das plataformas não impede que, em razão de seus aspectos de convergência, algumas estatísticas sejam formuladas. Tais dados são importantes na medida em que se prestam a demonstrar que a economia do compartilhamento não apenas é uma prática em ascensão, mas também que a adesão dos particulares à sua ideia parece ser parte de um contexto mais amplo, e com certo caráter de permanência, de transformação cultural, política e social.

O crescimento da economia compartilhada está diretamente associado à possibilidade de “virtualização” de produtos, serviços e processos empresariais⁴⁴. Nesse sentido, denota-se que a sua evolução não pode ser desvinculada do próprio apogeu do comércio eletrônico em si, cujo faturamento vem aumentando exponencialmente com o passar dos anos. Veja-se, por exemplo, que o setor de e-commerce no Brasil, que partiu de um faturamento de 18,5 bilhões de reais em 2011⁴⁵, superou, em 2017, o rendimento de 45 bilhões de reais, com aumento de 7,5% em relação ao ano anterior⁴⁶.

Segundo os dados publicados pela agência de consultoria PwC⁴⁷, no ano de 2015, 44% dos consumidores norte-americanos estavam familiarizados com as práticas da economia do compartilhamento. No mesmo sentido, estudos elaborados recentemente pela União Europeia revelaram que, em 2016, 17% dos consumidores europeus já haviam utilizado os serviços prestados na economia colaborativa⁴⁸. O mesmo relatório apontou que, em 2015, as plataformas colaborativas geraram receitas para a União Europeia no valor de 3,6 milhões de euros em 2015. Igualmente, estima-se que o fenômeno deve apresentar crescimento anual superior a 25% no

⁴⁴ “In recent years, companies using the platform business model have grown dramatically. Platform business models have emerged in various sectors (...). The growth of the platform economy is closely linked with the digitalism of products, services and business processes” (BUSCH, C. et al. The rise of the platform economy: a new challenge for EU Consumer Law? *Journal of European Consumer and Market Law*, Issue 1/2016, vol. 5, fev. 2016, p. 03-10, p. 03).

⁴⁵ Segundo pesquisa realizada pela Associação Brasileira de Comércio Eletrônico (ABComm). Ver: Segundo dados, E-commerce cresce 12% em 2017 e tem projeção de 15% em 2018. *Exame*, São Paulo, 23 fev. 2018. Disponível em: <http://exame.abril.com.br/negocios/dino/segundo-dados-e-commerce-cresce-12-em-2017-e-tem-projecao-de-15-em-2018/>. Acesso em 04 out. 2018.

⁴⁶ De acordo com os dados fornecidos a partir da 37ª edição da pesquisa Webshoppers (2018), elaborada pela Ebit em parceria com a empresa Elo. Disponível em: <https://www.jetecommerce.com.br/blog/crescimento-do-e-commerce-no-brasil/>. Acesso em 04 out. 2018.

⁴⁷ Dados constantes do estudo elaborado pela empresa de consultoria PricewaterhouseCoopers LLP (PwC), no ano de 2015, intitulado de “Sharing economy”. Disponível em: <http://pwc.com/CISsharing>. Acesso em 05 set. 2018.

⁴⁸ UNIÃO EUROPEIA. *Relatório da União Europeia sobre uma Agenda Europeia para a Economia Colaborativa*. Parlamento Europeu. Bruxelas, 2017, p. 09. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A8-2017-0195+0+DOC+XML+V0//PT>. Acesso em 03 set. 2018.

território europeu⁴⁹, com crescimento acentuado ao longo dos anos, atingindo a casa dos bilhões em suas receitas ainda nos próximos anos⁵⁰.

No cenário brasileiro, a economia compartilhada também vem ganhando considerável espaço, principalmente a partir da profusão das tecnologias móveis e da facilidade de acesso proporcionada pelos aplicativos de celulares e *smartphones*. De acordo com estudo realizado em 2016 pela escola de negócios IE Business School, em parceria com o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) e com o Ministério de Economia e Competitividade da Espanha, apontou que o Brasil figura como líder na América Latina em termos de iniciativas do gênero⁵¹. O número de plataformas criadas por *startups* no país se encontra em vasta expansão⁵², dominando, ao menos quantitativamente, o mercado nacional⁵³. A crise econômica enfrentada pelos brasileiros contribui, na opinião de especialistas, para a ascensão do compartilhamento, que, a médio e longo prazos, deverá representar mais de 30% do Produto Interno Bruto (PIB) no país⁵⁴.

Pesquisas realizadas pelo SPC Brasil e pela Confederação Nacional de Dirigentes Lojistas apontam que, nessa toada de crescimento do compartilhamento, as modalidades mais conhecidas e utilizadas pelos brasileiros são o aluguel de casas e apartamentos em contato direto com o proprietário, caronas para o trabalho ou faculdade e aluguel de roupas⁵⁵. O levantamento também aponta que 68% dos brasileiros se imaginam participando de práticas de economia

⁴⁹ O Relatório elaborado pelo Parlamento Europeu também aponta que os benefícios econômicos decorrentes da economia compartilhada podem atingir os 572 bilhões de euros. Recomenda, entretanto, que esses dados sejam vistos com certa prudência, uma vez que ainda é difícil determinar o valor desse movimento, o que se deve à falta de metodologia relativamente às formas de avaliação dos seus impactos na economia, na sociedade e no meio ambiente. Igualmente, segundo a UE, há deficiência nos dados recolhidos a respeito do fenômeno.

⁵⁰ Dados constantes do estudo elaborado pela empresa de consultoria PricewaterhouseCoopers LLP (PwC), no ano de 2015, intitulado de “*Sharing economy*”. Disponível em: <http://pwc.com/CISsharing>. Acesso em 05 set. 2018.

⁵¹ Cf. CELESTINO, Fernanda Karlla Rodrigues. Economia e Direito e futuro do Direito: economia compartilhada e sua regulação. *Revista Controle (Tribunal de Contas do Ceará)*, v. 15, n. 1, jan./jun. 2017, p. 274-317, p. 287.

⁵² Para tanto, ver interessante listagem sobre *startups* brasileiras que se apresentam como novas ideias no ramo da economia compartilhada. Disponível em: <http://idgnow.com.br/ti-pessoal/2018/06/19/3-startups-brasileiras-que-renovam-o-conceito-de-economia-compartilhada/>. Acesso em 05 set. 2018.

⁵³ Segundo estudo realizado por CEZAR *et al.*, das 111 plataformas digitais analisadas (todas relacionadas à economia do compartilhamento), 76 são plataformas nacionais, desenvolvidas no Brasil, enquanto 35, embora estejam inseridas no mercado do país, foram desenvolvidas por organizações estrangeiras. Cf. CEZAR *et al.* Panorama das plataformas digitais de consumo colaborativo no Brasil: uma análise descritiva. *International Journal of Business and Marketing (IJBMT)*. Porto Alegre, v. 3, n. 1, 2018, p. 40-54, p. 52.

⁵⁴ Conforme projeções realizadas por especialistas. Ver: Compartilhamento pode ser 30% do PIB de serviços, veem especialistas. *Revista Valor Econômico*, 28 out. 2017. Disponível em: <https://www.valor.com.br/brasil/5174538/compartilhamento-pode-ser-30-do-pib-de-servicos-veem-especialistas>. Acesso em 10 out. 2018.

⁵⁵ Consumo colaborativo: 40% dos brasileiros já trocaram hotel por residência de terceiros. *Confederação Nacional de Dirigentes Lojistas*, 2017. Disponível em: <http://www.cndl.org.br/noticia/consumo-colaborativo-40-dos-brasileiros-ja-trocaram-hotel-por-residencia-de-terceiros/>. Acesso em 05 set. 2018.

colaborativa nos próximos anos, e que 89% daqueles que já utilizaram algum serviço do tipo se sentiram satisfeitos com a experiência vivenciada⁵⁶.

As perspectivas de sucesso não afastam, contudo, a necessidade de refinamento das tecnologias de compartilhamento para que um maior número de sujeitos possa não apenas tomar conhecimento de sua dinâmica, mas também se sinta encorajado a aderir ao fenômeno e incorporar as práticas de colaboração em sua rotina. Nos Estados Unidos, 72% dos consumidores sentem que a experiência de economia compartilhada não é efetivamente consistente, e 69% afirmam que não confiariam em empresas de *sharing economy* até que fossem recomendadas por algum conhecido⁵⁷. No Brasil, tais dados não discrepam em grande escala: 47% dos consumidores relatam o medo de fraudes diante da adesão ao movimento; 42% referem ter medo de lidar diretamente com estranhos, muito em razão da suposta falta de garantias no caso de não cumprimento de acordos, principalmente no setor de aluguel de quartos para outras pessoas, *cohousing*, *coworking* e compartilhamento de caronas⁵⁸.

2.3 CONTORNOS PARA UMA HARMONIZAÇÃO CONCEITUAL

Em uma análise empírica, são incontestáveis as evidências acerca de uma crescente alteração nos processos de consumo de bens e serviços em direção à consagração da ideia de compartilhamento⁵⁹. Entretanto, a amplitude das transformações fáticas causadas pelo fenômeno conduz à dificuldade de sua conceituação, subsistindo diversas controvérsias sobre a nomenclatura mais adequada para designar o movimento econômico identificado pela noção de colaboração.

A ausência de uniformidade terminológica, acompanhada das ambiguidades e imprecisões de que padecem diversos estudos a respeito do tema, torna ainda mais complexa a tarefa de compreender o fenômeno e traçar as diretrizes de seu desenvolvimento. A quantidade de trabalhos que se dispõe a tratar detidamente – e com rigor – da questão terminológica é,

⁵⁶ Economia compartilhada deixa 89% de seus usuários satisfeitos, revela estudo da CNDL/SPC Brasil. *Confederação Nacional de Dirigentes Lojistas*, 22 ago. 2018. Disponível em: <http://site.cndl.org.br/economia-compartilhada-deixa-89-de-seus-usuarios-satisfeitos-revela-estudo-da-cndlspc-brasil/>. Acesso em 10 set. 2018.

⁵⁷ Dados constantes do estudo elaborado pela empresa de consultoria PricewaterhouseCoopers LLP (PwC), no ano de 2015, intitulado de “*Sharing economy*”. Disponível em: <http://pwc.com/CISsharing>. Acesso em 05 set. 2018.

⁵⁸ Consumo colaborativo: 40% dos brasileiros já trocaram hotel por residência de terceiros. *Confederação Nacional de Dirigentes Lojistas*, 2017. Disponível em: <http://www.cndl.org.br/noticia/consumo-colaborativo-40-dos-brasileiros-ja-trocaram-hotel-por-residencia-de-terceiros/>. Acesso em 05 set. 2018.

⁵⁹ Tal como revela a análise realizada pela empresa de consultoria PwC, “(...) *yet in between the haggling over the most-accurate moniker, there was uniform agreement that the so-called sharing economy is getting very big, very fast—and is something that business executives very much need to tune into*”. Disponível em: <http://pwc.com/CISsharing>. Acesso em 05 set. 2018.

ainda, insuficiente. Para além disso, a maioria das obras é fruto de observações por autores estrangeiros⁶⁰, abordando as características do fenómeno encontradas, prevalentemente, nos Estados Unidos e na Europa.⁶¹

Ainda que, nas palavras de Carlos Affonso Pereira de Souza e Ronaldo Lemos, a economia do compartilhamento seja apenas um “disputado termo que procura caracterizar esse momento de transformação”⁶², faz-se imprescindível a articulação e a sistematização de um termo que não se preste a reafirmar o senso comum. Como externalizado por autores como Koen Frenken e Juliet Schor, a novidade trazida pela ideia acarreta a dificuldade de seu entendimento⁶³, e um discurso isoladamente proposto a defender a verificação uma “nova tendência” dotada de “sofisticação tecnológica” pode, ao fim e ao cabo, encerrar o vício de desconsiderar que o compartilhamento é um hábito próprio do ser humano e que surge em momento muito anterior ao desenvolvimento de plataformas virtuais organizadas para tais finalidades.

Em suma, compete à doutrina o papel inarredável de examinar as especificidades e singularidades da economia do compartilhamento, de modo a conceber uma taxonomia para o campo e explorar as interdependências entre os diversos ramos do conhecimento que permeiam a sua realidade⁶⁴. Com o propósito de ilustrar as discrepâncias terminológicas relatadas e, também, justificar a adoção do termo “economia compartilhada” no presente trabalho, importa destacar alguns posicionamentos encontrados na doutrina estrangeira em relação ao assunto.

Uma primeira definição é reputada como clássica no ramo da *sharing economy*, por ter sido, talvez, a precursora em uma análise pormenorizada acerca da matéria. Elaborada por Rachel Botsman e Roo Rogers, apresenta uma perspectiva mais entusiasmada sobre o surgimento do fenómeno, que reconhece como sinónimos os termos “economia compartilhada” e “consumo colaborativo”:

⁶⁰ SILVEIRA, L. M.; PETRINI, M.; SANTOS, A. C. M. Z. Economia compartilhada e consumo colaborativo: o que estamos pesquisando? *REGE – Revista de Gestão*, n. 23, set. 2016, pp. 298-305, p. 301.

⁶¹ Além disso, os poucos estudos desenvolvidos no Brasil foram elaborados na área da Administração, sendo raras as abordagens efetivamente jurídicas a respeito do fenómeno (BARROS, A. C. P.; PATRIOTA, K. R. M. P. Consumo colaborativo: perspectivas, olhares e abordagens transdisciplinares. *Signos do consumo*, v. 9, n. 2, jul./dez. 2017, p. 4-15, p. 07).

⁶² LEMOS, Ronaldo; SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. Aspectos jurídicos da economia do compartilhamento: função social e tutela da confiança. *Revista de Direito da Cidade*, vol. 8, n. 4, 2016, p. 1757-1777, p. 1757.

⁶³ FRENKEN, Koen; SCHOR, Juliet. Putting the sharing economy into perspective. *Environmental Innovation and Societal Transitions*, n. 23, 2017, p. 03-10, p. 04.

⁶⁴ FREITAS, C. S.; PETRINI, M. C.; SILVEIRA, L. M. *Desvendando o consumo colaborativo: uma proposta de tipologia*. CLAV 2016: 9th Latin American Retail Conference. Disponível em: <http://repositorio.pucrs.br/dspace/handle/10923/10138>. Acesso em 05 set. 2018.

Todos os dias as pessoas estão usando o consumo colaborativo – compartilhamento tradicional, escambo, empréstimo, negociação, locação, doação e troca – redefinido por meio da tecnologia e de comunidades entre pares. O consumo colaborativo permite que as pessoas, além de perceberem os benefícios enormes do acesso a produtos e serviços em detrimento da propriedade, economizem dinheiro, espaço e tempo, façam novos amigos e se tornem cidadãos ativos novamente. Redes sociais, redes inteligentes e tecnologias em tempo real também estão conseguindo superar modos ultrapassados de hiperconsumo, criando sistemas inovadores baseados no uso compartilhado, como acontece com carros ou bicicletas. Estes sistemas fornecem benefícios ambientais significativos ao aumentar a eficiência do uso, ao reduzir o desperdício, ao incentivar o desenvolvimento de produtos melhores e ao absorver o excedente criado pelo excesso de produção e de consumo.⁶⁵

O ideal veiculado na conceituação, embora possua o mérito de ter inaugurado, em grande medida, as discussões sobre o movimento, pode soar como uma representação idílica da prática econômica. A ressalva, dessa forma, deve ser feita: a ideia de que o evento seria um mecanismo de superação do sistema capitalista parece olvidar que, mesmo nas relações econômicas da economia do compartilhamento, ainda está presente a essência do mercado⁶⁶ – mormente o fato de que considerável parte dos ingressantes na economia compartilhada almeja justamente ou rentabilizar algum bem ou serviço com capacidade ociosa, ou utilizar este bem ou serviço a preços mais baratos. A ideia de concorrência e de lucro ainda se fazem integralmente presentes – o que não contradiz o propósito de compartilhamento ínsito aos atos, ainda que se afigurem como integralmente econômicos.

Talvez tenha sido essa a razão pela qual Rachel Botsman se dedicou a realizar, anos mais tarde, um certo refinamento dos conceitos, passando a distinguir a *sharing economy* como uma espécie de “fórmula de operacionalização” do consumo colaborativo. Para tanto, a autora define-a como “*an economic model based on sharing underutilized assets from spaces to skills to stuff for monetary or non-monetary benefits. It is currently largely talked about in relation to P2P marketplaces but equal opportunity lies in the B2C models*”⁶⁷.

⁶⁵ BOTSMAN, Rachel; ROGERS, Roo. *O que é meu é seu: como o consumo colaborativo vai mudar o nosso mundo*. Porto Alegre: Bookman, 2011, p. XIV.

⁶⁶ Como bem destacam LOSINSKAS e FIGUEIROA: “Um indivíduo não resolve compartilhar sua casa, carro, tempo de serviço se não for em troca de uma remuneração. Essa é a lógica do Uber, que no Brasil tem servido como alternativa ao desemprego nos tempos de crise, do próprio Airbnb, em que pessoas que possuem casas de veraneio, ou até suas próprias residências quando tem um cômodo livre, encontraram uma ferramenta para alcançar um número maior de consumidores em potencial do que no método tradicional de anúncio em jornal ou imobiliária local para ofertar o tempo ocioso de seus imóveis, reduzindo os custos de manutenção de seus bens, compondo a renda mensal ou até transformando essas atividades em meio principal de obtenção de recursos financeiros. E isso só para citar as duas empresas/aplicativos que costumam ser indicados como bastiões ou representantes maiores desse movimento de economia compartilhada. Ou seja, na essência das relações econômicas não há nada de inovador, bem pelo contrário” (LOSINSKAS, P. V. B.; FIGUEIROA, C. C. *Economia compartilhada e direito: uma relação (ainda) tormentosa*. I Fórum Mackenzie de Liberdade Econômica. Centro de Liberdade Econômica Mackenzie, nov. 2017, p. 01-14, p. 07).

⁶⁷ BOTSMAN, Rachel. *The sharing economy lacks a shared definition*. Fast Company, 2013. Disponível em: <https://www.fastcompany.com/3022028/the-sharing-economy-lacks-a-shared-definition>. Acesso em 22 set. 2018.

Em avaliação semelhante, Christopher Koopman, Matthew Michell e Adam Thierer sugerem ser “útil” pensar na economia compartilhada como “*any marketplace that brings together distributed networks of individuals to share or exchange otherwise underutilized assets*”. Dessa maneira, o conceito incluiria, nos termos utilizados pelos autores, “*all manner of goods and services shared or exchanged for both monetary and nonmonetary benefit*”⁶⁸

Koen Frenken e Juliet Schor, em uma corrente dissonante, restringem o âmbito de incidência do termo, sustentando que plataformas como o E-Bay e OLX, por exemplo, não podem ser referidas como exemplos do fenômeno da economia colaborativa, por se tratar apenas de transmissão de propriedade por meio de tecnologias virtuais – o que, segundo as autoras, não se coaduna com o espírito ínsito à ideia de compartilhamento de ativos com capacidade excedente. De acordo com tal reflexão, “*consumers selling goods to each other is called the second-hand economy. This does not fall under the sharing economy as consumers grant each other permanent access, rather than temporary access to their goods*”⁶⁹.

Especialmente interessante é o significado construído por Arun Sundararajan, que estabelece uma relação de identificação entre os termos “*sharing economy*” e “*crowd-based capitalism*”. Para ele, ambos os conceitos servem para a descrição de um sistema econômico caracterizado pela criação de mercados que permitem a troca de bens e a emergência de novos serviços, potencializando as atividades econômicas; pela abertura de capital de alto impacto no que tange a ativos, habilidades, tempo e dinheiro; pelo desenvolvimento de redes baseadas no acesso descentralizado e não hierárquico; e, finalmente, pelas divisões nebulosas entre o pessoal e o profissional.

Antevendo que a sua concepção seria alvo de críticas, o estudioso, em seu livro, consigna que:

I am unaware of any consensus on a definition of the sharing economy. So I am quite sure that some readers may object to my definition, and perhaps feel that is biased toward the capitalist side of the phenomenon, and further, that it misuses the term “sharing” in describing what is often commercial exchange. (...). Although I find ‘crowd-based capitalism’ most precisely descriptive of the subject matter I cover, I continue to use ‘sharing economy’ as I write this book because it maximizes the number of people who seem to get what I’m talking about.⁷⁰

⁶⁸ KOOPMAN, C.; MICHELL, M.; THIERER, A. The Sharing Economy and Consumer Protection Regulation: The Case for Policy Change. *The Journal of Business, Entrepreneurship and the Law*, vol. 8, issue 2, p. 529-545, p. 530-531.

⁶⁹ FRENKEN, Koen; SCHOR, Juliet. Putting the sharing economy into perspective. *Environmental Innovation and Societal Transitions*, n. 23, 2017, p. 03-10, p. 05.

⁷⁰ SUNDARARAJAN, Arun. *The Sharing Economy – The End of Employment and the Rise of Crowd-Based Capitalism*. Cambridge: MIT Press, 2016, p. 27.

Na esteira do conceito elaborado por Sundararajan, o presente trabalho adota a terminologia “economia do compartilhamento” por crer que o termo é capaz de transmitir ao leitor a matriz principal do fenômeno analisado: a noção de compartilhamento. O vocábulo “colaboração” pode induzir à crença de que as partes interessadas em compartilhar visam, como objetivo precípua de suas práticas, à satisfação da pretensão daquele com quem se relacionam. Não parece ser esse, contudo, o significado real de boa parte das relações travadas na economia do compartilhamento: em grande medida, os indivíduos almejam maximizar e rentabilizar bens que se encontravam subutilizados para, finalmente, proporcionar lucro – isto é, com vistas a satisfazer necessidades financeiras que são próprias. Ora, nesse caso, não há se falar em um propósito maior de “colaboração”, mas na verificação do interesse de satisfação de uma necessidade pessoal que se viabiliza pelo mecanismo do compartilhamento. A aproximação entre os sujeitos por meio da colaboração é, portanto, não o sentido do compartilhamento, mas o mecanismo pelo qual o ato de compartilhar se concretiza. O fim último do fenômeno não será “proporcionar a colaboração”, mas efetivamente compartilhar o acesso a um bem ou a um serviço – o que, embora proporcione uma nova visão cultural acerca da sociedade de hiperconsumo, não se distancia da mesma economia que funciona, nos dias de hoje, como a força-motriz do sistema capitalista.

Cumprе esclarecer, nesse sentido, que os termos “economia compartilhada” e “economia do compartilhamento” serão empregados neste estudo em detrimento de outras terminologias, como “consumo colaborativo” e “*peer-to-peer economy*”. A adoção dos conceitos supramencionados não pretende desconsiderar a existência de terminologias diversas, nem negar a sua ampla utilização pela doutrina especializada. Consiste, antes de tudo, em um esforço de uniformização conceitual que se justifica por dois motivos. Primeiro, para impedir que o fenômeno seja imediatamente identificado com a noção de “consumo”, uma vez que nem todas as relações estabelecidas no âmbito das plataformas de compartilhamento podem ser classificadas como consumeristas. Segundo, para afastar a pressuposição de que todas relações jurídicas se darão sob o formato P2P (*peer-to-peer*), sendo igualmente possível a constituição de relações B2C (*business to consumer*).

Tais questões, acerca da caracterização jurídica das relações oriundas das plataformas de compartilhamento, serão devidamente elucidadas na Parte II do presente estudo. Por ora, insta ressaltar que o conceito de economia compartilhada é, em sua natureza, abrangente e inclui tanto aquelas figuras que repudiam a lógica empresarial quanto aquelas que se ajustam com

base em atividades verdadeiramente comerciais⁷¹. Talvez, como refere Sundararajan⁷², a economia compartilhada deva o seu sucesso justamente às suas contradições internas e à complexidade dos modelos negociais que estão sob a sua égide.

⁷¹ LEMOS, Ronaldo; SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. Aspectos jurídicos da economia do compartilhamento: função social e tutela da confiança. *Revista de Direito da Cidade*, vol. 8, n. 4, 2016, p. 1757-1777, p. 1764.

⁷² SUNDARARAJAN, Arun. *The Sharing Economy – The End of Employment and the Rise of Crowd-Based Capitalism*. Cambridge: MIT Press, 2016, p. 205.

3 A PLATAFORMA VIRTUAL DA AIRBNB

Recorrentemente, a AirBnB é reputada como um dos grandes *cases* de sucesso derivados do fenômeno da economia compartilhada. Especializada no compartilhamento de lares, a plataforma se dedica a viabilizar alugueis de curta duração em espaços ociosos, a exemplo de cômodos vagos de casas e apartamentos.

Assim, este capítulo busca, em primeiro lugar, explorar as principais questões sobre o ideal subjacente da plataforma, que a insere efetivamente no contexto da *sharing economy* (3.1). Da mesma forma, pretende-se explorar os aspectos que caracterizam a dinâmica de funcionamento e organização da plataforma (3.2), cotejando a sua formatação atual com as “Condições de Uso”, cujos termos foram recentemente alterados pela empresa (3.3).

3.1 O IDEAL DE HOSPEDAGEM COMO PERTENCIMENTO

A dificuldade de elaboração de um conceito uniforme que traduza a economia do compartilhamento deve-se, em grande parte, às infinitas possibilidades de manifestação do fenômeno. Ainda que algumas plataformas trabalhem sobre os mesmos nichos de mercado, os modelos negociais ostentam peculiaridades que os diferenciam largamente entre si. As especificidades contidas em cada negócio correspondem diretamente às políticas – administrativas, logísticas, econômicas – adotadas pela plataforma que intermedia o compartilhamento. No caso da plataforma AirBnB, essa política parece ser mais do que uma orientação corporativa: constitui, na realidade, o que passou a se chamar de uma *filosofia* própria da empresa.

A AirBnB figura atualmente – ao lado da plataforma de transportes Uber – como um dos principais expoentes da economia compartilhada, tendo sido uma das primeiras empresas a se inserir no mercado a partir da ideia de defesa da maximização da capacidade útil dos bens⁷³. Especialmente, a AirBnB iniciou a sua caminhada buscando transformar pequenos cômodos vagos de propriedades particulares em acomodações para turistas. Mais do que possibilitar que um pequeno espaço disponível de uma casa se transforme em um local para estadia de visitantes desconhecidos, a plataforma logrou êxito em reinventar a noção de hospedagem, por meio da

⁷³ OSKAM, J.; BOSWIJK, A. Airbnb: the future of networked hospitality businesses. *Journal of Tourism Futures*, vol. 2, issue 1, 2016, p. 22-42. Disponível em: <https://doi.org/10.1108/JTF-11-2015-0048>. Acesso em: 15 out. 2018.

construção de uma filosofia, até então, singular: a hospedagem deve ser capaz de proporcionar a hospitalidade e produzir o sentimento de *pertencimento*⁷⁴.

“Pertencer” pode ser considerado um termo *sentimental*, mas é igualmente capaz de exprimir a ideia que procura ser informada pelas políticas da empresa e que funciona como objetivo norteador de toda a estruturação do modelo negocial. É, a bem da verdade, o que singulariza a AirBnB diante das demais plataformas de economia do compartilhamento. Cumpre ressaltar que o surgimento da plataforma não inaugurou o setor de *collaborative housing*, que, na primeira década do século XX, contava há muito com diversas *startups* no ramo. O diferencial que torna a AirBnB uma plataforma mundialmente conhecida nos dias de hoje é justamente o fato de não ser apenas uma marca, mas de veicular, em alguma medida, uma ideia, associada à experiência de *pertencer* ao local em que se está viajando.

Essa dinâmica de pertencimento é hodiernamente viabilizada não apenas pela disponibilização de acomodações para aluguel na plataforma. Mais do que oferecer quartos vagos em suas residências ou casas de praia que se encontram subutilizadas durante boa parte do ano, os membros da plataforma podem, em uma nova versão do *website*/aplicativo, divulgar *experiências*, transformando-se em verdadeiros guias para os turistas de sua região. Desde as ideias mais simples, como uma visita guiada a um bairro conhecido intimamente por um antigo morador, até propostas mais rebuscadas, como voos de asa-delta e trilhas por caminhos inusitados – todas as experiências têm o propósito de concretizar o ideal que moveu, há dez anos, a criação da plataforma: permitir que os turistas possam não apenas estar em determinado local enquanto viajam, mas sintam-se efetivamente parte integrante daquela nova realidade.

Experimentar a vida de um local: basicamente, é o que busca proporcionar a AirBnB a partir dos diversos serviços disponibilizados na versão atual da plataforma, que engloba as ditas experiências até catálogos de reservas de restaurantes. Esse trabalho busca, no entanto, tratar detidamente da dinâmica de oferta de *acomodações* na plataforma, que consiste no cerne das questões a serem desenvolvidas no estudo.

⁷⁴ Como ressalta Arun Sundararajan, “*there is an intimacy associated with na Airbnb stay*” (SUNDARARAJAN, Arun. *The Sharing Economy – The End of Employment and the Rise of Crowd-Based Capitalism*. Cambridge: MIT Press, 2016, p. 40).

A AirBnB, empresa criada em 2008 por três jovens rapazes estadunidenses⁷⁵, foi responsável por popularizar o termo “compartilhamento de lares”⁷⁶, e isso se deve ao fato de ter se inserido no mercado de uma forma distinta das demais empresas já atuantes no ramo. Além de privilegiar o desenvolvimento de uma interface amistosa para o usuário, a plataforma se distinguiu das demais por possibilitar o aluguel de quartos por públicos com interesses variados: enquanto alguns podem preferir acomodações mais simples, outros podem desejar a locação de casas na árvore, castelos, casas-barco e tendas – todos esses imóveis estão igualmente inscritos na plataforma e disponíveis para aluguel⁷⁷. O propósito de elaboração de um sistema acessível, somado a um espírito aventureiro que subjaz aos motivos que levaram à constituição da empresa, torna possível a hospedagem em áreas distantes das convencionalmente frequentadas por turistas, proporcionando uma experiência de viagem mais intimista e menos artificial⁷⁸ – tudo isso por um preço inferior ao veiculado pelas grandes cadeias de hotéis.

Já em 2011 – isto é, apenas três anos após a sua criação – a AirBnB havia concretizado um milhão de reservas por meio de sua plataforma⁷⁹. Em 2017, o seu valor no mercado atingiu o montante de trinta bilhões de dólares e, atualmente, consolida-se como a maior fornecedora de acomodações do mundo, superando qualquer hotel existente no mundo⁸⁰. O seu sucesso decorre não somente do momento de sua criação, que se deu no auge da época de recessão e potencializou o interesse por viagens mais baratas e por oportunidades de monetizar espaços vagos em casas ou apartamentos. A empresa soube aproveitar bem uma espécie de sensação generalizada de cansaço em relação à experiência fornecida por hotéis, explorando o ramo da indústria de hospitalidade sob um viés pouco comercial – sem deixar de ser, contudo, uma empresa que percebe lucros significativos pelo desempenho de suas atividades. Ademais, o clima de desconfiança em relação ao governo estadunidense ampliou, à época, a busca por

⁷⁵ O contexto de criação da empresa é uma das histórias mais inspiradoras e revolucionárias no ramo das *startups*. Os três jovens estadunidenses – Nathan Blecharczyk, Brian Chesky e Joe Gebbia – estavam sem dinheiro para pagar o aluguel do apartamento em que moravam (São Francisco, na Califórnia). Diante da dificuldade, aproveitaram a realização de uma conferência de designers na cidade, que contava com a maioria dos hotéis lotados, para alugar espaços dentro do apartamento em que viviam, desenvolvendo, para tanto, a primeira versão da atual plataforma. Após conseguirem três hóspedes, com perfis bastante diferentes do que imaginavam, os rapazes perceberam que a ideia poderia dar certo. De fato, o presságio foi correto, e a ideia deu origem ao que hoje é a AirBnB.

⁷⁶ GALLAGHER, Leigh. *A história da Airbnb: como três rapazes comuns agitaram uma indústria, ganharam bilhões... e criaram muita controvérsia*. Tradução de Santiago Nazarian. São Paulo: Buzz Editora, 2018, p. 09.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 12.

⁷⁸ SUNDARARAJAN, Arun. What Airbnb gets about culture that Uber doesn't. *Harvard Business Review*, 2014. Disponível em: <https://hbr.org/2014/11/what-airbnb-gets-about-culture-that-uber-doesnt>. Acesso em 25 set. 2018.

⁷⁹ GALLAGHER, Leigh. *A história da Airbnb: como três rapazes comuns agitaram uma indústria, ganharam bilhões... e criaram muita controvérsia*. Tradução de Santiago Nazarian. São Paulo: Buzz Editora, 2018, p. 12.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 64.

meios individuais e autossuficientes de empoderamento econômico⁸¹, causando um verdadeiro *boom* nas políticas regulatórias até então vigentes nos Estados Unidos.

A inovação do modelo comercial associa-se principalmente à diversidade geográfica proporcionada pelo seu funcionamento, que transforma qualquer lugar do mundo em um destino turístico viável. O fenômeno é eminentemente urbano: onde existir uma casa, poderá se instalar um hóspede. Nesse contexto, como se pode supor, os serviços da plataforma chegaram também ao Brasil e já apresentam números relevantes: em 2017, mais de dois milhões de pessoas se hospedaram em acomodações oferecidas pela plataforma no país, o que configura um aumento de 120% em relação ao ano anterior⁸².

3.2 OPERACIONALIZAÇÃO DA PLATAFORMA VIRTUAL

Como dito alhures, a disrupção⁸³ produzida pelo advento da AirBnB relaciona-se diretamente com a forma de apresentação da plataforma na rede. São os recursos disponibilizados pela AirBnB, aliados ao ideal de hospedagem como pertencimento, que consagram a empresa no mercado atual, posicionando-a como líder no setor de compartilhamento de lares dessa nova economia que se forma.

A compreensão da dinâmica de funcionamento da plataforma é essencial para a análise das relações nela firmadas – e, conseqüentemente, para o exame das questões jurídicas que sobressaem de tais vínculos obrigacionais. Considerando que um dos principais diferenciais da plataforma é justamente o seu modo de funcionamento, importa, nesse momento, estudar o seu modo de organização e operacionalização, verificando quem são os usuários da AirBnB e de que forma são classificados segundo a sua atuação como membros da rede.

Um dos aspectos que deve ser inicialmente ressaltado consiste no fato de que a AirBnB se inclui na economia do compartilhamento como uma plataforma que possui fins lucrativos. Tendo em vista as ponderações realizadas no capítulo anterior, resta claro que a pretensão de lucratividade não é inerente a todas as manifestações do compartilhamento. No caso ora em

⁸¹ GALLAGHER, Leigh. *A história da Airbnb: como três rapazes comuns agitaram uma indústria, ganharam bilhões... e criaram muita controvérsia*. Tradução de Santiago Nazarian. São Paulo: Buzz Editora, 2018, p. 162-163.

⁸² CAPELAS, Bruno. Número de hóspedes do AirBnB no Brasil mais que dobra em 2017. *Jornal O Estado de S. Paulo*, 19 abr. 2018. Disponível em: <https://link.estadao.com.br/noticias/empresas,numero-de-hospedes-do-airbnb-no-brasil-mais-que-dobra-em-2017,70002274322>. Acesso em 20 set. 2018.

⁸³ “Tecnologia disruptiva (ou destrutiva) é o nome dado as inovações tecnológicas que causam alterações abruptas no estado de arte da indústria. Atualmente, tem ganhando destaque o nível de ‘disrupção’ causada pelos serviços baseados em ‘sharing economy’ ou ‘consumo colaborativo’” (COUTO, R.; NOVAIS, L. Regulação de tecnologias disruptivas: uma análise de sharing economy. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 111, mai./jun. 2017, p. 269-292, p. 269).

análise, contudo, esse propósito resta inequívoco: a AirBnB é uma sociedade empresarial que extrai, a partir das operações realizadas em sua plataforma, considerável percentual de lucro – o que justificam os investimentos massivos realizados na plataforma por grandes investidores em *startups*. Inexistindo o interesse em ganhos econômicos, dificilmente tais aportes financeiros seriam efetuados.

A utilização da plataforma se dá mediante o cadastro dos internautas, que deverão escolher a maneira pela qual desejam nela atuar: como *anfitriões* ou como *hóspedes*. A rigor, os anfitriões serão aqueles membros da plataforma interessados em ofertar algum imóvel para locação de curto prazo. O imóvel a ser anunciado pode variar de um quarto compartilhado até um iglu situado no Alaska. Como refere a própria empresa, não há limites impostos aos locais que podem ser ofertados na plataforma. Por sua vez, como se pode imaginar, os hóspedes serão aqueles membros interessados em locar algum imóvel durante algum período de tempo, almejando desfrutar das acomodações durante viagens de lazer ou negócios. Ambas as posições – hóspede e anfitrião – podem ser cumuladas, ou seja, aquele que oferece um espaço na plataforma pode, quando necessário, reservar as propriedades dos demais anfitriões.

Conjuntamente, os membros formam o que se chama de “*comunidade*” da AirBnB, denominação que se justifica na medida em que o verdadeiro patrimônio da plataforma é, em verdade, constituído pela atuação de seus membros. A AirBnB não possui nenhum dos imóveis ofertados nem mecanismos incisivos de captação de hóspedes. A plataforma é vivificada continuamente pela atuação permanente de seus membros, que ora consomem os seus serviços, ora deles desfrutam para obter algum rendimento – sempre, contudo, exercendo o papel de recurso essencial que torna possível o funcionamento da AirBnB. Sem a inscrição de seus membros e sem a utilização da plataforma por eles, não haveria se falar em compartilhamento propriamente dito.

De fato, o serviço oferecido é bastante simples e a ideia que sustenta esse modelo negocial não é, si mesma, inovadora. A dinâmica básica de organização da plataforma se funda na aproximação de anfitriões e hóspedes, de modo que os anúncios possam ser disponibilizados e as reservas sejam concretizadas por meio do *website* ou aplicativo. Os lucros percebidos pela plataforma derivam da taxa de serviço cobrada das transações, que costuma ser de 3% para os anfitriões e variável de 0 a 20% para os hóspedes⁸⁴, incidindo sobre o subtotal da reserva. De acordo com as informações disponibilizadas no *website* da empresa, tais valores são destinados à manutenção da plataforma e, principalmente, aos custos relacionados à Central de Resolução

⁸⁴ Disponível em: <https://www.airbnb.com.br/help/article/1857/what-is-the-airbnb-service-fee>. Acesso em 20 set. 2018.

de Problemas – ferramenta disponibilizada a hóspedes e anfitriões, com funcionamento em horário integral.

Por sua vez, as ofertas de acomodações podem ser veiculadas a todo tipo de preço, a depender da natureza da hospedagem, que poderá ocorrer em quartos compartilhados, quartos individuais ou, ainda, em uma casa ou apartamento inteiramente disponibilizado para reservas. Algumas hospedagens possuirão preços mais elevados quando se enquadrarem no programa *AirBnB Plus*, que dispõe de propriedades mais sofisticadas (focadas em “conforto, estilo e qualidade”⁸⁵) e pessoalmente verificadas por profissionais da AirBnB distribuídos em cidades previamente determinadas.

As razões que justificam o sucesso da plataforma, que possui recém completados dez anos de existência, não dizem respeito à ideia propriamente dita, mas aos recursos disponibilizados pela plataforma aos seus usuários. O sistema desenvolvido pela AirBnB é recorrentemente atualizado e novas ferramentas são periodicamente inseridas. A interface que apresenta os serviços de intermediação de compartilhamento de lares é capaz de inspirar a hóspedes e anfitriões a ideia de *confiança*. A seriedade transmitida pelas políticas da empresa é tamanha a ponto de possibilitar que considerável parte dos anfitriões da plataforma seja, inclusive, constituída por idosos⁸⁶ – aposentados que procuram obter algum rendimento extra com cômodos vagos em suas residências.

Para produzir um ambiente calcado na ideia de confiança, a AirBnB investe em seus mecanismos de reputação, que alimentam a base da sistemática de funcionamento. Os perfis cadastrados podem receber a alcunha de *verificados* quando estiverem vinculados a documentos pessoais, digitalizados e submetidos à avaliação de idoneidade pela equipe da plataforma⁸⁷.

⁸⁵ A adesão ao programa AirBnB Plus, contudo, não é gratuita, pressupondo o pagamento, pelo anfitrião, de 149 dólares americanos. Disponível em: <https://www.airbnb.com.br/help/article/2191/how-do-i-become-an-airbnb-plus-host?audience=host>. Acesso em 20 set. 2018.

⁸⁶ MAIA, Laura. Idosos faturam com Uber e AirBnB. *Jornal O Estado de S. Paulo*, 19 jun. 2016. Disponível em: <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,idosos-faturam-com-uber-e-airbnb,10000058013>. Acesso em 20 set. 2018.

⁸⁷ Acerca do procedimento de verificação das contas inscritas na plataforma, entretanto, algumas considerações devem ser feitas, sobretudo no que se refere às disposições constantes dos Termos de Serviço da plataforma. Embora o mecanismo seja recorrentemente invocado como eficiente fonte de segurança, a Cláusula 1.3 dos “Termos...” parece depor em sentido contrário: “1.3: Quaisquer referências a um Membro sendo ‘verificado’ (ou linguagem similar) apenas indica que o Membro completou um processo de verificação relevante, e nada a mais. Nenhuma dessas descrições significa endosso, certificação ou garantia fornecidos pela Airbnb sobre o Membro, inclusive sobre a identidade ou o histórico do Membro ou se o Membro é confiável, seguro ou adequado. Você deve sempre tomar os devidos cuidados ao decidir se fica em uma Acomodação, participa de uma Experiência ou Evento ou utiliza os Serviços de Anfitrião, aceita uma solicitação de reserva de uma Hóspede ou se comunica e interage com outros Membros, independentemente de ser online ou pessoalmente. As imagens verificadas visam apenas a indicar uma representação fotográfica de um Anúncio no momento em que a fotografia foi tirada, e; portanto, não representam nenhum endosso por parte da Airbnb de qualquer Anfitrião ou Anúncio”. Disponível em: <https://www.airbnb.com.br/terms>. Acesso em 20 set. 2018.

Além disso, devem contar com fotos e informações personalizadas sobre o usuário que utiliza os serviços da empresa⁸⁸. A mesma lógica se aplica aos imóveis, que deverão apresentar o maior número possível de informações: fotos, descrição das regras de convivência e detalhes acerca da localização da acomodação⁸⁹. Reconhecidamente, as inscrições na plataforma foram projetadas para demonstrar a personalidade de seus usuários⁹⁰.

Ainda que um perfil e/ou uma propriedade possam eventualmente ser cadastrados na plataforma sem apresentar as informações essenciais, dificilmente terão a confiança necessária dos demais usuários para obter algum grau de sucesso em suas atividades na plataforma. O mecanismo de reputação funciona como um *selo de confiabilidade* que informa aos demais usuários que a reserva se deu da forma esperada – ou, ainda, alerta sobre problemas e questões relacionadas à limpeza, segurança ou pouca cortesia do anfitrião. Por meio do mesmo recurso, o anfitrião também tem a possibilidade de avaliar a estadia do hóspede, precavendo os demais usuários quanto a viajantes bagunceiros ou pouco amistosos em suas relações⁹¹.

Os comentários realizados pelos usuários são, talvez, aquilo que efetivamente conecta a AirBnB à economia do compartilhamento. No entanto, os recursos desenvolvidos especialmente pela plataformas – e que, desde os primeiros projetos, almejavam destacá-la das demais *startups* do setor – agregam um sistema unificado de pagamento, capaz de gerenciar o montante recebido pelo hóspede, conferindo a porcentagem destinada ao anfitrião somente após vinte e quatro horas da concretização da reserva⁹².

Como regra, a plataforma oferece um sistema *completo*, que abarca desde a fase de elaboração ou busca dos anúncios até o *check-out* da reserva. Todas as comunicações realizadas entre hóspedes e anfitriões são efetuadas internamente, sendo vedadas quaisquer tratativas por

⁸⁸ A relevância da disponibilização de fotos pessoais para a estruturação do modelo comercial apresenta, porém, uma consequência negativa, na medida em que pode constituir um vetor de discriminação entre os sujeitos da plataforma. Para mais informações sobre o tema, ver: EDELMAN, B.; LUCA, M. Digital discrimination: the case of Airbnb.com. *Harvard Business School*, 2014. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2377353>. Acesso em 20 set. 2018.

⁸⁹ Como preconizam os Termos de Serviço da plataforma: “7.1.1 Ao criar um Anúncio através da Plataforma Airbnb, você deve (i) fornecer informações completas e precisas sobre seus Serviços de Anfitrião (tais quais descrição do anúncio, localização e disponibilidade de calendário), (ii) divulgar quaisquer deficiências, restrições (como as regras da casa) e exigências que se apliquem (como uma idade mínima, proficiência ou porte físico necessários para uma Experiência) e (iii) fornecer quaisquer outras informações pertinentes solicitadas pela Airbnb. Você é responsável por manter as informações do seu Anúncio atualizadas a todo o momento (incluindo a disponibilidade de calendário)”. Disponível em: <https://www.airbnb.com.br/terms>. Acesso em 20 set. 2018.

⁹⁰ GALLAGHER, Leigh. *A história da Airbnb: como três rapazes comuns agitaram uma indústria, ganharam bilhões... e criaram muita controvérsia*. Tradução de Santiago Nazarian. São Paulo: Buzz Editora, 2018, p. 16.

⁹¹ Embora o sistema de comentários e avaliações seja, em grande medida, confiável, não é de todo imune a fraudes. Para tanto, considere-se o problema da publicação de avaliações falsas, já noticiado pela imprensa brasileira. AMARA, Ludmilla. Reputação forjada. *Revista IstoÉ*, São Paulo, 10 mar. 2017. Disponível em: <https://istoe.com.br/reputacao-forjada/>. Acesso em 20 set. 2018.

⁹² Disponível em: <https://www.airbnb.com.br/help/article/425/when-will-i-get-my-payout>. Acesso em 20 set. 2018.

e-mail ou por quaisquer outras redes sociais. Por questões de facilidade, os números telefônicos de anfitrião e hóspede são disponibilizados um ao outro, mas apenas depois da confirmação do pagamento da reserva. Mesmo diante disso, a empresa insiste na necessidade de utilização da plataforma para as comunicações, vez que apenas assim será possível garantir a segurança de seus membros contra usuários fraudulentos e problemas congêneres.

Outro diferencial identificado nos serviços da plataforma refere-se às políticas de cancelamento da reserva, que são pormenorizadamente esclarecidas na plataforma. Antes da efetivação da reserva, o potencial hóspede tem condições de saber até quando poderá ser realizado o cancelamento, e de que modo ocorrerá o reembolso em tais situações. Outrossim, os anfitriões são classificados na plataforma de acordo com a sua experiência e com a qualidade dos serviços prestados, que será aferida mediante a avaliação dos comentários publicados por outros membros. Aos *hosts* mais antigos e com elevado índice de satisfação em suas estadias, a AirBnB outorga o título de *SuperHosts*, projetando os seus anúncios destacadamente na plataforma.

3.3 TERMOS DE SERVIÇO EM PROCESSO DE LAPIDAÇÃO

A disponibilização de múltiplos recursos pela AirBnB impõe certas dificuldades à caracterização de suas atividades – complexidades, estas, que repercutem diretamente na redação das “Condições de Uso”, as quais regem o funcionamento e a atuação dos membros na plataforma. Tais regramentos englobam os termos de serviço, políticas de não discriminação, de privacidade e de propriedade intelectual, assim como políticas de reembolso e de garantia ao anfitrião.

As cláusulas inseridas em tais “Condições...” vêm sendo constantemente atualizadas, em um processo que pode ser assemelhado a uma espécie de lapidação contratual. Na expectativa de tutelar de maneira mais efetiva as tantas questões decorrentes de um sistema de operacionalização complexa, a plataforma vem continuamente alterando vocábulos e inserindo novas previsões a respeito de situações vivenciadas no cotidiano de suas atividades empresariais⁹³.

Para o fim deste trabalho, importa analisar especificamente algumas das disposições contidas nos Termos de Serviço da plataforma⁹⁴; em especial, no que tange à natureza das

⁹³ Os Termos de Serviço atualmente vigentes tiveram a sua última atualização em 16 de abril de 2018.

⁹⁴ Disponível em: <https://www.airbnb.com.br/terms>. Acesso em 25 set. 2018.

operações realizadas na plataforma, ao escopo dos serviços prestados pela AirBnB e, ainda, às isenções de responsabilidades disciplinadas no instrumento.

Esses Termos de Serviço constituem o “acordo integral” ajustado entre a AirBnB e os seus membros⁹⁵ e garantem que a utilização da plataforma não configure a existência de “joint venture, sociedade, vínculo empregatício ou relacionamento de agenciamento”⁹⁶ entre a empresa e os seus usuários.

A primeira Seção dos Termos de Serviço se presta a elucidar o escopo dos serviços da AirBnB e, em sua cláusula inaugural, esclarece que a plataforma funciona como um “mercado on-line que permite que usuários cadastrados e terceiros determinados, que oferecem serviços, anunciar esses Serviços de Anfitrião na Plataforma AirBnB e comunicar-se e fazer transações diretas com membros que estejam buscando reservas (...)”, o que inclui, além dos anúncios de experiências e eventos, a oferta de acomodações, definidas como “propriedades destinadas a férias ou outros usos”⁹⁷.

Após a determinação do ramo comercial em que atua a plataforma, a AirBnB busca esclarecer, nas cláusulas seguintes, que as atividades prestadas no *mercado on-line* são, em verdade, muito restritas. Tais disposições funcionam como claras limitações de responsabilidade da plataforma quanto a eventuais impasses que possam ser enfrentados no relacionamento entre os membros e, também, na efetivação das reservas de acomodações. Embora afirme ser “fornecedora da Plataforma AirBnB”, a empresa defende que “não é proprietária, não cria, vende, revende, fornece, controla, gerencia, oferece, entrega ou abastece qualquer Anúncio ou Serviços de Anfitrião”.

Nesse sentido, a empresa igualmente sustenta que:

Os Anfitriões são os únicos responsáveis por seus Anúncios e Serviços de Anfitrião. **Quando os membros fazem ou aceitam uma reserva, eles celebram um contrato diretamente um com o outro. A Airbnb não é e não se torna parte ou outro participante de qualquer relacionamento contratual entre os Membros**, tampouco a Airbnb é uma corretora de imóveis ou seguradora. A Airbnb não atua como um agente em qualquer capacidade para um Membro, exceto conforme especificado nos Termos de Pagamento. (...). Embora possamos ajudar a facilitar a resolução de disputas, **a Airbnb não tem qualquer controle sobre e não garante** (i) a existência, qualidade, segurança, sustentabilidade ou licitude de qualquer Anúncio ou Serviços de Anfitrião, (ii) a veracidade e a precisão de quaisquer descrições de Anúncio, Avaliações, Comentários, ou outros Conteúdos de um Membro (conforme definido abaixo), ou (iii) o desempenho ou a conduta de qualquer Membro ou terceiro.

⁹⁵ Termos de Serviço da Plataforma AirBnB, Cláusula 22.1. Disponível em: <https://www.airbnb.com.br/terms>. Acesso em 25 set. 2018.

⁹⁶ Termos de Serviço da Plataforma AirBnB, Cláusula 22.2.

⁹⁷ Termos de Serviço da Plataforma AirBnB, Cláusula 1.1.

A Airbnb não endossa qualquer Membro, Anúncio ou Serviços de Anfitrião. (*grifou-se*)⁹⁸

As demais Seções dos Termos de Serviço também apresentam cláusulas relevantes acerca da natureza jurídica dos serviços desempenhados pela plataforma. Assim, o cadastramento na plataforma apenas será possível para maiores de dezoito anos que sejam capazes de “celebrar contratos vinculantes”⁹⁹. É autorizada a abertura de contas na plataforma para pessoas jurídicas, desde que devidamente representadas¹⁰⁰. A despeito de tais exigências, o mesmo instrumento afirma ser “difícil a verificação do Usuário da Internet”, de modo que a AirBnB “não assume a responsabilidade pela confirmação de qualquer identidade de um Membro”¹⁰¹.

A aceitação de uma reserva pelos anfitriões representa, para a empresa, a celebração de “um contrato legalmente vinculante (pelo anfitrião) com o Hóspede”¹⁰², assim como a confirmação de uma reserva enviada ao hóspede pela plataforma consubstancia a formação de “um contrato legalmente vinculante entre você (o hóspede) e seu Anfitrião”¹⁰³. Acerca do conteúdo da reserva da acomodação, os Termos referem-na como:

(...) uma **licença limitada** concedida a você (o hóspede) pelo Anfitrião para entrar, ocupar e utilizar a Acomodação pela duração de sua estadia, tempo durante o qual o Anfitrião (somente quando e na medida permitida na lei aplicável) detiver o direito de entrar novamente na Acomodação, de acordo com **seu contrato com o Anfitrião**. (*grifou-se*)¹⁰⁴

No que toca às atividades proibidas durante a utilização da plataforma, os Termos preveem que “(...) a AirBnB não tem a obrigação de monitorar o acesso ou o uso da Plataforma AirBnB por qualquer Membro”. Todavia, é dito que “os Membros concordam em cooperar com a AirBnB e auxiliá-la de boa-fé” quando o fornecimento de informações específicas for necessário para fins de investigações relacionadas ao uso ou abuso da plataforma¹⁰⁵.

A vigência do contrato formalizado entre os membros e a AirBnB (e não aquele reputado como celebrado entre Anfitrião e Hóspede, segundo as Condições de Uso) dar-se-á, inicialmente, por um período de trinta dias, automaticamente renovados até que haja a intenção

⁹⁸ Termos de Serviço da Plataforma AirBnB, Cláusulas 1.2 e 1.3.

⁹⁹ Termos de Serviço da Plataforma AirBnB, Cláusula 2.1.

¹⁰⁰ Termos de Serviço da Plataforma AirBnB, Cláusula 4.1.

¹⁰¹ Termos de Serviço da Plataforma AirBnB, Cláusula 2.4.

¹⁰² Termos de Serviço da Plataforma AirBnB, Cláusula 7.1.7.

¹⁰³ Termos de Serviço da Plataforma AirBnB, Cláusula 8.1.2.

¹⁰⁴ Termos de Serviço da Plataforma AirBnB, Cláusula 8.2.1.

¹⁰⁵ Termos de Serviço da Plataforma AirBnB, Cláusula 14.2.

de rescisão do vínculo por qualquer uma das partes¹⁰⁶, o que deverá ser realizado mediante notificação por e-mail¹⁰⁷.

Curiosa é a distribuição dos riscos compreendida pela plataforma. Segundo as disposições inseridas nos Termos de Serviço, o usuário da plataforma “reconhece e concorda que (...) permanece sob sua responsabilidade todo o risco proveniente de seu acesso e uso da Plataforma Airbnb (...), sua publicação ou reserva de qualquer Anúncio, sua estadia em qualquer Acomodação (...) ou qualquer outra interação”¹⁰⁸. A empresa se isenta da responsabilidade de quaisquer danos decorrentes de quaisquer publicações ou reservas de anúncios, “seja baseado em garantia, contrato, ato ilícito (incluindo negligência), responsabilidade sobre produto ou qualquer outra teoria jurídica”¹⁰⁹. Inobstante a isso, os Termos incluem uma cláusula de limitação de responsabilidade, que restringe toda e qualquer indenização aos valores correspondentes a doze meses anteriores ao evento gerador da responsabilidade. No entanto, o próprio instrumento admite que “algumas jurisdições não permitem a exclusão ou limitação de responsabilidade por danos consequenciais ou incidentais, sendo assim a limitação acima pode não se aplicar a você”¹¹⁰.

Em que pesem as constantes atualizações dos Termos de Serviço no sentido de “remover redundâncias e estruturar a linguagem de modo mais conciso”¹¹¹, é possível verificar que a leitura de suas disposições não se mostra elucidativa para a grande maioria dos membros da plataforma. Daí decorrem inúmeras questões jurídicas que, embora já sejam comumente suscitadas pelos fenômenos da economia do compartilhamento em geral, são fortemente agravadas quando defrontadas com cláusulas contratuais pouco esclarecedoras. Por exemplo, os Termos pouco dizem a respeito da possibilidade de utilização da plataforma por anfitriões profissionais¹¹² – hipótese que, aparentemente, está contemplada nas disposições que regem as atividades de *coanfitriões* na plataforma.

Além disso, as Condições de Uso nada dizem sobre o novo programa desenvolvido pela empresa, denominado “*AirBnB for Work*”, que se destina especificamente à realização de

¹⁰⁶ Termos de Serviço da Plataforma AirBnB, Cláusula 15.1.

¹⁰⁷ Termos de Serviço da Plataforma AirBnB, Cláusulas 15.2 e 15.3.

¹⁰⁸ Termos de Serviço da Plataforma AirBnB, Cláusula 17.1.

¹⁰⁹ Termos de Serviço da Plataforma AirBnB, Cláusula 17.1.

¹¹⁰ Termos de Serviço da Plataforma AirBnB, Cláusula 17.1.

¹¹¹ Disponível em: <https://www.airbnb.com.br/home/terms-of-service-event>. Acesso em 25 set. 2018.

¹¹² Sobre o tema, ver interessante estudo que trata lateralmente sobre o assunto: GOIDANICH, Maria Elisabeth. Airbnb e seus anfitriões: empreendedorismo, comércio e colaboração na economia de compartilhamento. *VIII Encontro Nacional de Estudos do Consumo*. Universidade Federal Fluminense. Niterói, 2016. Disponível em: http://www.enec2016.sinteseeventos.com.br/resources/anais/7/1475506351_ARQUIVO_GT8-GoidanichVIIIEnec.pdf. Acesso em 20 set. 2018.

reservas para viagens corporativas, oferecendo um sistema de gerenciamento próprio para médias e grandes empresas¹¹³.

Outras questões latentes relacionam-se à política de dados pessoais levada a cabo pela plataforma, que constitui o seu inventário a partir de informações particulares sobre características individuais e, como se não bastasse, sobre o patrimônio de titularidade desses sujeitos. Também têm acentuada importância as problemáticas relacionadas ao pagamento de tributos, o que não está regulamentado no Brasil, embora já haja iniciativas desse cunho em países como Portugal¹¹⁴. São assuntos amplamente invocados na jurisprudência, outrossim, as políticas de reembolso dos hóspedes em caso de cancelamento de suas reservas, as quais feririam, em princípio, as normas constantes do Código de Defesa do Consumidor. A esse respeito, contudo, maiores considerações serão realizadas no Capítulo 4 do presente trabalho.

Emerge, ademais, o problema da regulação da plataforma, acusada de violar leis concorrenciais e atuar de forma desleal contra a rede hoteleira. Várias cidades ao redor do mundo vêm tomando providências sobre o assunto: em Barcelona, a empresa foi multada em 600 mil euros pela violação de leis locais¹¹⁵; em Nova Iorque, as discussões sobre as supostas práticas ilegais perpetradas pela empresa seguem a pleno vapor¹¹⁶. Já Berlim¹¹⁷ e Amsterdã¹¹⁸, por exemplo, decidiram permitir o compartilhamento de lares por meio da plataforma, mas com regras estritas para o funcionamento desse novo setor. No Brasil, o debate sobre a necessidade de regulação dessas novas tecnologias vem ganhando força com o aumento de sua lucratividade em território nacional. Embora haja projetos de lei nesse sentido em trâmite no Congresso¹¹⁹, nenhuma iniciativa foi concretizada em âmbito federal até o momento, tendo a discussão ocorrido majoritariamente a nível municipal¹²⁰.

¹¹³ Disponível em: <https://www.airbnb.com.br/companies>. Acesso em 25 set. 2018.

¹¹⁴ As reservas realizadas por meio da plataforma estão sujeitas à cobrança de IRS (Imposto sobre o Rendimento de Pessoas Singulares) ou IRC (Imposto sobre o Rendimento de Pessoas Colectivas). Ver: BORGA, Marcos. Tem um alojamento local no AirBnB e Booking? O Fisco explica como e a quem passar a fatura. *Expresso*, Lisboa, 08 jul. 2018. Disponível em: <https://expresso.sapo.pt/economia/2018-07-08-Tem-um-alojamento-local-no-Airbnb-e-Booking--O-Fisco-explica-como-e-a-quem-passar-a-fatura>. Acesso em 25 set. 2018.

¹¹⁵ PINHEIRO, Ana Margarida. AirBnB paga 600 mil euros por anunciar casas ilegais em Barcelona. *Dinheiro Vivo*, Lisboa, 04 dez. 2016. Disponível em: <https://www.dinheirovivo.pt/empresas/airbnb-multado-em-600-mil-euros-em-barcelona/>. Acesso em 25 set. 2018.

¹¹⁶ GLUSAC, Elaine. Hotels vs. Airbnb: let the battle begin. *The New York Times*, 20 jul. 2016. Disponível em: <http://www.nytimes.com/2016/07/24/travel/airbnb-hotels.html>. Acesso em 10 jul. 2018.

¹¹⁷ SALLES, Renato. A volta do AirBnB em Berlim. *Chicken or Pasta*, 11 abr. 2018. Disponível em: <https://chickenorpasta.com.br/2018/a-volta-do-airbnb-em-berlim>. Acesso em 25 set. 2018.

¹¹⁸ Cidades regulamentam plataforma e geram receitas. *Folha de São Paulo*, 17 abr. 2017. Disponível em: <http://estudio.folha.uol.com.br/airbnb/2017/04/1876013-ao-redor-do-mundo-cidades-regulamentam-app-de-aluguel-por-temporada-e-geram-receitas.shtml>. Acesso em 25 set. 2018.

¹¹⁹ Ver, a título de exemplo, o conteúdo dos seguintes projetos de lei, em trâmite no Congresso Nacional: PL 6431/2016 (Câmara dos Deputados) e PLS 748/2015 (Senado Federal).

¹²⁰ A primeira cidade brasileira a prever a cobrança de tributos (nomeadamente, de ISS) sobre as operações realizadas na AirBnB foi Caldas Novas, em Goiás. Outras cidades estudam a adoção da mesma política, como o

PARTE II – DO REGIME JURÍDICO APLICÁVEL AOS CONTRATOS CELEBRADOS NA PLATAFORMA VIRTUAL DA AIRBNB

4 ATIPICIDADE CONTRATUAL *IN ABSTRACTO*: O TRATAMENTO DOS CONTRATOS ATÍPICOS NO DIREITO BRASILEIRO

O presente capítulo busca tratar da atipicidade contratual *in abstracto* no direito brasileiro, pautando sobre as dimensões normativa, doutrinária e jurisprudencial relacionadas aos contratos atípicos.

De início, definir-se-á o conceito de atipicidade contratual no ordenamento jurídico atual, atrelando-o à uma revisão histórica das origens do instituto no direito romano (4.1). Em seguida, esboçar-se-á uma proposta de sistematização dos contratos atípicos, que serão divididos, no decorrer do trabalho, em atípicos propriamente ditos e mistos (4.2). Ao final, adentrar-se-á ao debate relativo ao conteúdo e à disciplina de tais contratos, apresentando as principais teorias doutrinárias sobre o assunto, as limitações normativas à liberdade contratual e o atual posicionamento jurisprudencial sobre o regime jurídico da atipicidade no ordenamento jurídico pátrio (4.3).

4.1 CONTRATOS ATÍPICOS COMO MANIFESTAÇÃO DA AUTONOMIA PRIVADA: CONCEPÇÃO E BREVE REVISÃO HISTÓRICA

A autonomia privada, compreendida como a possibilidade de regulação, pelos particulares, de seus próprios interesses no âmbito do direito estatal¹²¹, costuma ser apontada pela doutrina como pedra angular do sistema civilístico moderno¹²². Por ser um dos princípios fundantes do direito privado, tem o condão de assegurar a autodeterminação e a liberdade de iniciativa econômica dos indivíduos¹²³.

município do Rio de Janeiro. Ver: Proposta para cobrança de ISS de aluguéis por temporada começa a tramitar no Legislativo. *Câmara Municipal do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, 17 ago. 2018. Disponível em: http://www.camara.rj.gov.br/noticias_avisos_detalhes.php?m1=comunicacao&m2=notavisos&id_noticia=13727. Acesso em 25 set. 2018.

¹²¹ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica – perspectivas estrutural e funcional. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 26, n. 102, abr./jun. 1989, p. 207-230, p. 213.

¹²² GOMES, Orlando. *Contratos*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. XI.

¹²³ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 249.

Em razão da polissemia da expressão, é relativamente comum que haja certa confusão entre os termos “autonomia privada” e “autonomia da vontade”. Distingui-los, no entanto, é fundamental. Enquanto a autonomia privada relaciona-se ao poder de autorregulamentação de interesses privados, a autonomia da vontade possui o seu núcleo no querer. Francisco Amaral Neto, valendo-se de outros termos, refere que a autonomia da vontade pode ser conceituada como o “princípio pelo qual o agente tem a possibilidade de praticar um ato jurídico, determinando-lhe o conteúdo, a forma e os efeitos”. Por outro lado, a autonomia privada constitui-se em “uma esfera de atuação jurídica do sujeito, mais propriamente um espaço de atuação que lhe é concedido pelo (...) ordenamento estatal, que permite aos particulares a autorregulamentação de sua atividade jurídica”¹²⁴.

A ideia de organização pessoal dos interesses individuais repercute, por exemplo, na liberdade de disposição, na liberdade de testar e, também, na liberdade de associação. São os negócios jurídicos, contudo, a ferramenta por excelência da autonomia privada, “o instrumento técnico pelo qual os particulares criam, modificam e extinguem relações jurídicas”¹²⁵.

Gerson Carlos Luiz Branco, no estudo das dimensões inerentes à autonomia privada e à liberdade contratual, vai além na conceituação do termo, definindo-o como faculdade jurídica que emana diretamente da personalidade humana. Nessa linha de ideias, prossegue o autor:

Ou seja, a liberdade na concepção do redator do Código Civil foi estruturada de maneira distinta, sem que se possa compreendê-la como ‘redoma’ dentro do qual os particulares podem agir. A liberdade de contratar é indissociável da sociedade inerente a sua instituição como fenômeno próprio da *polis*. Evidentemente que não se trata de uma liberdade que é projeção da personalidade primordial do Estado, mas uma projeção da personalidade do homem, que vive em sociedade.¹²⁶

Seja qual for o significado exato atribuído ao termo, é incontestável que a liberdade negocial constitui o componente e a manifestação mais relevantes da autonomia privada – princípio e fonte do regramento negocial¹²⁷ – enquanto “processo de ordenação que faculta a livre constituição e modelação de relações jurídicas pelos sujeitos que nela participam”¹²⁸.

¹²⁴ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica – perspectivas estrutural e funcional. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 26, n. 102, abr./jun. 1989, p. 207-230, p. 212-213.

¹²⁵ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 250.

¹²⁶ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *As origens doutrinárias e a interpretação da função social dos contratos no Código Civil brasileiro*. 2006. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, p. 289.

¹²⁷ COMIRAN, Giovana Cunha. *Atipicidade contratual: entre a autonomia privada e o tipo*. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, p. 19.

¹²⁸ RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 21.

Dada a semelhança entre os conceitos, a autonomia privada é recorrentemente identificada em uma relação de sinonímia com a ideia de autodeterminação, embora os termos estejam situados em planos distintos.

A autodeterminação deve ser entendida como um conceito *prejurídico*, que assinala o poder de cada indivíduo de gerir a sua vida de acordo com as suas preferências, como forma de expressão de sua dignidade e individualidade próprias¹²⁹. Já a autonomia privada exsurge como um meio para a consecução do fim da autodeterminação, reservando-se, especificamente, às manifestações da liberdade negocial, caracterizadas pelo exercício de um *poder jurisdicivo*. A interdependência estabelecida entre as noções não significa, desse modo, a exata coincidência entre as suas áreas de expressão¹³⁰.

É a autodeterminação que decorre diretamente do fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana e possibilita que a autonomia privada, a despeito da ausência de previsão expressa no texto legal, seja por ele assegurada de forma implícita. A autonomia pode ser definida, nessa esteira, como a expressão técnico-jurídica de um valor político-filosófico consubstanciado pela autodeterminação individual¹³¹.

A faculdade de criar direitos e estabelecer vínculos obrigacionais¹³² manifesta-se, como dito alhures, por meio de negócios jurídicos; essencialmente, por meio da figura do *contrato*, em que se consagra, a partir do elemento volitivo, o poder emanado pela autonomia privada. O contrato, como “negócio jurídico bilateral ou plurilateral que sujeita as partes à observância de conduta idônea à satisfação dos interesses que regularam”¹³³, guarda em sua essência a ideia de que as operações econômicas podem e devem ser reguladas pelo direito¹³⁴.

A ascensão do contrato como a modalidade negocial mais utilizada para a regulação dos interesses privados vincula-se não apenas à sua natureza, mas principalmente à ascensão do princípio que permite a sua celebração¹³⁵. A liberdade contratual constitui a particularização da autonomia no ramo do direito contratual, representando o poder dos indivíduos de suscitar, mediante declarações de vontade, efeitos reconhecidos e tutelados pela ordem jurídica. Em seu

¹²⁹ RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 23.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 51.

¹³¹ COMIRAN, Giovana Cunha. *Atipicidade contratual: entre a autonomia privada e o tipo*. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, p. 21.

¹³² BARBOSA, Mário Figueiredo. Sobre os contratos atípicos. *Revista Forense*, vol. 282, ano 79, abr./jun. 1983, p. 29-38, p. 30.

¹³³ GOMES, Orlando. *Contratos*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 10.

¹³⁴ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução: Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009, p. 11.

¹³⁵ “O princípio da autonomia privada constitui a tradução daquele princípio da ‘liberdade contratual’ – princípio ideológico, mas ao mesmo tempo, princípio de real organização das relações sociais, que vimos ser essencial a qualquer ordenamento capitalista e a qualquer sistema de mercado livre” (*Ibidem*, p. 132).

tríplice aspecto, manifesta-se na liberdade de contratar propriamente dita (isto é, na liberdade de entabular contratos), na liberdade de estipular o contrato a ser celebrado e, ainda, na liberdade de determinar o seu conteúdo¹³⁶.

Enzo Roppo, ao tratar da vinculação entre a autonomia privada e a liberdade contratual, esmiúça a dimensão tríplice indicada por Orlando Gomes. Reconhece o autor que os conceitos envolvem, além do poder de determinar o conteúdo do contrato, o poder de contratar livremente, o de escolher com quem contratar (recusando ofertas provenientes de determinadas pessoas) e, ademais, o de “decidir em que ‘tipo’ contratual enquadrar a operação que se pretende, privilegiando um ou outro dos tipos legais codificados, ou mesmo de concluir contratos que não pertençam aos tipos que têm uma disciplina particular”¹³⁷.

A liberdade contratual apresenta-se, indubitavelmente, como meio jurídico capaz de atender às novas finalidades econômicas e sociais, ante o dinamismo e a complexidade da sociedade atual¹³⁸. A sua configuração moderna admite a livre criação de vínculos contratuais – incluídos, neste aspecto, a estipulação do caráter do contrato a ser formalizado, estabelecendo, por exemplo, a sua causa, objeto, obrigações, durabilidade e forma das prestações¹³⁹. Com efeito, a concepção clássica do contrato abre espaço para o crescimento do princípio da atipicidade contratual: os contratos atípicos encontram, assim, a sua fonte jurídica na liberdade de contratar¹⁴⁰, que deriva da autonomia privada¹⁴¹.

As operações econômicas mais frequentes e difundidas travadas sob a forma jurídica contratual adquirem, por escolha do legislador, a sua tipicidade. As espécies contratuais mais comuns serão objeto de regulamentação legal e, normalmente, serão individualizadas por uma denominação exclusiva. Esse conjunto de características consubstanciará o seu *tipo* contratual. Os tipos esquematizados na lei, que variarão de acordo com a estrutura econômica e as necessidades mais prementes de cada sociedade, são chamados, portanto, de *contratos*

¹³⁶ GOMES, Orlando. *Contratos*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 22.

¹³⁷ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução: Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009, p. 132-133.

¹³⁸ ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. Os contratos atípicos como expressão da autonomia privada na esfera negocial. In: ESTEVEZ, A. F.; JOBIM, M. F. (org.). *Estudos de direito empresarial: homenagem aos 50 anos de docência do Professor Peter Walter Ashton*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 267-287, p. 269.

¹³⁹ COMIRAN, Giovana Cunha. *Atipicidade contratual: entre a autonomia privada e o tipo*. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, p. 28.

¹⁴⁰ FRANÇA, Pedro Arruda. *Contratos atípicos: legislação, doutrina e jurisprudência*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. VII.

¹⁴¹ “(...) a ideia de atipicidade em sede de contratos é indissolúvel da noção de autonomia privada contratual. A atipicidade contratual depara o jurista exatamente com o momento do Direito em que a autonomia privada encontra sua máxima atuação, na medida em que é deferido aos particulares o poder de criar entidades jurídicas, definindo o seu regramento” (COMIRAN, Giovana Cunha. *Atipicidade contratual: entre a autonomia privada e o tipo*. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, p. 10).

*típicos*¹⁴². O seu conteúdo está *tipificado* pela legislação¹⁴³, que reconhece a exigência de influenciar e orientar a dinâmica das operações econômicas que lhes correspondem¹⁴⁴.

Por sua vez, as pessoas que pretendem se obrigar não estão adstritas a utilizar os tipos contratuais definidos em lei¹⁴⁵. Aliás, seria materialmente impossível que o legislador regulamentasse todas as formas contratuais emergentes no mundo contemporâneo. Isto é, por maior que seja o cuidado na elaboração dos diplomas legais, sempre escaparão alguns contratos suscitados pelas necessidades oriundas da vida contemporânea¹⁴⁶. É nesse contexto que a liberdade contratual adquire, também, os contornos do princípio da atipicidade. Diferentemente dos direitos reais, que se associam à tipicidade fechada (*numerus clausus*), os contratos são regidos pela ideia de tipicidade aberta (*numerus apertus*), e não são taxativamente enumerados pela lei¹⁴⁷.

Desse modo, a autonomia privada possibilita que os indivíduos possam celebrar os mais variados pactos, não necessariamente identificados com os tipos contratuais já previstos no ordenamento jurídico¹⁴⁸. Considerando que a vida social não se fossiliza em moldes imutáveis, o surgimento de contratos *atípicos* – que não correspondem a nenhum tipo contratual¹⁴⁹ – obedece a um processo de desenvolvimento de novas necessidades econômicas que reclamam novas figuras contratuais¹⁵⁰, tanto no ramo do direito civil quanto no direito comercial¹⁵¹.

Nas palavras de Pedro Pais de Vasconcelos:

No modo tipológico, os tipos contratuais são encarados como uma constelação de modelos de contratos frequentes ou paradigmáticos que não esgotam o espaço amplíssimo da liberdade contratual e que se configuram como arquipélagos no oceano enorme da autonomia privada. Os contratos celebrados em concreto podem coincidir ou não com os modelos típicos, e não têm de lhes corresponder exactamente. Pode situar-se no cerne ou na periferia dos tipos, mas também fora deles, num espaço

¹⁴² GOMES, Orlando. *Contratos*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 102.

¹⁴³ Pontes de Miranda refere que as tipificações legais do contrato, no que concerne ao seu conteúdo, configuram limitações ao princípio de liberdade de determinação do conteúdo negocial, ainda que nem sempre representem a “vedação de outros contratos que levem aos mesmos resultados” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: parte especial. Tomo XXXVIII*. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1962, p. 43).

¹⁴⁴ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução: Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009, p. 133.

¹⁴⁵ GOMES, Orlando. *Contratos*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 102.

¹⁴⁶ SANCHES, Sydney. Os contratos atípicos no direito privado. *Revista de Direito Público*, n. 86, ano XXI, São Paulo, abr./jun. 1988, p. 237-241, p. 241.

¹⁴⁷ LÔBO, Paulo. *Direito civil: contratos*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 95.

¹⁴⁸ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos: curso de direito civil*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 111.

¹⁴⁹ VASCONCELOS, Pedro Pais. *Contratos atípicos*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 01.

¹⁵⁰ BARBOSA, Mário Figueiredo. Sobre os contratos atípicos. *Revista Forense*, vol. 282, ano 79, abr./jun. 1983, p. 29-38, p. 32.

¹⁵¹ SANCHES, Sydney. Os contratos atípicos no direito privado. *Revista de Direito Público*, n. 86, ano XXI, São Paulo, abr./jun. 1988, p. 237-241, p. 238.

intersticial intertípico que é muito amplo e que tem como limites a Lei, a Moral e a Natureza.¹⁵²

O desenvolvimento das primeiras feições dos contratos atípicos remonta ao direito romano. Até a época de Justiniano, vigorava a distinção entre os *pacta* e as *stipulationes*¹⁵³; apenas estes, por integrarem as disposições legais (Digesto Quiritário e costumes¹⁵⁴), eram dotados de força vinculante e de natureza contratual¹⁵⁵. Dessa maneira, além de possuir uma denominação própria, estavam garantidos por uma ação civil destinada ao seu cumprimento, que levava o mesmo nome do contrato respectivo. Como se pode ver, a celebração de contratos era rigidamente limitada à adoção dos *tipos* que configuravam as *stipulationes*, e qualquer categoria ulterior, reputada como meros pactos, permanecia à margem da proteção jurídica concedida pelo direito romano¹⁵⁶.

Nesse contexto, era de suma importância a distinção entre os contratos *nominados* e os contratos *inominados*. Somente aos nominados seriam reconhecidos todos os efeitos das obrigações pactuadas entre as partes. Os *inominados*, diversamente, exprimiam uma categoria composta de contratos que não estavam aparelhados por uma ação especial¹⁵⁷.

Com o decurso do tempo, houve um processo de abrandamento do rigor do quadro quiritário dos contratos, estimulado pela insuficiência dos modelos contratuais previstos até então. Tais fatores contribuíram decisivamente para o reconhecimento da eficácia dos pactos, que excediam os tipos elencados pelo sistema legal¹⁵⁸. O surgimento de outras convenções, que não estavam enquadradas nos módulos conhecidos e denominados, forçou o reconhecimento da força contratual aos pactos, atribuindo-lhes uma *actio praescriptis verbis*¹⁵⁹: ação direta, de natureza civil, responsável por consolidar o caráter de contrato das convenções *inominadas*¹⁶⁰.

¹⁵² VASCONCELOS, Pedro Pais. *Contratos atípicos*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 09.

¹⁵³ ZANETTI, Cristiano de Souza. *Direito contratual contemporâneo: a liberdade contratual e sua fragmentação*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2008, p. 11-19.

¹⁵⁴ FRANÇA, Pedro Arruda. *Contratos atípicos: legislação, doutrina e jurisprudência*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 50.

¹⁵⁵ BUENO, Francisco de Godoy. Regime jurídico dos contratos atípicos no direito brasileiro. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 6, jan./mar. 2016, p. 55-73, p. 56.

¹⁵⁶ CABRAL, Pedro Manso. Contratos *inominados*: uma espécie em extinção? *Revista Nomos*, Salvador, vol. 3, n. 1/2, 1981, p. 95-102, p. 96.

¹⁵⁷ FRANCESCHINI, José Ignácio Gonzaga. Contratos *inominados*, mistos e negócio indireto. *Revista dos Tribunais*, ano 63, vol. 464, São Paulo, jun. 1974, p. 34-46, p. 36.

¹⁵⁸ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos: curso de direito civil*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 112.

¹⁵⁹ BARBOSA, Mário Figueiredo. Sobre os contratos atípicos. *Revista Forense*, vol. 282, ano 79, abr./jun. 1983, p. 29-38, p. 29.

¹⁶⁰ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos: curso de direito civil*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 117.

Entre os principais contratos inominados no direito romano, aparecem as figuras da *permutatio* (permuta, troca) e a *aestimatum* (contrato estimatório¹⁶¹).

No direito hodierno, os ordenamentos jurídicos ao redor do mundo reconhecem às partes a faculdade de estipular contratos distintos daqueles tipos regulamentados na legislação. No Código Civil italiano, datado de 1942, o art. 1.322 condiciona a celebração de contratos atípicos à realização de interesses mercedores de proteção pelo ordenamento jurídico¹⁶². O Código Civil português, editado em 1966, em seu art. 405, possibilita que as partes celebrem “contratos diferentes dos previstos na codificação civil”¹⁶³.

O Código Civil brasileiro de 1916 não contava com disposição específica a respeito da possibilidade de conclusão de contratos atípicos – embora, durante a sua vigência, a categoria já fosse amplamente estudada pela doutrina e admitida pela jurisprudência em relação aos contratos de *leasing*, *franchising*, *engineering* e *factoring*, por exemplo. Anos mais tarde, o Código Civil de 2002, para além de positivar novos tipos contratuais¹⁶⁴, veio a inserir expressamente no texto legal a licitude da celebração de contratos atípicos, desde que observadas as normas gerais de direito contratual, como dispõe o art. 425 do respectivo diploma¹⁶⁵, compreendido como “cláusula geral da atipicidade”¹⁶⁶.

Por equiparação com o direito romano, os contratos atípicos costumam ser reputados pela doutrina sob a alcunha de contratos inominados¹⁶⁷. A expressão, contudo, não deve fazer

¹⁶¹ “O *aestimatum*, o contrato estimatório, foi o contrato que o Edicto tomou por exemplo dos contratos inominados” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: parte especial*. Tomo XXXIX. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 395).

¹⁶² “Art. 1322. *Autonomia contrattuale*. *Le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge (e dalle norme corporative)*. *Le parti possono anche concludere contratti che non appartengono ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico*” (ITÁLIA. *Il Codice Civile Italiano*. Approvazione del testo del Codice Civile, 1942. Disponível em: http://www.jus.unitn.it/cardozo/obiter_dictum/codciv/Lib4.htm. Acesso em 15 nov. 2018).

¹⁶³ “ARTIGO 405º. (Liberdade contratual) 1. Dentro dos limites da lei, as partes têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos, celebrar contratos diferentes dos previstos neste código ou incluir nestes as cláusulas que lhes aprouver. 2. As partes podem ainda reunir no mesmo contrato regras de dois ou mais negócios, total ou parcialmente regulados na lei” (PORTUGAL. *Código Civil português*. 20ª ed. Almedina: Coimbra, 2015, p. 88-89).

¹⁶⁴ São exemplos o contrato de comissão (arts. 693 a 709); de agência e distribuição (arts. 710 a 721); de corretagem (arts. 722 a 729); e de transporte (arts. 730 a 756).

¹⁶⁵ “Art. 425. É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código” (BRASIL. Código Civil. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Planalto*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em 15 nov. 2018).

¹⁶⁶ COMIRAN, Giovana Cunha. Critérios de integração e interpretação dos contratos atípicos: o art. 425 do CC/2002 e o método tipológico. In: MARTINS-COSTA, J.; VARELA, L. B. *Código: dimensão história e desafio contemporâneo. Estudos em homenagem ao Professor Paolo Grossi*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2013, p. 333-378, p. 334.

¹⁶⁷ Veja-se, por exemplo, o entendimento de Silvio Rodrigues: “inominados ou atípicos são os contratos que a lei não disciplina expressamente, mas que são permitidos, se lícitos, em virtude do princípio da autonomia privada. Surgem na vida cotidiana, impostos pela necessidade do comércio jurídico” (RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*, vol. 3. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 35).

presumir qualquer relação entre a atipicidade e ausência de *nomen juris*. Orlando Gomes alerta que, atualmente, a distinção entre contratos típicos e atípicos não corresponde exatamente à diferenciação romana entre contratos nominados e inominados¹⁶⁸. A existência de nome peculiar não pode ser considerada como elemento determinante para a configuração da atipicidade de um contrato. Um contrato pode ser típico, mas inominado, naquelas hipóteses em que tiver certa regulamentação no ordenamento, sem um *nomen* específico. De outra banda, a definição de um *nomen juris* pelo ordenamento, isenta de regulamentação específica, dará azo a um contrato nominado, mas atípico¹⁶⁹.

Ocorre que a grande maioria dos casos suscita justamente a identificação entre os dois conceitos, embora tal vinculação possa, como dito alhures, ser excepcionada. Em geral, os contratos nominados encontram uma regulamentação própria no ordenamento jurídico, sendo nominados e típicos. Por isso, justifica-se a utilização conjunta dos termos pela doutrina e pela jurisprudência. Não deixa de ser preferível, entretanto, a referência aos contratos típicos e atípicos, em vez de nominados e inominados¹⁷⁰, com vistas a tornar claro que o critério para a aferição da atipicidade será, no caso, a adequação (ou inadequação) aos modelos contratuais estabelecidos pelo ordenamento¹⁷¹.

Os contratos atípicos são caracterizados pela originalidade: as partes se prestam a ordenar interesses não disciplinados – ao menos, não de forma específica – pela lei. Esses interesses obedecerão, por conseguinte, à disciplina estabelecida livremente pelas próprias partes, que, em razão de sua liberdade, poderão prever as mais diferentes cláusulas a fim de tutelar a prestação da obrigação a ser pactuada entre si¹⁷².

Importante ressaltar que a atipicidade contratual existe no plano legal e no plano social, havendo diferenças substanciais entre os contratos legalmente atípicos e os contratos socialmente atípicos. Para que haja um tipo contratual legal, é preciso que a lei determine o seu modelo regulativo de modo tendencialmente completo, a fim de que as partes possam contratar

¹⁶⁸ GOMES, Orlando. *Contratos*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 103.

¹⁶⁹ SANCHES, Sydney. Os contratos atípicos no direito privado. *Revista de Direito Público*, n. 86, ano XXI, São Paulo, abr./jun. 1988, p. 237-241, p. 237.

¹⁷⁰ Como esclarece Giovana Cunha Comiran, “aqui se mencionará sempre atípico e não inominado, pois se considera que o *nomen iuris* é apenas mais um *índice do tipo*, o que não resultará na necessária qualificação como tal; ademais, a existência em lei de um nome não significa, necessariamente, a existência de uma disciplina legal, de um regime contratual (...)” (COMIRAN, Giovana Cunha. *Atipicidade contratual: entre a autonomia privada e o tipo*. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, p. 57).

¹⁷¹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos: curso de direito civil*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 120.

¹⁷² Haverá, entretanto, limites à liberdade contratual, não sendo lícita toda e qualquer cláusula inserida em um contrato dotado de atipicidade. Para tanto, ver item 4.3, *infra*, deste trabalho.

por referência, sem a necessidade de clausular os termos fundamentais do contrato. As diretrizes estabelecidas pela lei devem servir de padrão não apenas na celebração do contrato, mas em sua integração e na decisão de casos controvertidos. A seu turno, para que haja um tipo contratual social, é necessário que o contrato tenha um modelo de disciplina tendencialmente completo não na lei, mas nos usos e costumes (isto é, na prática), que igualmente sirva de modelo para a contratação e integração dos contratos celebrados em concreto¹⁷³.

Neste trabalho, o conceito de atipicidade contratual a ser levado em consideração diz respeito à sua dimensão legal, mas não se desconsidera a eventual referência, em pontos específicos, ao plano da atipicidade social¹⁷⁴. Assim como na doutrina de Pedro Pais de Vasconcelos¹⁷⁵, a utilização do termo “atipicidade” não demandará a distinção entre os planos, sendo tal diferenciação realizada tão somente quando as circunstâncias exigirem a contraposição entre os seus aspectos.

Diversos são os contratos atípicos na atualidade e, como salienta Orlando Gomes, “a tentativa de enumerá-los seria empresa temerária em face do princípio que franqueia a sua formação”¹⁷⁶. A quantidade de contratos atípicos que pode ser estipulada é, de fato, infinita, havendo tantos contratos possíveis quantos forem os interesses pretendidos pelas partes que sejam dignos de proteção pelo ordenamento jurídico. O contrato de hospedagem e o contrato de EPC (*Engineering, Procurement and Construction*¹⁷⁷) são exemplos de vínculos atípicos celebrados com frequência na contemporaneidade.

4.2 SISTEMATIZAÇÃO DOS CONTRATOS ATÍPICOS: UMA PROPOSTA DE TAXONOMIA

Os contratos atípicos podem ser identificados e sistematizados sob diferentes óticas, as quais divergem a respeito do enquadramento do instituto e de sua exata abrangência. Outrossim, apreender os aspectos que integram a essência da atipicidade depende de sua diferenciação quanto a fenômenos semelhantes, tal como ocorre com a coligação e a conexidade contratuais.

¹⁷³ VASCONCELOS, Pedro Pais. *Contratos atípicos*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 08.

¹⁷⁴ Na obra de Giovana Cunha Comiran, segue-se a mesma abordagem, com a seguinte atenuação: a referência aos contratos atípicos dizem respeito aos legalmente atípicos. Dessa feita, os contratos socialmente atípicos são considerados como *manifestações de atipicidade* (COMIRAN, Giovana Cunha. *Atipicidade contratual: entre a autonomia privada e o tipo*. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, p. 49).

¹⁷⁵ VASCONCELOS, Pedro Pais. *Contratos atípicos*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 01.

¹⁷⁶ GOMES, Orlando. *Contratos*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 107.

¹⁷⁷ Sobre o tema, ver: SEIBERT, Guilherme. *Os contratos de EPC: entre tipicidade e atipicidade*. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.

4.2.1 Classificação dos contratos atípicos: contratos atípicos propriamente ditos e contratos mistos

A composição dos contratos atípicos pode se dar a partir de elementos originais ou resultar da combinação de elementos próprios de tipos contratuais variados¹⁷⁸, assim divididos em contratos puramente atípicos, também denominados de “contratos atípicos propriamente ditos”, e contratos mistos¹⁷⁹. Tal distinção se dá com base na ideia de que, dentro dos contratos atípicos, há aqueles que são completamente diferentes dos tipos contratuais legais, mas também poderão haver aqueles que não o são – característica que, contudo, não tem o condão de transformá-los em vínculos contratuais típicos por si só.

Todavia, a classificação não é pacífica. A construção de uma espécie de taxonomia para os contratos atípicos vem sendo, há muito, objeto de divergência na doutrina. As primeiras lições a respeito do tema parecem ter sido elaboradas por Ludwig Enneccerus. Segundo o jurista, os contratos atípicos poderiam ser chamados de “contratos mistos em sentido amplo”, cabendo a sua divisão em: (i) contratos combinados ou gêmeos: um dos contratantes obriga-se a várias prestações principais, provenientes de diversos tipos contratuais, enquanto o outro promete apenas uma contraprestação; (ii) contratos de tipo dúplice ou contratos híbridos: o conteúdo do contrato enquadra-se em dois tipos contratuais distintos; e (iii) contratos mistos em sentido estrito: o contrato funde a causa de dois ou mais contratos típicos, elementos de contratos típicos com atípicos ou, ainda, apenas elementos atípicos – tudo interligado por uma causa que deve ser identificada como mista¹⁸⁰.

O brilhantismo da categorização esboçada por Enneccerus não retira a complexidade de sua análise, o que culminou na formulação de outras sistematizações pela doutrina. No âmbito nacional, merecem destaque as análises de Orlando Gomes e Álvaro Villaça Azevedo. No cenário estrangeiro, cumpre grifar a avaliação de Pedro Pais de Vasconcelos acerca da matéria.

Segundo a divisão estabelecida por Orlando Gomes, os contratos atípicos poderiam ser classificados em atípicos propriamente ditos e mistos. Os contratos mistos se distanciariam dos contratos atípicos propriamente ditos por comporem-se a partir da junção de contratos completos, assim como de prestações típicas inteiras e elementos mais simples. A título de exemplo, ressalta-se que um contrato aparentemente completo poderia, por exemplo, apresentar

¹⁷⁸ GOMES, Orlando. *Contratos*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 103.

¹⁷⁹ VASCONCELOS, Pedro Pais. *Contratos atípicos*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 216.

¹⁸⁰ ENNECCERUS, Ludwig. *Tratado de derecho civil. Tomo II: Derecho de Obligaciones*. Buenos Aires: Bosch, 1948, p. 7-14.

um elemento mais simples de outro. O autor ressalva, porém, que “uma vez que os contratos mistos constituem subdivisão dos contratos atípicos, não se incluem na categoria os que se formam de elementos de outros contratos, mas já se tornam típicos”¹⁸¹.

Tal colocação é contestada por Álvaro Villaça Azevedo, que defende a natureza atípica dos contratos que se formam de elementos de vários contratos típicos. Para o doutrinador, o somatório de dois ou mais contratos completos não impossibilita o reconhecimento de sua atipicidade, na medida em que as prestações de tais contratos mesclam-se em um sentido de unidade, não havendo possibilidade de separação¹⁸². A inovação cunhada pelo autor reflete a concepção de que integram os contratos atípicos *lato sensu* tanto as formas atípicas individualmente consideradas (as quais são singularmente atípicas, como o são as formas singulares típicas) quanto as suas manifestações mistas. Quando mistos, tais contratos poderão mesclar formas típicas ou atípicas, mutuamente, ou umas e outras¹⁸³.

O entendimento de Pedro Pais de Vasconcelos sobre o assunto vai ao encontro, com alguns temperamentos, das concepções supracitadas. O trabalho do autor, embora tenha como nascedouro o ordenamento jurídico português, constitui uma teoria geral sobre a atipicidade contratual, de forma que os seus conceitos podem ser aplicados sem maiores ressalvas ao objeto do presente estudo.

Segundo as reflexões de Vasconcelos acerca da relação estabelecida entre a tipicidade e a atipicidade:

Os tipos contratuais legais não passam de arquipélagos no ‘mare magnum’ da autonomia contratual. A área intersticial entre os tipos, legais ou extralegais, a zona que intermedeia entre os modelos contratuais consagrados na lei ou na prática, é muito mais ampla do que a dos tipos propriamente ditos. É enorme e praticamente inesgotável a possibilidade de contratar na zona intertípica, de celebrar contratos que se aproximem mais de um tipo que de outro, que se localizem na periferia de um tipo, ou que estejam fora do horizonte de qualquer um dos tipos.¹⁸⁴

Embora também diferencie os contratos atípicos em puros e mistos, o jurista acrescenta que a maioria dos casos de atipicidade pode ser identificada como mista, na medida em que tais contratos são “construídos a partir de um ou mais tipos que são combinados ou modificados de modo a satisfazerem os interesses contratuais das partes”¹⁸⁵. Dito de outra forma, os contratos

¹⁸¹ GOMES, Orlando. *Contratos*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 104.

¹⁸² AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos: curso de direito civil*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 126.

¹⁸³ *Ibidem*, p. 128.

¹⁸⁴ VASCONCELOS, Pedro Pais. *Contratos atípicos*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 02.

¹⁸⁵ *Ibidem*, p. 217.

mistos não podem ser considerados puros por serem construídos por meio de referência a tipos que foram modificados ou mesclados, de tal modo que suscitam problemas próprios de determinação do regime.

Conforme o pensamento do autor, não há fundamento para que se conclua pela tipicidade dos contratos mistos – os quais, segundo Vasconcelos, são considerados como atípicos, ainda que, de fato, aproximem-se mais dos contratos típicos do que os atípicos puros. O caráter misto é, sempre, atípico – não consubstancia uma espécie de zona intermediária entre a tipicidade e a atipicidade. A fisionomia própria dos contratos mistos resulta da ausência de correspondência com um único modelo típico que permita a contratação por referência e a integração de seu conteúdo¹⁸⁶.

A adoção da categoria dos contratos mistos não é, porém, assente na doutrina. Bruno Leonardo Câmara Carrá afirma que a introdução da categoria acarretou prejuízos na compreensão do tema, ocasionando confusões terminológicas e a incongruência da própria taxinomia. O autor defende a classificação dos contratos tão somente em típicos e atípicos, uma vez que *“cuando se habla de um contrato mixto se está predicando la existencia de una categoría que sea una cosa y al mismo tiempo su negación, lo que no sería ni lógica ni ontológicamente posible”*¹⁸⁷.

Entretanto, uma ressalva deve ser anotada. A crítica formulada pelo autor pressupõe o posicionamento dos contratos mistos como uma terceira categoria, associada a uma espécie de zona intermediária entre os polos da tipicidade e da atipicidade contratual. Importa destacar que essa é exatamente a preocupação exarada por Pedro Pais de Vasconcelos – evidenciar que os contratos mistos não podem ser reputados como uma terceira via, entre a tipicidade e a atipicidade, mas antes constituem uma das subdivisões próprias do interior dos contratos atípicos. Assim, não parecem ser necessários retoques à concepção do autor português, ainda

¹⁸⁶ O autor registra que a positivação, no texto legal, dos modelos relativos aos contratos mistos (isto é, quando, em razão da recorrência de sua celebração, o legislador decide inserir determinado modelo na legislação) transforma o seu caráter atípico em típico, divergindo de outros doutrinadores portugueses, como Galvão Telles e Almeida Costa, que sustentam que tais contratos ainda passariam a ser intitulados de “contratos mistos nominados”. Para o autor, nesse caso, os contratos serão típicos, por encontrarem a sua solução no quadro do tipo a que pertencem e correspondem. Nesse sentido, veja-se: VASCONCELOS, Pedro Pais. *Contratos atípicos*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 217-218. Como bem destaca Mário Figueiredo Barbosa, “(...) logicamente, não se pode usar a terminologia *contrato misto* para designar os contratos nominados que surgiram da fusão de elementos de contratos já tipificados. A razão é óbvia. se o contrato misto é uma subcategoria dos contratos atípicos, não pode ser típico. Um mesmo contrato não pode ser e deixar de ser atípico ou inominado. Ora, se o contrato é misto, evidentemente não pode ser nominado, porque se insere no quadro da subdivisão dos contratos atípicos”. BARBOSA, Mário Figueiredo. Sobre os contratos atípicos. *Revista Forense*, vol. 282, ano 79, abr./jun. 1983, p. 29-38, p. 31.

¹⁸⁷ CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. Las deficiencias lógicas y ontológicas de la clasificación de los contratos en típicos, atípicos y mixtos. *Revista da Escola da Magistratura Estadual da 5ª Região*, Recife, n. 17, 2008, p. 207-228, p. 225.

que as críticas manifestadas por Carrá sejam pertinentes quando direcionadas aos estudiosos que, destoando do quadro conceitual elaborado por Vasconcelos, identificam nos contratos mistos um “meio-termo” nem típico, nem atípico¹⁸⁸.

Indo além em suas sistematizações, Vasconcelos destrincha a categoria dos contratos mistos isoladamente considerados, apontando para a existência de, pelo menos, mais duas subdivisões. De acordo com a sua tese, os contratos atípicos podem caracterizar, a partir de suas variações próprias, contratos de tipo modificado e contratos de tipo múltiplo – estes últimos, por sua vez, podem ser classificados em contratos de tipo *duplo*, *triplo* ou *múltiplo*¹⁸⁹.

Nos contratos de tipo modificado, as partes elegem um tipo contratual como *tipo de referência*, que servirá como instrumento de base e emprestará a sua disciplina típica ao negócio em questão. Ao tipo de referência, as partes adicionarão um *pacto de adaptação*, por meio do qual serão clausuladas as especificidades que, modificando o tipo de referência, tornarão o contrato apto a satisfazer os seus interesses.

Nos contratos de tipo múltiplo, como o próprio nome sugere, não haverá a modificação de um tipo contratual através da anexação de um pacto de adaptação. Nesse caso, não há um tipo contratual de referência que conceda ao contrato a base de sua disciplina, mas uma pluralidade de tipos combinados pelas partes em um só instrumento. Tais contratos poderão ser duplos, triplos ou múltiplos, a depender da quantidade de tipos envolvidos na conjunção estabelecida no negócio.

Reconhecidamente, nem sempre tais distinções serão estanques e nítidas na realidade concreta. A impossibilidade de fixação de fronteiras firmes entre as categorias não retira a

¹⁸⁸ Recentemente, posicionou-se o Superior Tribunal de Justiça, em julgamento de Recurso Especial, reconhecendo a celebração de contrato atípico de natureza mista pelas partes, consistente em “contrato de concessão de uso de jazigo, cumulado com prestação de serviços de manutenção e administração”, *verbis*: “RECURSO ESPECIAL. CEMITÉRIO PARTICULAR. CONTRATO DE CONCESSÃO DE JAZIGO. RESOLUÇÃO. RESTITUIÇÃO DOS VALORES PAGOS. JULGAMENTO EXTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. RECONVENÇÃO. NECESSIDADE. AUSÊNCIA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. NÃO DEMONSTRAÇÃO. 1. O contrato cuja resolução se pretende é um contrato misto, que envolve a concessão de uso de jazigo e a prestação de serviços de manutenção e administração. A parte relativa à concessão de uso foi adimplida, com o pagamento do preço e a disponibilização do jazigo. O inadimplemento ocorreu no que se refere ao pagamento das taxas de manutenção e administração do cemitério. 2. O entendimento da Corte de origem no sentido de que, quanto à concessão de uso, a resolução do ajuste importaria restituir os contratantes ao estado inicial, isto é, o jazigo retornaria à posse da concedente e o concessionário receberia de volta parte do valor pago não constitui julgamento extra petita, pois decorre diretamente do pedido de resolução do contrato, não havendo, por isso, necessidade de reconvenção. 3. Inviável o conhecimento do recurso especial pela alínea “c” do permissivo constitucional quando não há similitude fática entre os arestos confrontados. 4. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, não provido” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.350.677. Recorrente: Comunidade Religiosa João XXIII. Recorrido: Francisco de Assis Munhoz. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 22 de novembro de 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201202244540&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em 15 nov. 2018).

¹⁸⁹ VASCONCELOS, Pedro Pais. *Contratos atípicos*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 230-231.

utilidade de sua formulação, especialmente no que tange à determinação do regime jurídico aplicável a cada uma das modalidades.

4.2.2 Contratos atípicos *versus* contratos coligados

Os estudiosos de direito privado dividem-se acerca da nomenclatura atribuída ao fenômeno da conexidade contratual. Distinguir os contratos conexos, também denominados como *uniões de contratos*¹⁹⁰, da atipicidade contratual – nomeadamente, dos contratos atípicos mistos – significa adentrar a uma discussão clássica a respeito da unidade ou da pluralidade de figuras contratuais. A tarefa, ainda árdua, de localizar a autonomia dos contratos celebrados entre as partes, a despeito das novas teorias desenvolvidas pela doutrina, complexifica-se diante das categorizações originadas pela realidade negocial contemporânea¹⁹¹.

Pedro Pais de Vasconcelos afirma que a união de contratos constitui uma pluralidade de contratos, o que a diferencia dos contratos mistos, nos quais há uma unidade contratual que singulariza o vínculo formado entre as partes¹⁹². Para o autor, a distinção entre as categorias demanda a vinculação de um critério para o estabelecimento da unidade ou pluralidade de contratos. Esse critério, a seu turno, pode ser de caráter subjetivo (repousando, portanto, na vontade declarada pelos contratantes), objetivo (relacionando-se à função ou causa econômico-social que conduz à celebração do contrato) ou misto.

Cláudia Lima Marques, ao discorrer sobre o fenômeno da conexidade contratual como uma das decorrências da crise do contrato, refere que se trata de “um fenômeno operacional econômico de multiplicidade de vínculos, contratos, pessoas e operações para atingir um fim econômico unitário”¹⁹³. A autora reputa a existência de grupos de contratos, redes de contratos e contratos conexos *stricto sensu*¹⁹⁴, cuja semelhança está na identificação de sua autonomia:

¹⁹⁰ Como elucida Jorge Virgílio Lopes Enei, a expressão está longe de ser unânime. Na doutrina italiana, prefere-se o termo *il collegamento negoziale*; na portuguesa, união de contratos; na francesa, *les groupes de contrats*; no direito da Common Law, *linked contracts* ou *contract network* (ENEI, Jorge Virgílio Lopes. Contratos coligados. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, ano XLII, n. 132, São Paulo, out./dez. 2003, p. 111-128, p. 113). Todavia, vale consignar que a nomenclatura “união de contratos” é utilizada, no direito brasileiro, por Giovana Cunha Comiran (COMIRAN, Giovana Cunha. *Atipicidade contratual: entre a autonomia privada e o tipo*. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, p. 78).

¹⁹¹ COMIRAN, Giovana Cunha. *Atipicidade contratual: entre a autonomia privada e o tipo*. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, p. 85-86.

¹⁹² VASCONCELOS, Pedro Pais. *Contratos atípicos*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 220.

¹⁹³ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6ª ed, rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 109.

¹⁹⁴ Os grupos de contratos seriam contratos que incidem de forma paralela e cooperativa para a realização do mesmo fim, de forma que cada contrato ostente um objetivo diferente, mas concorram todos para um mesmo fim

todos constituem vínculos contratuais autônomos, ainda que reconhecidamente conexos. Em sua perspectiva, a diferenciação entre as categorias é especialmente importante nos casos de conexidade de consumo, que, “contaminando” a natureza do contrato, determina a interpretação, o regime e os efeitos próprios dos contratos e de suas relações acessórias¹⁹⁵.

Rodrigo Xavier Leonardo, por sua vez, defende que a coligação contratual *lato sensu* é a melhor terminologia a ser atribuída ao tema das uniões de contratos¹⁹⁶. Com o intento de mitigar a dificuldade de compreensão do assunto, derivada do que denomina de “pluralidade tipológica”, o doutrinador propõe a classificação dos contratos segundo a sua fonte ou origem, dispondo-os em: (i) contratos coligados em sentido estrito; (ii) contratos coligados por cláusula expressamente prevista pelos contratantes; (iii) contratos conexos, estes divididos em redes contratuais e contratos conexos em sentido estrito.

A coligação em sentido estrito ocorre quando a ligação entre os contratos deriva de aplicação da lei, ou seja, a disciplina de determinado tipo contratual prevê a coligação a partir de uma operação econômica supracontratual. A coligação por cláusula expressa surge quando os contratantes ajustam a realização de uma operação econômica supracontratual, vinculando diferentes contratos e mensurando a extensão dos efeitos decorrentes da junção. A conexidade contratual diz respeito à ligação verificada entre dois ou mais contratos em virtude de um nexo, que independe de previsão legal ou cláusula expressa. Nestes, as redes contratuais aparecem como contratos interligados por um nexo que se destina à oferta de produtos e serviços ao mercado para consumo – o que, diversamente, não se faz necessário para a formação de contratos conexos em sentido estrito.

De fato, a doutrina civilista, em geral, posiciona a discussão sobre a autonomia contratual na figura dos contratos coligados. Tal nomenclatura é igualmente adotada por juristas como Álvaro Villaça Azevedo, Francisco Paulo de Crescenzo Marino, Giselda Hironaka, José

em comum, que só poderá ser efetivado diante da união dos contratos. A rede de contratos constituiria a hipótese em que cada contrato possui o mesmo objeto, sendo a estrutura contratual recorrentemente utilizada pelos fornecedores para a organização de suas cadeias de produção. Os contratos conexos *stricto sensu* configurariam contratos autônomos que se vinculam por uma finalidade econômica supracontratual comum, identificável na causa, no objeto ou nas bases do negócio. (MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6ª ed, rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 109-111).

¹⁹⁵ O posicionamento da autora é endossado por Laís Bergstein, que sustenta que “(...) se a finalidade supracontratual é de consumo, todos os contratos são de consumo por conexidade ou acessoriedade” (BERGSTEIN, Laís. Conexidade contratual, redes de contratos e contratos coligados. *Revista de Direito do Consumidor*, ano 26, vol. 109, jan./fev. 2017, p. 159-183, p. 173).

¹⁹⁶ LEONARDO, Rodrigo Xavier. Os contratos e os terceiros: o que são os contratos coligados? *Revista Consultor Jurídico*, set. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-set-17/contratos-terceiros-sao-contratos-coligados>. Acesso em 20 out. 2018.

Virgílio Lopes Enei, Orlando Gomes e Paulo Lôbo, que situam o debate exatamente no cotejo dos contratos atípicos mistos com os contratos coligados *lato sensu*.

José Virgílio Lopes Enei, na mesma toada, refere que os contratos coligados não correspondem à “mera soma de prestações de natureza diversa a formar um único e particular contrato”, tal como ocorre com os contratos atípicos mistos. Assim, a coligação é, em seu entendimento, a união de contratos que comungam em prol de uma mesma finalidade econômica, embora as figuras preservem a sua individualidade estrutural¹⁹⁷.

De igual modo, alude Giselda Hironaka:

Se os contratos mistos são aqueles que resultam da combinação de elementos de diferentes contratos, formando uma espécie contratual não esquematizada em lei e se desta combinação de elementos de diferentes contratos, resulta uma unicidade que é o que, afinal, claramente os caracteriza, não há razão para se confundir os contratos mistos - assim definidos - com os contratos coligados, uma vez que, nestes, não se combinam elementos de vários contratos, simplesmente, mas o que se dá é a combinação de contratos completos. Por isso, nos contratos coligados há uma pluralidade de contratos, e a combinação deles não resulta, como nos contratos mistos, numa unicidade.¹⁹⁸

Orlando Gomes sustenta que, em qualquer de suas apresentações¹⁹⁹, a coligação contratual não tem o condão de ensejar as dificuldades provocadas pelos contratos mistos quanto ao direito aplicável²⁰⁰. Para o autor, os contratos mistos resultam da combinação de elementos de diferentes contratos, de modo a caracterizar uma nova espécie contratual não tipificada em lei. Todavia, os contratos coligados consistem apenas na combinação de contratos completos, distinguindo-se da fusão de elementos contratuais em um só instrumento. Como a sua celebração não conduz à formação de um contrato unitário (na medida em que remanesce a individualidade de cada contrato), a coligação contratual acarreta a aplicação do conjunto de regras próprias do tipo aos quais os negócios se ajustam²⁰¹.

¹⁹⁷ ENEI, Jorge Virgílio Lopes. Contratos coligados. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, ano XLII, n. 132, São Paulo, out./dez. 2003, p. 111-128, p. 113.

¹⁹⁸ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Contrato: estrutura milenar de fundação do direito privado. *Revista da Faculdade De Direito da Universidade de São Paulo*, n. 97, São Paulo, 2002, p. 127-138, p. 131.

¹⁹⁹ O autor filia-se à corrente doutrinária capitaneada por Enneccerus, dividindo a coligação contratual em união meramente externa ou instrumental, união com dependência e união alternativa. (GOMES, Orlando. *Contratos*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 104. ENNECCERUS, Ludwig. *Tratado de derecho civil, Tomo II: Derecho de Obligaciones*. Buenos Aires: Bosch, 1948, p. 06-08).

²⁰⁰ GOMES, Orlando. *Contratos*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 103-105.

²⁰¹ Nas palavras de Orlando Gomes, “na união formal ou instrumental, sem qualquer dificuldade, porque não há interdependência. Nos contratos interdependentes, o condicionamento de um ao outro não constitui obstáculo à aplicação das regras peculiares a cada qual. Na união alternativa, aplica-se o direito relativo ao contrato subsistente” (*Ibidem*, p. 105).

Francisco Paulo de Crescenzo Marino faz uma ressalva quanto ao regime jurídico aplicável aos contratos coligados. Em seus escritos, observa que, na medida em que o tipo contratual é o tipo puro (desvinculado de outros contratos), a coligação é capaz de afetar o regime jurídico típico, derogando-o naquelas partes que não se coadunarem com a união de contratos realizada pelas partes. A jurisprudência, assim, pode ser conduzida ao equívoco de aplicar o regime típico a tais contratos, o que pode ser contraditório à própria vinculação estabelecida entre os contratantes²⁰².

Remontando às lições preconizadas por Orlando Gomes, Álvaro Villaça Azevedo também afirma que os contratos coligados mantêm a sua individualidade, tendo em vista que consubstanciam contratações autônomas, ainda que interligadas por um interesse econômico específico. Os contratos atípicos mistos representam “avenças que se somam e se integram de modo indissociável, não tendo cada qual vida própria”, originando uma contratação única, complexa e indivisível²⁰³.

Da obra de Paulo Lôbo, depreende-se raciocínio bastante semelhante:

Diferentemente dos contratos mistos, nos quais o múltiplo se converte no uno, nos contratos coligados, ou uniões de contratos, o múltiplo integra-se no múltiplo. Ao invés de fusão, há justaposição. Os contratos coligados mantêm suas individualidades, incidindo paralela, mas conjuntamente, sobre a mesma relação jurídica básica. O nexo entre esses contratos não é de acessoriedade (contrato principal e contrato acessório), mas de interdependência.²⁰⁴

Dessa forma, tal como vem reconhecendo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça naqueles casos de contratos de distribuição e fornecimento de combustíveis, a coligação contratual diz respeito a um vínculo de interdependência – no mais das vezes, econômica – entre instrumentos distintos²⁰⁵. A configuração da coligação contratual, embora signifique a união dos contratos em direção a uma finalidade comum, não elide a pluralidade inerente à sua formação²⁰⁶.

²⁰² MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. Contratos coligados e qualificação contratual em algumas decisões recentes do STJ. *Revista do IASP*, ano 10, n. 19, São Paulo, jan./jun. 2007, p. 142-152, p. 147.

²⁰³ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos: curso de direito civil*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 127.

²⁰⁴ LÔBO, Paulo. *Direito civil: contratos*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 107.

²⁰⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 985.531. Recorrente: Ipiranga Produtos de Petróleo S.A. Recorridos: Auto Posto Copacabana Ltda. e Outros. Relator: Min. Vasco Della Giustina. Brasília, 28 de outubro de 2009. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200702212232&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em 15 nov. 2018.

²⁰⁶ Nesse âmbito: “se se recorrer, ainda uma vez, às luzes da doutrina, ver-se-á que ela sublinha a importância prática da noção de contratos conexos (ou coligados, ou vinculados) exatamente na perspectiva da influência que as vicissitudes sofridas por um deles são capazes de exercer sobre o outro” (MOREIRA, José Carlos Barbosa.

Por sua vez, os contratos atípicos mistos, embora possam ser, em um primeiro momento, conceitualmente semelhantes aos contratos coligados, com eles não se confundem. A atipicidade contratual existe em um contrato uno e, quando manifestada em sua natureza mista, permite que elementos de distintos tipos contratuais sejam correlacionados em um só instrumento. Diante de tais combinações, o contrato preservará o seu sentido de unidade e constituirá um vínculo atípico singular e complexo, mas jamais plural.

4.3 CONTEÚDO E DISCIPLINA DOS CONTRATOS ATÍPICOS

O tema da atipicidade contratual projeta-se em, pelo menos, duas questões fundamentais: nos limites a serem impostos pelo ordenamento jurídico à liberdade contratual das partes e, também, na determinação do regime jurídico a ser utilizado como suporte para qualificar e interpretar os vínculos obrigacionais estabelecidos nos negócios jurídicos²⁰⁷.

4.3.1 A determinação do regime jurídico dos contratos atípicos

Quando se está diante de um contrato típico, o processo de aplicação do direito depara-se com menos dificuldades, na medida em que as principais diretrizes para a tutela da relação jurídica estarão previstas no quadro normativo formatado em lei (no caso dos contratos legalmente típicos) ou nos usos e costumes (no caso dos contratos socialmente típicos). Aliás, a grande maioria dos contratos celebrados no cotidiano possuem natureza típica. Por serem usualmente celebrados com fundamento nos tipos – isto é, nos modelos já regulamentados –, não suscitam grandes problemas em sua negociação ou interpretação. Nessas hipóteses, “o seu conteúdo é bem conhecido e, no que respeita ao que não é expressamente estipulado, é geralmente óbvio e sem mistérios, para as partes e para os tribunais, que a disciplina a aplicar é a dos tipos que correspondem”²⁰⁸.

A tarefa se torna relativamente problemática, entretanto, quando o intérprete se debruça sobre um contrato legalmente atípico²⁰⁹. Nesse ponto, quais serão as normas incidentes para a

Unidade ou pluralidade de contratos – contratos conexos, vinculados ou coligados. *Revista dos Tribunais*, vol. 817, São Paulo, nov. 2003, p. 753-762, p. 758).

²⁰⁷ COMIRAN, Giovana Cunha. *Atipicidade contratual: entre a autonomia privada e o tipo*. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, p. 90.

²⁰⁸ VASCONCELOS, Pedro Pais. *Contratos atípicos*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 18.

²⁰⁹ Nesse caso, veja-se que a jurisprudência, ao referir-se à atipicidade, comumente não discorre de forma precisa acerca do regime jurídico aplicável a tais contratos, limitando-se a invocar as estipulações criadas pelas partes e desconsiderando as situações em que a autorregulação não se mostre suficiente: “APELAÇÃO-CIVEL. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. CONTRATO ATÍPICO. No contrato atípico é necessária a especificação

qualificação e interpretação das cláusulas estabelecidas pelas partes na avença? O ordenamento jurídico não responde – ao menos, não expressamente – tais questionamentos, vez que o Código Civil brasileiro limita-se a permitir às partes a celebração de contratos atípicos, determinando a observação pelos contratantes das normas gerais fixadas em lei²¹⁰.

Nessa seara, a doutrina, exercendo o seu inarredável papel na construção de modelos hermenêuticos²¹¹, discorre exaustivamente sobre o assunto. E assim o faz não apenas para orientar a atividade jurisprudencial de apreciação e interpretação de tais contratos, mas também com vistas a conceder às partes a necessária segurança jurídica para a formação de contratos atípicos. Como elucida Orlando Gomes:

Os contratos atípicos subordinam-se às regras gerais do Direito Contratual, assim as que regem os pressupostos e requisitos essenciais à validade dos contratos como as que disciplinam as obrigações. Têm irrecusável aplicação nos contratos atípicos, mas, evidentemente, não bastam. Regras particulares são necessárias. Como não estão previstas especialmente na lei, cabe ao juiz procurá-las, utilizando-se de um dos métodos propostos pela doutrina.²¹²

Os contratos atípicos efetivamente celebrados são, em sua grande maioria, contratos mistos²¹³, e a sua construção se dá por meio de um ou mais tipos contratuais, que lhe servem como *tipos de referência*, misturados ou modificados por meio da inserção de cláusulas pelos contraentes²¹⁴. Por se tratar dos vínculos contratuais atípicos mais comuns no direito atual, a análise do regime jurídico aplicável será realizada tomando como base a figura dos contratos mistos, cotejando-a com a teoria contratual clássica e com o método tipológico em suas matrizes contemporâneas.

detalhada dos direitos e obrigações de cada parte, tendo em vistas a inexistência de disciplina legal. Diante da negativa do réu, incumbe ao autor o ônus processual de comprovar a celebração do contrato nos termos referidos na petição inicial. No caso concreto, não comprovada a natureza do vínculo contratual, resulta inviável atribuir-se ao réu a responsabilidade pelo ressarcimento de lucros cessantes ou pelas despesas envolvendo o conserto da máquina. Sentença mantida. APELAÇÃO DESPROVIDA” (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 70056920986. Apelante: Apelado: Relator: Marco Antonio Angelo. Porto Alegre, 22 de maio de 2014. Disponível em:

http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?numero_processo=70056920986&ano=2014&codigo=733638. Acesso em 15 nov. 2018).

²¹⁰ “Art. 425. É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código” (BRASIL. Código Civil. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Planalto*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em 15 nov. 2018).

²¹¹ MARTINS-COSTA, Judith. Autoridade e utilidade da doutrina. In: *Modelos de Direito Privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 9-40, p. 11.

²¹² GOMES, Orlando. *Contratos*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 107.

²¹³ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução: Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009, p. 137.

²¹⁴ VASCONCELOS, Pedro Pais. *Contratos atípicos*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 08-09.

4.3.1.1 Teorias clássicas sobre a disciplina dos contratos atípicos mistos

Além das normas gerais de direito contratual, por meio de qual substrato normativo serão interpretados os contratos atípicos mistos? A doutrina clássica, ao empreender esforços para solver a referida problemática, fragmenta-se em, ao menos, três vertentes, intituladas de teorias da absorção, da combinação e da aplicação analógica²¹⁵.

A teoria da absorção é erigida a partir da identificação de um elemento predominante no contrato em questão, de modo que, por ser principal, tal elemento atrairia para a sua órbita os demais aspectos da avença, sujeitando-os às regras que lhe são aplicáveis²¹⁶. O pressuposto de que todo contrato misto possuiria um elemento mais forte em seu arquétipo, capaz de presidir a disciplina jurídica do instrumento em sua totalidade²¹⁷, sofre duras críticas pelo restante da doutrina. Isso porque significativa parcela dos autores compreende, inversamente, que nem todos os contratos mistos estabelecem entre os seus elementos relações de subordinação, havendo, em grande medida, relações de coordenação entre as suas partes. Outrossim, a teoria é refutada pelo fato de que nem sempre o elemento reputado como preponderante é dotado de regulamentação no texto legal²¹⁸, o que retira os créditos que poderiam ser atribuídos à concepção nos dias de hoje²¹⁹.

A teoria da combinação menciona ser possível decompor e isolar os elementos de qualquer contrato atípico, a fim de aplicar-lhes a disciplina legal respectiva. Dessa feita, cada parte integrante do esquema contratual ensinaria a aplicação direta das regras a si atinentes, posteriormente combinadas e aglutinadas em um todo unitário²²⁰. A ideia, entretanto, também é severamente afastada em razão da dificuldade da solução que apresenta: nem sempre será possível separar os diversos elementos do contrato, que não são justapostos, mas compenetrados e soldados uns aos outros em uma unidade orgânica²²¹. O isolamento de itens particulares não pode ser levado a cabo sem acarretar prejuízo na compreensão de sua estrutura

²¹⁵ COMIRAN, Giovana Cunha. *Atipicidade contratual: entre a autonomia privada e o tipo*. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, p. 92-93.

²¹⁶ GOMES, Orlando. *Contratos*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 106.

²¹⁷ BARBOSA, Mário Figueiredo. Sobre os contratos atípicos. *Revista Forense*, vol. 282, ano 79, abr./jun. 1983, p. 29-38, p. 36-37.

²¹⁸ GOMES, Orlando. *Contratos*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 107.

²¹⁹ ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. Os contratos atípicos como expressão da autonomia privada na esfera negocial. In: ESTEVEZ, A. F.; JOBIM, M. F. (org.). *Estudos de direito empresarial: homenagem aos 50 anos de docência do Professor Peter Walter Ashton*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 267-287, p. 276.

²²⁰ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Os contratos inominados e o novo Código Civil. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, ano XLI, n. 126, abr./jun. 2002, p. 31-36, p. 33.

²²¹ GOMES, Orlando. *Contratos*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 106.

e articulação. Ademais, as regras incidentes podem chocar-se entre si, impossibilitando a combinação das normas aplicáveis a cada elemento.

A teoria da aplicação analógica, por sua vez, apresenta-se como uma corrente doutrinária possível ante a realidade atual do direito. Nessa terceira via, defende-se o recurso à aplicação analógica da disciplina de algum ou de vários contratos típicos²²², permitindo ao intérprete maior liberdade para averiguar e alcançar a vontade declarada pelas partes. A tarefa do julgador, nesse caso, seria “procurar o contrato típico do qual mais se aproxima o contrato atípico para aplicar a esse as normas que disciplinam aquele”²²³. Na hipótese de não ser cabível a analogia devido à inexistência de afinidade com qualquer contrato típico, sugere-se o emprego da *analogia juris*, com a invocação dos princípios ínsitos ao direito contratual²²⁴.

Embora considere que a teoria da analogia representa um mecanismo relativamente aceitável para a disciplina dos contratos atípicos mistos, Orlando Gomes consigna em seus escritos que o critério é, em verdade, insuficiente, porquanto a analogia não representa meio apto a outorgar tutela jurídica idônea para a generalidade dos casos. Consequentemente, o doutrinador recomenda a adoção de uma solução eclética, mesclando os métodos da absorção, da combinação e da aplicação analógica no processo de apreciação da atipicidade contratual. Na contramão do pensamento encampado por Orlando Gomes, todavia, Ludwig Enneccerus²²⁵ e Sydney Sanches²²⁶ endossam a viabilidade da utilização da teoria da aplicação analógica.

A matéria vem sendo discutida em âmbito jurisprudencial, havendo ampla adesão ao mecanismo da aplicação analógica. Exemplificativamente, veja-se que o Supremo Tribunal Federal entendeu, há alguns anos, ser adequada a utilização da analogia para a interpretação de

²²² ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. Os contratos atípicos como expressão da autonomia privada na esfera negocial. In: ESTEVEZ, A. F.; JOBIM, M. F. (org.). *Estudos de direito empresarial: homenagem aos 50 anos de docência do Professor Peter Walter Ashton*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 267-287, p. 277.

²²³ GOMES, Orlando. *Contratos*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 107.

²²⁴ BARBOSA, Mário Figueiredo. Sobre os contratos atípicos. *Revista Forense*, vol. 282, ano 79, abr./jun. 1983, p. 29-38, p. 38.

²²⁵ “*Las relaciones contractuales que no encajan dentro de ninguno de los tipos de contrato del C. c. y respecto a las culaes tampoco sea aplicable ninguna otra ley del Reich o ley territorial dejada a salvo (contratos atípicos), han de ser juzgadas por analogia de los tipos contractuales afines, por los principios generales de las obligaciones y contratos y, finalmente, a título complementario, por el arbitrio judicial*” (ENNECCERUS, Ludwig. *Tratado de derecho civil, Tomo II: Derecho de Obligaciones*. Buenos Aires: Bosch, 1948, p. 03).

²²⁶ “Mas o Juiz, hoje, em face de um contrato atípico, *i.e.*, não regulado pela lei vigente, antes de se valer dos princípios gerais do direito e até de costumes, deve recorrer à analogia. E esta consiste em aplicar a uma hipótese, não prevista especialmente em lei, disposição relativa a caso semelhante. Pressupõe semelhança de relações” (SANCHES, Sydney. Os contratos atípicos no direito privado. *Revista de Direito Público*, n. 86, ano XXI, São Paulo, abr./jun. 1988, p. 237-241, p. 239).

contratos atípicos²²⁷, assim como o Superior Tribunal de Justiça²²⁸. No mesmo sentido, já decidiu o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul pela aplicação dos dispositivos da Lei de Locações para tratar de questões referentes à indenização por benfeitorias no que concerne à atividade de *shopping centers*²²⁹.

4.3.1.2 Da teoria conceitual ao método tipológico

A avaliação das alternativas propostas pelas teorias da absorção, da combinação ou da analogia, assim como a escolha de uma via eclética entre as escolas, pressupõe um juízo prévio, por parte do intérprete, acerca da determinação da tipicidade (ou da atipicidade) do contrato em questão. O processo de qualificação do vínculo obrigacional perpassa a transição da ideia de *conceito* para a noção de *tipo* e a sua associação aos modelos contratuais previstos pelo legislador.

Os institutos da dogmática jurídica foram tradicionalmente projetados por meio da formulação de conceitos, caracterizados pela sua generalidade e abstração. A sua construção se

²²⁷ “CONTRATO ATÍPICO. A EXIGÊNCIA DE AVISO PRÉVIO, EM VIRTUDE DA APLICAÇÃO ANALÓGICA DE PRINCÍPIO DISCIPLINADOR DE CONTRATO TÍPICO AFIM DO ATÍPICO EM CAUSA, NÃO VILA O PRG 2 DO ARTIGO 153 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL (...)” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos de Divergência no Recurso Extraordinário n. 81.052. Embargante: Volkswagen do Brasil Indústria e Comércio de Automóveis S.A. Embargado: Nova Texas Veículos S.A. Relator: Min. Rodrigues Alckmin. Brasília, 06 de outubro de 1976. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=38974>. Acesso em 15 nov. 2018).

²²⁸ “DIREITO PRIVADO. CONCESSÃO DE REVENDA COM EXCLUSIVIDADE. RESOLUÇÃO UNILATERAL. RESPONSABILIDADE INDENIZATORIA. CONTRATOS ATÍPICOS. PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO OBRIGACIONAL E CONTRATUAL. RECURSO NÃO CONHECIDO. I - CONSOANTE A DOCTRINA, OS CONTRATOS ATÍPICOS DEVEM SER APRECIADOS NÃO APENAS PELA DISCIPLINA LEGAL DOS CONTRATOS AFINS, MAS: PRIMEIRO, PELA ANALOGIA; SEGUNDO, DE ACORDO COM OS PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO OBRIGACIONAL E CONTRATUAL; TERCEIRO, PELA LIVRE APRECIÇÃO DO JUIZ. (...)” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 5.680. Recorrente: Companhia Sulina de Bebidas Antártica. Recorrido: Indústria e Comércio de Bebidas Alfredo Schweder Ltda. Relator: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Brasília, 13 de novembro de 1990. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=199000106532&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em 15 nov. 2018).

²²⁹ “LOCAÇÃO. SHOPPING CENTER. CONTRATO DE LOCAÇÃO. CLÁUSULA CONTRATUAL. INTERPRETAÇÃO. VALIDADE E EFICÁCIA. INDENIZAÇÃO POR BENFEITORIAS E PONTO COMERCIAL. Em tema de locação em Shopping Center, a nova Lei do Inquilinato, Lei nº 8.245/91, em seu artigo 54, estabelece que nas relações entre locador e lojistas locatários prevalecem às condições previstas nos respectivos contratos locatícios, em virtude das peculiaridades desse empreendimento, que envolve um complexo de atividades. Assim, plenamente válido, e conseqüentemente exigível, o disposto na cláusula dezesseis do contrato de locação, que estabelece o dever de a apelante em pagar indenização em valor certo pelas benfeitorias já existentes no imóvel quando da locação, e pelo ponto comercial no valor nele acertado. (...). RECURSO DESPROVIDO” (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 70008723892. Apelante: GNZ Comércio de Alimentos Limitada. Apelado: SDV Administradora de Shopping Centers S.A. Relator: Ricardo Raupp Ruschel. Porto Alegre, 25 de agosto de 2004. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?numero_processo=70008723892&ano=2004&codigo=446169. Acesso em 15 nov. 2018).

dá a partir da aceitação da ideia de pluralidade e da conseqüente unificação de seus elementos comuns e da separação dos itens que se distinguem²³⁰. No conteúdo que densifica o conceito, os atributos incomuns ou específicos são, pois, abstraídos, não sendo tomados em consideração para a elaboração da pluralidade conceituada, a tal ponto que se torne possível o emprego da técnica de subsunção. Como resultado, a subsunção de indivíduos em conceitos e, ainda, de conceitos inferiores em conceitos superiores potencializa os graus de certeza e segurança do sistema jurídico, permitindo que a sua organização se dê em uma base lógica e, no mais das vezes, eficaz para a resolução de casos práticos²³¹.

A teoria conceitual guarda relação com o método dos *essentialia*, que se funda na observância dos elementos principais do contrato para a concretização do seu processo de qualificação. Tais itens configurariam elementos definidores de cada tipo de negócio, distinguindo-o dos demais, fixando os limites da subsunção a partir de um processo que se opera sob o mote da exclusão²³². O pensamento conceitual se estrutura em um juízo binário de *sim* ou *não* sobre o tipo, sobre o modelo contratual a ser analisado²³³.

A consideração dos *essentialia* como elementos principais do contrato conduz à sua valoração como os itens *qualificantes* de cada tipo. Contudo, a adoção do método subsuntivo para a identificação dos tipos contratuais aparenta, para grande parte da doutrina, ser uma concepção eivada de alguns vícios. Dentre eles, reputa-se a dificuldade da determinação dos elementos essenciais de cada tipo. A fragilidade de tal critério distintivo reside largamente na impossibilidade de sua aplicação – ao menos, com a pretendida rigidez – diante da complexidade dos fenômenos socialmente apresentados. A inexistência de traços minimamente graduáveis traz problemas na medida em que, nos contratos atípicos mistos, a mescla de regimes contratuais demandará necessariamente a análise de outros elementos que não os referidos como essenciais²³⁴.

Diferentemente, a ideia de *tipo* parece estar mais perto da realidade, na medida em que preserva as notas características não essenciais de cada contrato. O método tipológico – calcado, como o próprio nome sugere, nos *tipos*, e não nos *conceitos* – está dotado de generalidade e de especificidade, permitindo que o que é real possa ser reconduzido a figuras semelhantes, a despeito da ausência de identidade total entre os elementos. O desprezo pelas características

²³⁰ VASCONCELOS, Pedro Pais. *Contratos atípicos*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 25.

²³¹ *Ibidem*, p. 26-27.

²³² *Ibidem*, p. 83.

²³³ COMIRAN, Giovana Cunha. *Atipicidade contratual: entre a autonomia privada e o tipo*. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, p. 96-97.

²³⁴ *Ibidem*, p. 98-99.

não essenciais, próprio da teoria conceitual, não ocorre com o método tipológico, uma vez que, entre a realidade e o tipo, existe uma relação de mútua significação: a realidade é constituinte do tipo, e o tipo é constituinte da realidade²³⁵.

O conteúdo que cada uma das noções – tipo e conceito – carrega possui, indubitavelmente, certa semelhança. Ambos os métodos consistem em formas de abstração, “mas os processos de abstração do tipo e do conceito são diferentes”²³⁶. As ideias se aproximam especialmente quando legislador fixa as notas do tipo por meio de definições legais, transformando os tipos reais abertos em tipos legais fechados, aproximando-lhes dos conceitos e da subsunção legal. Fato é, contudo, que a positivação dos tipos não retira a sua feição enquanto reprodução da repetição social de condutas subjetivas²³⁷, nem o seu caráter aberto, elástico e gradual, que destoa da rigidez e da fixidez imposta pelos conceitos gerais e abstratos. Necessariamente, os tipos apresentam maior grau de concreção em relação às propriedades oferecidas pelos conceitos. Os tipos serão descritíveis e impassíveis de definição integral em razão da fluidez de seus contornos, tornando inviável a qualificação por meio da técnica de subsunção.

Importa registrar, no entanto, que a plasticidade tipológica jamais existirá em grau máximo, o que necessariamente deve ser considerado pelo intérprete em seu trabalho hermenêutico. Há um momento máximo de maleabilidade do tipo, cuja exata percepção estabelece as fronteiras entre o típico e o atípico²³⁸. A qualificação, quando articulada sobre o paradigma tipológico, valora os dados concretos e, a partir de seu cotejo com os *índices do tipo*, verifica se tais dados são ou não reconduzíveis ao tipo legal²³⁹.

A partir da qualificação dos fatos, o aplicador do direito poderá determinar se os contratos se apresentam sob configurações não reguladas por lei, sendo, então, chamados de atípicos. Os termos utilizados pelo legislador para a fixação legal do tipo importam em tal processo: “um tipo contratual mais flexível poderá tornar tênue a linha divisória entre contrato típico e atípico, fomentando mais dúvidas diante do procedimento de qualificação”²⁴⁰, ainda que proporcione uma maior capacidade adaptativa a um maior número de casos concretos.

²³⁵ COMIRAN, Giovana Cunha. *Atipicidade contratual: entre a autonomia privada e o tipo*. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, p. 40.

²³⁶ COMIRAN, Giovana Cunha. Critérios de integração e interpretação dos contratos atípicos: o art. 425 do CC/2002 e o método tipológico. In: MARTINS-COSTA, J.; VARELA, L. B. *Código: dimensão história e desafio contemporâneo. Estudos em homenagem ao Professor Paolo Grossi*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2013, p. 333-378, p. 336.

²³⁷ COMIRAN, Giovana Cunha. *Atipicidade contratual: entre a autonomia privada e o tipo*. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, p. 41.

²³⁸ *Ibidem*, p. 44.

²³⁹ *Ibidem*, p. 45.

²⁴⁰ *Ibidem*, p. 50.

4.3.2 O conteúdo dos contratos atípicos e as limitações à liberdade contratual

A rigor, o conteúdo dos contratos atípicos compõe-se, formalmente, da estipulação das partes (isto é, pelas cláusulas acordadas no contrato) e, substancialmente, da autorregulação por elas contratada (ou seja, pela regulação criada pelo contrato e posta em vigor como direito vigente na ordem jurídica). Embora a distinção possa ser didática para fins de entendimento do instituto, na prática, os limites entre as ideias de estipulação e autorregulação são, em sua essência, nebulosos²⁴¹. Precisamente, no trato cotidiano com os vínculos contratuais atípicos, o conteúdo do pacto ajustado entre as partes será apenas um.

As estipulações determinadas pelas partes constituem fruto do exercício de sua autonomia e, por corolário lógico, da liberdade outorgada aos contratantes. No entanto, como ressalta Pedro Pais de Vasconcelos:

Embora seja concebível um contrato em que esteja clausulada toda a disciplina contratual, tal não será, nem frequente, nem normal. Normalmente o conteúdo do contrato é mais amplo do que o seu clausulado, sendo necessário, na concretização da disciplina contratual, ir para além do clausulado buscar noutros lugares do jurídico os critérios de decisão.²⁴²

A demarcação do que o autor considera como “outros lugares do jurídico” é, talvez, um dos pontos centrais da discussão do regime jurídico aplicável aos contratos atípicos. Certo é que, em suas manifestações puramente atípicas, as partes necessariamente serão chamadas a clausular quase a totalidade da disciplina contratual. Por outro lado, nas contratações mistas, a disciplina do instrumento apresentará íntima relação com as previsões relacionadas aos tipos de referência utilizados pelos contratantes²⁴³, não havendo obrigatoriedade de tão ampla *clausulação*²⁴⁴.

Em ambos os casos, contudo, o contrato se submeterá às normas aplicáveis aos contratos em geral, em consonância com o que prevê, restritamente, o art. 425 do Código Civil. A indeterminação do dispositivo, que comina aos contratos atípicos tão somente a aplicação de

²⁴¹ VASCONCELOS, Pedro Pais. *Contratos atípicos*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 319.

²⁴² *Ibidem*, p. 320.

²⁴³ Interessante é a anotação de Vasconcelos a esse respeito: “(...) os preceitos do tipo de referência contribuem para a concretização da regulação contratada, não de acordo com o sentido que no tipo de referência lhes era próprio, mas de acordo com o sentido próprio da regulação contratada. Os preceitos do tipo de referência que não se harmonizem com o sentido da regulação contratada devem ser adaptados, devem ser harmonizados através da modificação do seu conteúdo perceptivo. Quando sejam inadapáveis, a sua aplicação deve ser afastada. Assim, as estipulações contratadas derogam e afastam as do tipo de referência que lhes sejam contrárias ou com que sejam incompatíveis” (*Ibidem*, p. 373).

²⁴⁴ *Ibidem*, p. 322.

normas de caráter geral, faz nascer o debate sobre a extensão da autonomia das partes em relação às cláusulas a serem pactuadas²⁴⁵. Isso porque, como ensina Pontes de Miranda, “não há autonomia absoluta ou ilimitada de vontade; a vontade tem sempre limites, e a alusão à autonomia é alusão ao que se pode *querer* dentro desses limites”²⁴⁶.

Os problemas acerca das limitações aplicáveis aos contratos atípicos decorrem da ausência de enquadramento disciplinar – ao menos, de enquadramento direto – de suas disposições, que não estarão regulamentadas de maneira tão clara como ocorre com os modelos contratuais tipificados em lei. Ainda que a autonomia privada exerça o papel de vetor atipicidade, o seu espectro será sempre conformado pelas balizas da licitude²⁴⁷.

Em uma análise com as lentes dos planos do negócio jurídico, é possível afirmar que os contratos atípicos devem obedecer às normas constantes da Parte Geral do Código Civil, que disciplinam a sua validade e eficácia. Nesse aspecto, pouco há a discutir, na medida em que os requisitos e fatores aplicáveis aos contratos atípicos serão, naturalmente, os mesmos dos contratos tipificados na legislação²⁴⁸.

Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa acrescenta que, aos contratos atípicos, incidem os limites previstos no Capítulo I do Título V do Código Civil, relacionado às disposições gerais sobre contratos²⁴⁹. Dessa forma, como pode-se esperar, além dos limites estabelecidos na Parte Geral do Código, os contratos atípicos deverão observar outras fronteiras que igualmente restringem a possibilidade de estipulação de seu conteúdo pelas partes²⁵⁰. Entre tais limitações, estão a função social do contrato²⁵¹ (art. 421 do Código Civil), os princípios da probidade e da

²⁴⁵ Pedro Pais de Vasconcelos afirma que, de fato, que a contribuição da vontade das partes (isto é, da autonomia privada) é fundamental, mas “cede perante a força jurídica da Lei, da Moral e da Natureza” (VASCONCELOS, Pedro Pais. *Contratos atípicos*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 59).

²⁴⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: parte especial. Tomo XXXVIII*. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1962, p. 39.

²⁴⁷ VASCONCELOS, Pedro Pais. *Contratos atípicos*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 11-12.

²⁴⁸ FRANÇA, Pedro Arruda. *Contratos atípicos: legislação, doutrina e jurisprudência*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 44.

²⁴⁹ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Os contratos inominados e o novo Código Civil. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, ano XLI, n. 126, abr./jun. 2002, p. 31-36, p. 35.

²⁵⁰ Paulo Lôbo destaca que “atipicidade não se confunde com arbitrariedade”, uma vez que todo o contrato deve observar a sua função social, devendo ter significação que ultrapasse os interesses “meramente individuais, contingentes e socialmente irrelevantes” (LÔBO, Paulo. *Direito civil: contratos*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 96).

²⁵¹ Como destaca Gerson Luiz Carlos Branco, “(...) a função social dos contratos é cláusula geral que tem o papel sistemático de integração de todas as normas do Direito Contratual, com especial eficácia no âmbito dos contratos empresariais. A consequência prática disso é a submissão de todos os contratos previstos em leis especiais ou contratos inominados ao princípio da sociedade positivado na cláusula geral. Por isso, serve a cláusula geral como regra de interpretação e de integração das demais disposições legais que disciplinam os contratos” (BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *As origens doutrinárias e a interpretação da função social dos contratos no Código Civil brasileiro*. 2006. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, p. 253).

boa-fé (art. 422), a interpretação favorável ao aderente (art. 423), as regras gerais sobre a formação do contrato (arts. 427 a 435) e sobre a sua extinção (arts. 472 a 480).

4.3.3 O papel da jurisprudência na caracterização dos contratos atípicos

Convergem os autores acerca da função desempenhada pelos Tribunais na caracterização e integração dos contratos atípicos. A dissonância verificada nas decisões judiciais no que tange ao tratamento da atipicidade, em suas dimensões legal e social, reflete certa insegurança sobre o regime jurídico a ser aplicado a tais relações. É por esse motivo que, diagnostica a doutrina, a matéria vem sendo interpretada de maneira casuística, em um “espaço vazio de critérios de adesão”²⁵².

O denominado “juízo de mérito” sobre o conteúdo dos contratos atípicos é geralmente reservado às partes contratantes. No entanto, a sua realização não está vedada na seara jurisprudencial, sendo possível que os magistrados sejam chamados a pronunciar-se a respeito de eventuais conflitos a respeito de seu conteúdo.²⁵³ Mais do que isso, como já ressaltado, compete aos julgadores a tarefa de identificar previamente os traços próprios da atipicidade, atribuindo ao pacto o respectivo selo e distanciando-o (ou aproximando-o, naquelas hipóteses de contratos mistos oriundos de tipos de referência) dos tipos legais.

Nesse espectro, Giovana Cunha Comiran leciona que a atipicidade vem sendo continuamente relacionada a dificuldades hermenêuticas, cujas soluções são, em grande medida, formuladas com base em técnicas subsuntivas, em detrimento da adoção do método tipológico. Dessa forma, a partir do que chama de “vale-tudo da interpretação”, reconhece a autora que os intérpretes passam, em razão de tais incertezas, a buscar a “salvação” dos contratos junto aos tipos legais, o que pode culminar na contradição entre decisões²⁵⁴.

No mesmo sentido, Pedro Pais de Vasconcelos sustenta que:

O dever de julgar tem conduzido os tribunais a procurar nos tipos contratuais legais a disciplina dos contratos atípicos, usando para isso do expediente de os qualificar como do tipo mais próximo. É quase sempre possível encontrar na estipulação contratual algo que seja comum a um tipo contratual legal e que sirva de ponto de partida para a qualificação do contrato em questão como desse tipo. A recondução dos contratos atípicos aos tipos contratuais legais mais próximos, designadamente aos tipos-padrão, desconsidera as diferenças que afastam o caso do tipo e que o tornam atípico, e desrespeita assim a autonomia privada. Quando o contrato em questão não é típico,

²⁵² VASCONCELOS, Pedro Pais. *Contratos atípicos*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 15.

²⁵³ *Ibidem*, p. 366.

²⁵⁴ COMIRAN, Giovana Cunha. *Atipicidade contratual: entre a autonomia privada e o tipo*. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, p. 10.

não é lícito, sem mais, aplicar-lhe a disciplina de um tipo, ainda que de um tipo próximo, como se ele fosse desse tipo.²⁵⁵

As críticas exprimidas pelos autores têm razão de ser. O tratamento atual da atipicidade pela jurisprudência brasileira pode, com as devidas relativizações, ser ilustrado por meio do REsp n. 61.890, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça. O processo de origem consistia em ação fundada em contrato de constituição de sociedade por quotas de responsabilidade limitada e de constituição de condomínio celebrado entre as partes, pleiteando a extinção do condomínio mediante a divisão de determinada quota. Em sentença, o pedido foi julgado parcialmente procedente, determinando-se a extinção do condomínio com fulcro nos artigos 629 a 632 do Código Civil de 1916, que preveem o regramento próprio do instituto do condomínio. O magistrado de origem afastou, contudo, o pleito de divisão das quotas sociais.

Em sede de apelação, foi reformada a decisão para julgar improcedente a ação, indeferindo o pedido de divisão da quota e a conseqüente extinção do condomínio. Sobreveio Recurso Especial, por meio do qual restou decidido, por maioria, que “o compartilhamento de quota de sociedade por quotas de responsabilidade limitada, criada com cláusula de indivisibilidade, constitui *contrato atípico*, regido pelas regras definidas pelos contratantes, admissível desde que não se revista de ilicitude ou contrarie a ordem pública e os bons costumes, a ele não se aplicando o regime legislativo concernente ao instituto do condomínio”²⁵⁶.

A síntese da contenda, no que toca à divergência de entendimentos entre o juízo de origem e o Superior Tribunal de Justiça, é capaz de demonstrar que a compreensão do instituto da atipicidade encontra-se pouco uniforme na jurisprudência atual. A aplicação de regramentos específicos aos contratos atípicos – como no caso, das regras relativas ao instituto do condomínio – é o que, justamente, suscita a crítica realizada por Pedro Pais de Vasconcelos a respeito do assunto. Há de se reconhecer que é frequente que os Tribunais procurem o enquadramento dos contratos atípicos nos tipos contratuais legais, com vistas a proporcionar-lhes maior segurança jurídica a partir de sua subsunção ao regramento positivado na legislação. O resultado de tal técnica desborda a hermenêutica, provocando não apenas equívocos na integração dos contratos atípicos, mas, principalmente, provocando a incidência de normas que

²⁵⁵ VASCONCELOS, Pedro Pais. *Contratos atípicos*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 15-16.

²⁵⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 61.890. Recorrentes: Nabla Empreendimentos e Participações S/C Ltda. e Outro. Recorridos: Helco Comércio e Participações Ltda e Outros. Relator: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Brasília, 18 de junho de 1998. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=199500109050&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em 15 nov. 2018.

não se destinam – ao menos, não segundo a vontade declarada pelos contraentes – a tutelar o instrumento ajustado pelas partes.

Pedro Arruda França, ao discorrer sobre a problemática, recorda que “o Direito é ingerido nas Faculdades, colóquios e encontros diversos entre juristas; mastigado na Doutrina, porém, sem dúvida, digerido pelos Tribunais”²⁵⁷. Por conseguinte, à jurisprudência, compete a adequada realização do juízo de mérito dos contratos, cotejando as disposições convencionadas pelas partes com os ditames legais. A avaliação dos contratos tem como condição o efetivo reconhecimento e caracterização da atipicidade contratual, que não deve ser afastada ou mitigada pelos julgadores em favor da aplicação de tipos legais distantes da função econômico-social do instrumento em questão. Interpretar os contratos atípicos não significa perquirir por quadros normativos que possam envolver tais vínculos. A hermenêutica da atipicidade contratual exige, por excelência, a observância do autorregulamento dos contratantes, fundado na autonomia privada e na liberdade contratual, e dos interesses legitimamente pactuados no negócio que dá causa à demanda levada a juízo.

²⁵⁷ FRANÇA, Pedro Arruda. *Contratos atípicos: legislação, doutrina e jurisprudência*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 75.

5 ATIPICIDADE CONTRATUAL *IN CONCRETO*: O MÉTODO TIPOLÓGICO E A QUALIFICAÇÃO DOS CONTRATOS NO ÂMBITO DA *AIRBNB*

Em considerável parcela, os contratos celebrados na economia digital apresentam contornos atípicos, de modo que a sua recondução aos tipos contratuais de direito privado revela-se uma tarefa desafiadora ao intérprete²⁵⁸.

Por esse motivo, o presente capítulo busca investigar a atipicidade contratual *in concreto*, partindo do método tipológico para qualificar as relações contratuais travadas na plataforma virtual do sistema de compartilhamento de lares AirBnB.

Expor-se-á, de maneira mais detalhada, as etapas do processo de qualificação, calcada na noção de *índices do tipo* (5.1), para, então, esclarecer os vínculos contratuais identificados na plataforma virtual da AirBnB, segundo os seus Termos de Uso e lógica própria de operacionalização (5.2). Sequencialmente, realizar-se-á o juízo predicativo de qualificação propriamente dito, comparando as relações contratuais com três tipos contratuais positivados no ordenamento jurídico brasileiro: os contratos de consumo, de prestação de serviço e de corretagem (5.3).

Como conclusão, serão demonstradas as principais evidências que apontam para a possibilidade de caracterização de contratos atípicos mistos na plataforma da AirBnB, naqueles casos, cada vez mais recorrentes, de utilização da plataforma por pessoas jurídicas (5.4).

5.1 ÍNDICES DO TIPO E PROCESSO DE QUALIFICAÇÃO

O emprego do método tipológico funda-se na recondução dos fatos da realidade concreta aos tipos legalmente previstos, mediante o encadeamento da qualificação do contrato com os índices do tipo reconhecidos pelo intérprete. Imprescindível, para o desenrolar deste capítulo, a compreensão das etapas do processo de qualificação e dos fatores identificados como *indícios* para a comparação das avenças com os modelos contratuais consagrados na legislação brasileira.

É indesmentível a tendência – não apenas por parte dos tribunais, mas na prática contratual como um todo – pela busca da recondução dos vínculos estabelecidos entre as partes aos tipos previstos em lei, como forma, quase automática, de imputar-lhes a disciplina e

²⁵⁸ POLIZELLI, V. C.; ANDRADE JR., L. C. O problema do tratamento tributário dos contratos atípicos da economia digital: tipicidade econômica e fracionamento de contratos. *Revista Direito Tributário Atual*, n. 39, São Paulo, 2018, p. 456-486, p. 457.

argumentar-lhes uma solução de ordem instrumental²⁵⁹. Nessa tarefa, os tipos contratuais legais – elencados em um verdadeiro catálogo e regulados de modo tendencialmente completo ou, ao menos, suficiente – funcionam como ferramentas que permitem a qualificação dos contratos celebrados na vida cotidiana, gerando consequências importantes sobre o regime jurídico que disciplinará o pacto²⁶⁰.

A qualificação, nesse contexto, estará sempre aliada à ideia de *relação*, a qual se constituirá entre o ordenamento legal, com seus parâmetros objetivos e tipos previamente especificados, e a regulação contratual subjetivamente estipulada. Por esse motivo, traduz-se num *movimento espiral e hermenêutico*, consistente em um juízo predicativo de correspondência que, por ser essencialmente gradual, concluirá pelo maior ou menor grau de tipicidade da relação em apreço.

Distante de configurar um juízo binário, o método tipológico produz a averiguação elástica e ponderada sobre o conteúdo do contrato celebrado, em uma análise das semelhanças e dos desvios com os tipos legais aproximados. Definitivamente, o processo de qualificação não será levado a cabo com todos os tipos inseridos na legislação, razão pela qual sinaliza a doutrina para o significativo papel da *pré-compreensão* do intérprete que, em uma antecipação de sentido na expectativa de resultado²⁶¹, delimita um campo mais restrito de tipos *potencialmente utilizáveis*, isto é, uma amostra dotada de maiores evidências de similitude em comparação com o contrato efetivamente celebrado.

Ademais, junto à “pré-qualificação” do intérprete, a qualificação propriamente dita desdobra-se, ainda, em dois juízos de ordem valorativa: um juízo primário, que localiza o contrato dentro ou fora da área do tipo e responde sobre o grau de correspondência examinado; e um juízo secundário, que, a partir das definições legais, definirá a tipicidade ou atipicidade da estipulação contratual²⁶², determinando a aplicação ou o afastamento da disciplina específica contida na lei.

Em contraposição ao esquema delineado pela teoria conceitual, que distingue entre os elementos essenciais e naturais (atribuindo relevância para a qualificação contratual apenas aos primeiros), o método tipológico estrutura-se não pelos *essentialia*, mas por meio da ideia de *índices do tipo* – condição muito mais ampla, à qual poderão ser alçados todos os elementos típicos hábeis para fornecer indícios que contribuam para os juízos integrantes do processo de

²⁵⁹ VASCONCELOS, Pedro Pais. *Contratos atípicos*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 166.

²⁶⁰ *Ibidem*, p. 170-171.

²⁶¹ Pedro Pais de Vasconcelos reputa tal juízo como “pré-qualificações experimentais precárias com apoio na cultura jurídica e na ‘experiência de mundo’ de quem qualifica” (*Ibidem*, p. 170-171).

²⁶² *Ibidem*, p. 07.

qualificação, seja em maior ou menor medida²⁶³. Em outras palavras, mesmo as características aparentemente coadjuvantes poderão consubstanciar índices do tipo, sempre que ostentem *qualidade indiciária*, ou seja, constituam um sintoma da presença deste ou daquele tipo de contrato²⁶⁴.

Nos dizeres de Pedro Pais de Vasconcelos:

Os índices do tipo são aquelas qualidades ou características que têm capacidade para o individualizar, para o distinguir dos outros tipos e para o comparar, quer com os outros tipos, na formação de séries e de planos, quer com o caso, na qualificação e na concretização. São características que dão alguma contribuição útil, quer à individualização, quer à distinção, quer à comparação, ainda que esse contributo não seja, por si só, determinante.²⁶⁵

Os índices do tipo são marcados por sua pluralidade, não merecendo respaldo as tentativas de individualização de todos os tipos contratuais em um traço distintivo único. Nos casos em que se verifique uma coincidência integral entre a regulação concreta e os índices do tipo, o contrato será claramente típico. Quando a realidade concreta apresentar desvios em relação aos índices, o contrato será típico, situando-se em uma zona periférica do tipo, ou atípico, nas hipóteses em que for predominantemente localizado no exterior das fronteiras do tipo legal em comparação²⁶⁶.

Cumprе repisar que os contratos atípicos puros (ou contratos atípicos *propriamente ditos*) constituem, na vida prática, exceções à regra geral. Com maior frequência, o juízo de correspondência resultará ou no reconhecimento da tipicidade de um contrato, a partir do enquadramento em um tipo legal, ou na identificação de seu caráter misto, quando da utilização de um ou mais tipos de referência, combinados com cláusulas contratuais estranhas aos modelos contratuais regulamentados.

Difícil seria acessar o recurso aos tipos sem a existência de elementos suscetíveis de individualizá-los. Em virtude de sua dinamicidade, os tipos não se agrupam em um rol exaustivo. É possível listar, todavia, aqueles índices mais comuns ou frequentes na prática da qualificação, quais sejam: (i) a função; (ii) o fim; (iii) o *nomen* dado pelos estipulantes; (iv) o objeto; (v) a contrapartida; (vi) a configuração; (vii) o sentido; (viii) as qualidades das partes; e

²⁶³ VASCONCELOS, Pedro Pais. *Contratos atípicos*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 117.

²⁶⁴ KONDER, Carlos Nelson. *Contratos conexos: grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 90.

²⁶⁵ VASCONCELOS, Pedro Pais. *Contratos atípicos*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 118.

²⁶⁶ *Ibidem*, p. 07.

(ix) a forma do contrato²⁶⁷. Para fins de elucidação, insta destacar o que significado atribuído a cada um dos termos pela doutrina especializada.

A concepção de causa ou função é fruto de diversos estudos ao longo da história²⁶⁸. No que se coaduna com o estudo da atipicidade contratual, a noção é referida por Pedro Pais de Vasconcelos não como causa, mas como “função econômico-social” típica do contrato, entendida como “a função econômica que é típica do tipo candidato à qualificação”²⁶⁹. Nessa hipótese, a função será predominantemente distinta do *fim* desempenhado pelo contrato: enquanto a função exerce papel eminentemente objetivo, o fim apresenta cunho subjetivo, situando-se no sujeito contratante²⁷⁰. Nessa toada, ambos os índices – função e fim – devem ser, quando relevantes, empregados de modo concatenado, em um processo que compare a função do tipo sob o critério da utilidade (fim) visada pelo contrato.

O *nomen* dado pelas partes ao contrato relaciona-se com a vontade negocial declarada pelos contratantes no exercício de sua autonomia. Na vasta maioria das hipóteses, a estipulação do tipo corresponderá rigorosamente ao tipo do contrato em questão; nessas oportunidades, servirá como relevantíssimo indício de qualificação. Contudo, podem haver casos de desarmonia entre o *nomen* e os demais índices de tipo consubstanciados no instrumento, os quais culminarão, após processo cuidadoso de ponderação, no afastamento do tipo estipulado para a sua correta qualificação²⁷¹.

Por sua vez, o objeto do contrato constitui um dos índices de tipo mais importante e frequentemente considerado durante a qualificação, podendo ser coisa, fato ou um complexo de ambos²⁷². Na mesma linha, a contrapartida, própria dos contratos onerosos, comutativos e sinalagmáticos, pode configurar índice elucidativo para a caracterização da avença – embora a

²⁶⁷ VASCONCELOS, Pedro Pais. *Contratos atípicos*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 120.

²⁶⁸ Importa recordar as lições de Clóvis V. do Couto e Silva a respeito do conceito de causa: “A doutrina, denominada clássica, examinou o conceito de causa e relacionou-o ao de atribuição patrimonial. Algumas críticas foram feitas a esse entendimento, mas não cabe aqui examiná-las, pois tais críticas não negam que a causa se expresse na atribuição patrimonial, mas apenas afirmam que o conceito de causa é mais amplo. (...). Sob o ângulo jurídico, a finalidade emerge como integrante da teoria da causa, a que também já nos referimos. Mas no tratamento da finalidade fora do campo da atribuição patrimonial, como conceito geral, verifica-se que a finalidade é imprescindível a todo e qualquer ato jurídico. (...). Por vezes, o exame *in abstracto* não revela o fim, e somente quando se pensa concretamente, em contrato determinado, é que se verifica que a finalidade é essencial ao contrato” (COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007, p. 49-64).

²⁶⁹ VASCONCELOS, Pedro Pais. *Contratos atípicos*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 129-130.

²⁷⁰ Diferencia-se, no entanto, da noção de *motivo*, uma vez que “o fim se situa numa tensão entre o autor e a utilidade, e o motivo não tem propriamente o seu cerne na utilidade, mas sim no processo pessoal de tomada de decisão”. Dito de outro modo, enquanto o motivo seria o *porquê* do contrato, o fim atuaria como o *para quê* (*Ibidem*, p. 132).

²⁷¹ *Ibidem*, p. 141.

²⁷² *Ibidem*, p. 142.

sua aplicação possa ser relativamente tortuosa nos casos de contratos gratuitos com previsão de modo ou encargo²⁷³.

A configuração do contrato, traduzida como a forma pela qual as características do contrato se relacionam umas com as outras, torna-se especialmente significativa nos casos em que dois ou mais tipos contratuais possuam a mesma função econômico-social²⁷⁴. Diverge do sentido como índice de tipo, por ser não o modo da ordenação interna dos elementos do tipo (como é a configuração), mas o critério diretivo da configuração propriamente dita, concedendo unidade ao contrato e ao tipo contratual em um espírito de totalidade²⁷⁵.

As qualidades das partes influem especialmente nos tipos contratuais que são celebrados com contratantes que detenham certas condições, não sendo relevante nos tipos indiferentes a tal característica²⁷⁶. A forma, por outra banda, possui um significado interno, no que concerne ao tipo contratual em si mesmo. Assim, diversamente do que se pode pensar, não diz respeito à forma externa, isto é, às formalidades que, sem corresponderem ao modo típico ou próprio de celebrar o contrato, são adotadas por força legal ou por fruto de convenção entre os pactuantes²⁷⁷.

Tais considerações direcionam este trabalho à sua dimensão concreta, viabilizando o tratamento de situações fáticas predeterminadas sob a ótica da atipicidade contratual por ora abordada. O reconhecimento da natureza jurídica dos vínculos contratuais estabelecidos na plataforma da AirBnB, enquanto objetivo precípua do presente estudo, deve necessariamente pautar-se pela adoção do método tipológico. Em outros termos, *reconhecer a natureza jurídica* dos contratos é dizer: o processo de qualificação de tais relações denota a formação de contratos que se assemelham ou se identificam com os tipos contratuais hoje previstos no ordenamento jurídico brasileiro?

Isto é, a determinação da tipicidade ou da atipicidade dos contratos formalizados por meio da plataforma virtual da AirBnB dar-se-á mediante a realização de um juízo predicativo, tal como a qualificação defendida por Pedro Pais de Vasconcelos. Partindo da identificação dos vínculos contratuais originados em virtude da atuação dos membros na plataforma de compartilhamento, a qualificação de tais relações será levada a cabo pela comparação das estipulações concretas (demonstradas pelo tensionamento entre a lógica de operacionalização da plataforma e seus Termos e Condições de Uso) com três tipos contratuais previstos no

²⁷³ VASCONCELOS, Pedro Pais. *Contratos atípicos*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 148.

²⁷⁴ *Ibidem*, p. 154.

²⁷⁵ *Ibidem*, p. 155-156.

²⁷⁶ *Ibidem*, p. 159.

²⁷⁷ *Ibidem*, p. 162.

ordenamento pátrio – os quais podem, em um primeiro juízo, guardar certo grau de semelhança com os contratos a serem cotejados.

Em consonância com as recomendações doutrinárias, as análises serão calcadas nos índices de cada um dos tipos contratuais a serem cotejados com o fenômeno concreto. A comparação da realidade fática da plataforma da AirBnB com os indícios dos tipos legais será apta a medir, em maior ou menor grau, a *tipicidade* dos contratos celebrados na plataforma de compartilhamento de lares.

5.2 VÍNCULOS CONTRATUAIS NA PLATAFORMA DA AIRBNB

A plataforma da AirBnB é atualmente operacionalizada por um modelo em larga expansão. O empreendimento, que teve o seu início no mercado de compartilhamento de cômodos vagos em residências, apresenta hoje um sistema multifacetado, por meio do qual os usuários podem desde realizar desde reservas em restaurantes até adquirir viagens guiadas por anfitriões locais. Sem olvidar dos rebuscamentos praticados pela empresa no decorrer dos últimos anos, a análise a ser realizada centra-se na organização e no funcionamento da plataforma enquanto mecanismo de compartilhamento de lares, tal como esclarecido *supra*²⁷⁸.

A demarcação do escopo do trabalho não reduz a complexidade das relações a serem apreciadas. O sistema que possibilita o anúncio de imóveis na plataforma é deveras minucioso: envolve o cadastramento no *website*, a submissão de fotos e dados pessoais, a divulgação do conteúdo a ser propagado, a comunicação estabelecida entre os membros a título de tratativas para o fechamento do negócio e o pagamento dos valores devidos como contrapartida para a reserva efetivada – deduzida, ainda, a porcentagem devida à própria plataforma como remuneração pela prestação de seus serviços de intermediação. Após a concretização do pagamento, não findam as relações travadas no ambiente: avaliações têm de ser preenchidas e *feedbacks* são solicitados com vistas a manter o adequado funcionamento do empreendimento, que se estrutura fundamentalmente pela lógica da confiança entre os seus usuários.

O exame da organização da plataforma, no que concerne à proposta de “locações”²⁷⁹ de imóveis, denota a existência de, pelo menos, quatro relações jurídicas entabuladas entre os membros da plataforma. Discernir entre as suas composições é primordial para a futura compreensão das naturezas jurídicas dos vínculos contratuais formalizados entre os sujeitos.

²⁷⁸ Ver item 3.2, *supra*.

²⁷⁹ O termo é utilizado entre aspas com vistas a ressaltar de que não se trata, em princípio, de locação propriamente dita, de modo a ensejar a aplicabilidade da legislação própria.

Isso porque, como leciona Orlando Gomes, “além de ser causa eficiente desse complexo de direitos e obrigações, o contrato tem de ser encarado como vínculo ou resultado que produz, a *relação jurídica* a que dá nascimento, os efeitos que provoca entre as partes”²⁸⁰.

Com o propósito de melhor elucidar a dinâmica de sustentação da plataforma, utiliza-se o quadro explicativo abaixo, elaborado a partir da constatação de *quatro* relações jurídicas que podem ser aventadas como resultantes dos mecanismos de operacionalização da AirBnB²⁸¹. No esquema, “H” deve ser compreendido como “Hóspede”; “A” como “Anfitrião”; “R1” como “Relação 1”; “R2” como “Relação 2”; “R3” como “Relação 3” e “R4” como “Relação 4”:

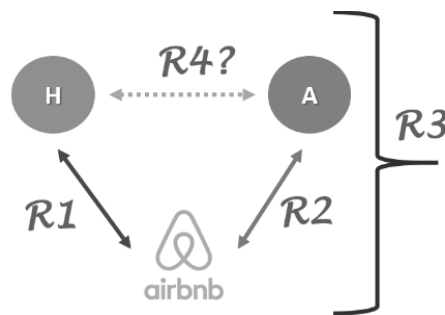


Figura 1: esquema das relações travadas entre e pelos usuários da plataforma virtual da AirBnB

As relações identificadas como “R1” e “R2” constituem-se, respectivamente, pelos vínculos formados por Hóspede e AirBnB e por Anfitrião e AirBnB. Embora compostas por sujeitos distintos, as relações possuem a mesma justificativa concreta: ambas se originam a partir do cadastramento do Hóspede ou Anfitrião na plataforma da AirBnB, normalmente *antes* da efetivação de qualquer reserva por meio do *website* ou aplicativo móvel.

O ato de inscrição no site, com a publicação de dados pessoais e, no caso dos Anfitriões, fotografias e informações sobre o imóvel a ser divulgado constitui, entre as partes isoladamente consideradas, a formação de um contrato. Ainda que nenhuma reserva venha a se concretizar no futuro, a utilização da plataforma pelo Anfitrião, com o anúncio de imóvel, e pelo Hóspede, para a busca de imóveis que atendam aos seus interesses, configura o estabelecimento de um vínculo real e concreto entre os sujeitos e a AirBnB. A natureza jurídica de tais relações, no

²⁸⁰ GOMES, Orlando. *Contratos*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 13.

²⁸¹ O desenvolvimento da figura baseia-se, também, nas digressões realizadas por Fernando Büscher von Teschenhausen Eberlin sobre o assunto. O autor distingue as relações travadas em plataformas virtuais como a AirBnB de três modos: *Platform versus User Peer*; *Platform versus Provider Peer*; e *Provider Peer versus User Peer* (EBERLIN, Fernando Büscher von Teschenhausen. *Sharing economy: impact on the market and consumer relations*. In: MARQUES, C. L.; PERSON, G.; RAMOS, F. (org.). *Consumer protection – current challenges and perspectives*. Porto Alegre: Orquestra, 2017, p. 726-744, p. 740).

entanto, é um dos temas mais controversos no que tange às questões jurídicas provenientes do funcionamento da empresa.

Em uma organização distinta, a relação denominada como “R3” conta com a participação dos três atores (Hóspede, Anfitrião e AirBnB), que atuam em conjunto; como regra geral, isso se dá *a partir* do momento em que a reserva é concretizada, mediante a formação da “relação contratual triangular”, assim intitulada pela doutrina²⁸². Nesse caso, diferentemente do formato consolidado nas hipóteses constantes em “R1” e “R2”, a AirBnB prestará efetivamente os seus serviços de intermediação para o fim de possibilitar a realização da reserva nos termos apresentados na plataforma. A união formalizada entre Hóspede e Anfitrião necessariamente disporá das atividades desempenhadas pela empresa, que coloca sob a sua égide quaisquer tipos de contatos e comunicações que possam ocorrer entre as partes antes e depois da concretização da estadia acordada.

Por fim, a relação indicada como “R4” é formalizada, em tese, diretamente entre Hóspede e Anfitrião, sem a interferência direta ou vinculação aos serviços disponibilizados pela plataforma de intermediação. A invocação de tal relação fundamenta-se, precisamente, na Cláusula 1.2 dos Termos e Condições de Uso veiculados pela plataforma. Para tanto, insta reiterar aquilo que a estipulação contratual, redigida exclusivamente pela plataforma, dispõe: “(...) quando os membros fazem ou aceitam uma reserva, eles celebram um contrato diretamente um com o outro. A Airbnb não é e não se torna parte ou outro participante de qualquer relacionamento contratual entre os Membros”.

Tal esquema de classificação das relações jurídicas pretende, além de sistematizar o conteúdo a ser tratado, enumerar as diversas possibilidades de interação entre os membros da plataforma. A utilização da AirBnB não produz apenas relações jurídicas triangulares; o seu espectro de atuação é consideravelmente maior, de tal modo que torna possível suscitar, em abstrato, a existência de quatro relações jurídicas a partir do funcionamento de apenas uma ferramenta tecnológica.

A criação da figura colacionada, entretanto, não considera algumas possibilidades de variações subjetivas no âmbito das relações aventadas. As personagens de Hóspede e Anfitrião são mencionadas sem apresentar as nuances que tais posições detêm em sua própria concepção. Embora comumente cogite-se que os polos da relação de compartilhamento serão compostos de pessoas naturais, vem sendo frequente a inserção, no fenômeno, de pessoas jurídicas – algumas, inclusive, especializadas em tal atuação. Nos primórdios do fenômeno, admitia-se a

²⁸² BUSCH, C. et al. The rise of the platform economy: a new challenge for EU Consumer Law? *Journal of European Consumer and Market Law*, Issue 1/2016, vol. 5, fev. 2016, p. 03-10, p. 08.

atuação de pessoa jurídica tão somente na figura do intermediador. Hodiernamente, com o alargamento da *sharing economy* e o supracitado movimento de expansão da plataforma da AirBnB, Hóspede e Anfitrião podem cadastrar-se na plataforma como pessoas jurídicas, não havendo óbice para tanto, segundo os Termos e Condições de Uso.

Por consequência, é possível falar-se, nas dimensões atuais do empreendimento, em Anfitriões Profissionais e em Hóspedes Corporativos – o que, como se verá a seguir, são características relevantes para a caracterização da natureza jurídica dos contratos celebrados por meio da plataforma.

5.3 COTEJO COM OS TIPOS CONTRATUAIS DO SISTEMA DE DIREITO PRIVADO BRASILEIRO

A disciplina das relações contratuais supracitadas depende da determinação de sua natureza jurídica – esta que, a seu lugar, está intrinsecamente conectada à verificação da tipicidade ou da atipicidade dos contratos celebrados em concreto. Destarte, com o intento de aferir o regime jurídico a incidir sobre as relações intersubjetivas constatadas no funcionamento da plataforma da AirBnB, realiza-se a *qualificação* de tais vínculos, mediante o emprego do método tipológico e da categoria dos índices do tipo.

Para que desponte a qualificação propriamente dita, afigura-se necessária, como já dito, a *pré-qualificação* efetuada pelo intérprete, consistente no juízo prévio a respeito dos tipos contratuais potencialmente utilizáveis a título de comparação com o instrumento contratual ajustado entre as partes. No caso, três tipos legais foram identificados no sistema de direito privado brasileiro: o dos contratos de consumo, relacionado à legislação especial de caráter consumerista; o dos contratos de corretagem e de prestação de serviços, ambos inseridos e regulamentados no Código Civil de 2002. Os tipos foram escolhidos por assemelharem-se, à distância, com alguns dos contornos verificados na lógica de compartilhamento de lares consagrada na AirBnB²⁸³.

Assim, em uma apreciação tipológica, as relações contratuais acima apontadas serão cotejadas com os tipos legais que mais se aproximam de suas feições concretas. Para tanto, o

²⁸³ De fato, não se desconhece que outros tipos legais poderiam ter sido eleitos. Em razão da imperiosa limitação de extensão do presente trabalho, optou-se por três modelos contratuais ilustrativos e que possam, de forma tendencialmente suficiente, a exaurir o juízo de qualificação para o reconhecimento da tipicidade ou atipicidade dos vínculos a serem examinados.

juízo de correspondência será realizado, naturalmente, sob ótica comparativa, mediante a contraposição entre os índices do tipo e as peculiaridades oferecidas pelos vínculos apontados.

Como fruto do processo de qualificação, será possível, ao final, responder: há evidências suficientes da existência de vínculos atípicos entre as relações contratuais entabuladas por meio da plataforma da AirBnB? O método tipológico dirá, assim, a respeito do posicionamento de tais contratos no terreno da tipicidade ou da atipicidade.

Para fins de esclarecimento, importa consignar que as relações contratuais objeto da qualificação serão, desde logo, destacadas com fulcro na nomenclatura supramencionada, sendo, portanto, citadas como “R1”, “R2”, “R3” e “R4”, sem prejuízo da devida referência aos fatores que as singularizam, sejam estes de ordem objetiva ou subjetiva.

5.3.1 Contrato de consumo

O primeiro tipo legal ao qual podem ser reconduzidas as relações contratuais formalizadas na AirBnB é o dos *contratos de consumo*. O sistema de direito privado brasileiro é composto tanto pelas normas erigidas em seu Código Civil, assim como pelos dispositivos constantes do Código de Defesa do Consumidor. Os diplomas legais, compreendidos como *microssistemas*²⁸⁴, interagem por meio de um contínuo diálogo de fontes, em uma relação de interferências recíprocas, mas notadamente possuem vieses paradigmáticos dissonantes²⁸⁵.

O Código Civil, erigido sobre os princípios da eticidade, da operabilidade e da socialidade, destina-se a tutelar, em uma posição de centralidade, relações entre iguais. O Código de Defesa do Consumidor, por outra banda, pretende outorgar proteção a um sujeito

²⁸⁴ KLEE, Antonia Espíndola Longoni. O diálogo das fontes nos contratos pela Internet do vínculo contratual ao conceito de estabelecimento empresarial virtual e a proteção do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 77, jan./mar. 2011, p. 99-150, p. 125.

²⁸⁵ É bastante didático o raciocínio analógico desenvolvido por Cláudia Lima Marques sobre as diferenças de paradigmas entre o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor: “Se tivéssemos que utilizar uma figura de linguagem para descrever o modelo *sui generis* brasileiro, o direito privado brasileiro reconstruído pela Constituição de 1988 seria semelhante a um edifício. O Código Civil de 2002 é a base geral e central, é o próprio edifício, em que todos usam o corredor, o elevador, os jardins, é a entrada comum a civis, a empresários e a consumidores em suas relações obrigacionais. Já o Código de Defesa do Consumidor é um local especial, só para privilegiados, é como o apartamento de cobertura: lá existem privilégios materiais e processuais para os diferentes, que passam por sua porta e usufruem de seu interior, com piscina, churrasqueira, vista para o rio ou o mar e outras facilidades especiais. Na porta da cobertura só entram os convidados: os consumidores, os diferentes, em suas relações mistas com fornecedores. Sustentando conceitualmente o privilégio ou como base do Código de Defesa do Consumidor, está o Código Civil de 2002, com seus princípios convergentes (boa-fé, combate ao abuso, à lesão enorme, à onerosidade excessiva etc.), sempre pronto a atuar subsidiariamente” (MARQUES, Cláudia Lima. A chamada nova crise do contrato e o modelo de direito privado brasileiro: crise de confiança ou de crescimento do contrato? *In: MARQUES, Cláudia Lima (org.). A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 17-86, p. 85).

vulnerável e especial²⁸⁶, enquanto integrante de uma relação intrinsecamente desigual, instituindo uma espécie de contraponto em relação ao campo de aplicação do Código Civil²⁸⁷.

Diversos são os índices que poderiam ser considerados como sintomáticos da caracterização de contratos de consumo. Dentre aqueles elencados por Pedro Pais de Vasconcelos, dois assumem expressivo grau de relevância ante as relações consumeristas, quais sejam: a *qualidade das partes* e a *forma* do tipo contratual em apreço.

A aplicação do Código de Defesa de Consumidor dá-se apenas em relações entre desiguais; especificamente, diante das hipóteses em que estejam presentes, como partes, um consumidor e um fornecedor de produtos ou serviços, por força dos artigos 2º e 3º do diploma legal. A noção de consumo é, assim, eminentemente relacional, dependendo da associação das figuras de consumidor e fornecedor nos polos da relação contratual.

No que concerne à definição da noção de consumidor *stricto sensu*²⁸⁸, preconiza o art. 2º do Código de Defesa do Consumidor²⁸⁹ a necessidade de destinação final de produto ou serviço por parte de pessoa física ou jurídica. Acerca da interpretação do termo “destinação final”, resta consolidada no Superior Tribunal de Justiça a aplicação da *teoria do finalismo mitigado* ou *aprofundado*²⁹⁰ – corrente doutrinária segundo a qual a retirada do bem do mercado pode ser realizada por consumidor profissional, desde que não represente consumo

²⁸⁶ Nos termos do art. 1º do Código de Defesa do Consumidor: “Art. 1º O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias” (BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. *Planalto*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm. Acesso em 22 nov. 2018).

²⁸⁷ MARQUES, Cláudia Lima. A chamada nova crise do contrato e o modelo de direito privado brasileiro: crise de confiança ou de crescimento do contrato? In: MARQUES, Cláudia Lima (org.). *A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 17-86, p. 83.

²⁸⁸ Trata-se, nesse ponto, do que dispõe o *caput* do art. 2º do CDC, e não de seu parágrafo único, que prevê a noção de consumidor por equiparação ou *bystander*: “Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”. (BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. *Planalto*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm. Acesso em 22 nov. 2018).

²⁸⁹ “Art. 2º, *caput*: Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. (BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. *Planalto*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm. Acesso em 22 nov. 2018).

²⁹⁰ “Ao encampar a pessoa jurídica no conceito de consumidor, a intenção do legislador foi conferir proteção à empresa nas hipóteses em que, participando de uma relação jurídica na qualidade de consumidora, sua condição ordinária de fornecedora não lhe proporcione uma posição de igualdade frente à parte contrária. Em outras palavras, a pessoa jurídica deve contar com o mesmo grau de vulnerabilidade que qualquer pessoa comum se encontraria ao celebrar aquele negócio, de sorte a manter o equilíbrio da relação de consumo. A ‘paridade de armas’ entre a empresa-fornecedora e a empresa-consumidora afasta a presunção de fragilidade desta” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança n. 27.512. Recorrente: Banco Safra S.A. Recorrido: Plascalp Produtos Cirúrgicos Ltda. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 20 de agosto de 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200801579190&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em 20 nov. 2018).

intermediário²⁹¹ e, principalmente, desde que configurada a sua vulnerabilidade na relação firmada.

Nesse contexto, considerar que uma pessoa jurídica seja consumidora apresenta-se como exceção. A regra, efetivamente, será a caracterização do *status* de consumidor às pessoas físicas que, ao adquirir o produto, utilizam-no para consumo próprio ou de sua família (para as quais a presença de vulnerabilidade é, em absoluto, presumida), sendo possível a extensão do conceito apenas àquelas pessoas jurídicas que, não empregando o bem ou serviço em sua atividade empresarial, ostentarem a vulnerabilidade necessária para a comprovação do desequilíbrio contratual.

No que toca ao conceito de fornecedor, enuncia o art. 3º do Código de Defesa do Consumidor uma definição ampla, que visa a abarcar o desenvolvimento de atividades tipicamente profissionais, como a comercialização, produção, importação, transformação e distribuição de produtos. Tendo em vista a extensão da noção, agregada à responsabilização da *cadeia* de fornecedores²⁹², não subsistem maiores controvérsias sobre o seu alcance, repousando a contenda, precipuamente, sobre a configuração da figura do consumidor nas situações da vida cotidiana.

A forma dos contratos de consumo é constituída por adesão na imensa maioria dos casos, o que culminou em sua expressa previsão no art. 54 do Código de Defesa do Consumidor²⁹³. Tal aceção consagra os contratos de adesão como aqueles cujas cláusulas são

²⁹¹ “COMPETÊNCIA. RELAÇÃO DE CONSUMO. UTILIZAÇÃO DE EQUIPAMENTO E DE SERVIÇOS DE CRÉDITO PRESTADO POR EMPRESA ADMINISTRADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO. DESTINAÇÃO FINAL INEXISTENTE. A aquisição de bens ou a utilização de serviços, por pessoa natural ou jurídica, com o escopo de implementar ou incrementar a sua atividade negocial, não se reputa como relação de consumo e, sim, como uma atividade de consumo intermediária. Recurso especial conhecido e provido para reconhecer a incompetência absoluta da Vara Especializada de Defesa do Consumidor, para decretar a nulidade dos atos praticados e, por conseguinte, para determinar a remessa do feito a uma das Varas Cíveis da Comarca” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 541.867. Recorrente: American Express do Brasil S.A. Turismo. Recorrido: Central das Tintas Ltda. Relator: Min. Antônio de Pádua Ribeiro. Brasília, 10 de novembro de 2004. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200300668793&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em 20 nov. 2018).

²⁹² “Art. 7º: Parágrafo único. Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo” (BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. *Planalto*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm. Acesso em 22 nov. 2018).

²⁹³ “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. § 1º A inserção de cláusula no formulário não desfigura a natureza de adesão do contrato. § 2º Nos contratos de adesão admite-se cláusula resolutória, desde que a alternativa, cabendo a escolha ao consumidor, ressaltando-se o disposto no § 2º do artigo anterior. § 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. § 5º

estabelecidas previamente e de forma unilateral pelo parceiro contratual economicamente mais forte (isto é, pelo fornecedor), sem que o consumidor tenha condições de discutir ou modificar o conteúdo do contrato a ser celebrado²⁹⁴. A principal consequência da adoção de tais contratos, próprios da sociedade massificada de consumo, é o emprego da interpretação *contra proferentem*, reconhecida no art. 423 do Código Civil²⁹⁵.

Deslocando tais observações para o fenômeno analisado neste trabalho, é possível verificar se as relações contratuais pactuadas na plataforma da AirBnB adquirem feições consumeristas, a partir da comparação da realidade concreta com os referidos índices do tipo contratual de consumo.

Iniciando-se o juízo de correspondência pela “R3”, constata-se que a relação de natureza triangular entre Anfitrião, AirBnB e Hóspede pode ser estruturada sob a lógica B2C (*Business to Consumer*)²⁹⁶, vinculando-se ao tipo contratual de consumo e ensejando, dessa feita, a aplicação das normas do microssistema especial. Explica-se: as atividades desempenhadas pela AirBnB visam a intermediar a relação travada entre Anfitrião e Hóspede, custodiando a realização da reserva desde as primeiras tratativas entre as partes até as obrigações posteriores à sua conclusão. É cediço nos Tribunais, por sua vez, a aplicabilidade do regime consumerista àquelas empresas que exerçam atividades de intermediação entre consumidores de bens e serviços²⁹⁷.

No caso da AirBnB, a sua atuação da plataforma no mercado dá-se de forma profissional e, como regra, há de se falar na vulnerabilidade dos membros participantes das relações triangulares, que se relacionarão com a empresa em um vínculo que, no mais das vezes, será de desigualdade. Tais características apontam para a ratificação do atual entendimento jurisprudencial, a respeito da aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Para além disso,

(Vetado)” (BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. *Planalto*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm. Acesso em 22 nov. 2018).

²⁹⁴ MARQUES, C. L.; BENJAMIN, A. H. V.; MIRAGEM, B. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 4ª ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1298.

²⁹⁵ “Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente” (BRASIL. Código Civil. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Planalto*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em 15 nov. 2018).

²⁹⁶ Conforme nomenclatura utilizada em: SANTOLIM, Cesar Viterbo Matos. Os princípios de proteção do consumidor e o comércio eletrônico no direito brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 55, jul./set. 2005, p. 53-84, p. 59.

²⁹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.107.024. Recorrente: Antônio de Carvalho Zemuner. Recorrido: Mercado Livre.com Atividades de Internet Ltda. Relatora: Min. Maria Isabel Galotti. Brasília, 01º de dezembro de 2011. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200802643482&dt_publicacao=14/12/2011. Acesso em 20 nov. 2018).

a forma de celebração do contrato dar-se-á pela via de adesão, o que ratifica, no caso concreto, a natureza consumerista da relação.

Em outras palavras, os índices do tipo, ao atingirem a relação contratual “R3”, dão nota da provável tipicidade do vínculo firmado entre as partes, por demonstrar elevado grau de semelhança entre o modelo legal dos contratos de consumo, tipificados no sistema de direito privado brasileiro, e as circunstâncias concretas de funcionamento da plataforma da AirBnB.

De mais a mais, a caracterização da “R3” como relação de consumo acarreta reflexos na qualificação da “R4”. Como explicitado *supra*²⁹⁸, os Termos e Condições de Uso da plataforma preveem que a concretização da reserva constituirá, em tese, vínculo apenas entre Anfitrião e Hóspede, exonerando-se a AirBnB de todo e qualquer risco inerente à sua efetivação. Todavia, um raciocínio concatenado entre os processos de qualificação dá-se na seguinte moldura: um juízo de correspondência que resulta em evidências significativas da identificação entre o tipo contratual de consumo e a “R3” suscita, como regime jurídico, a aplicação do diploma consumerista para a interpretação e integração da relação contratual firmada. A incidência do Código de Defesa do Consumidor culmina na impossibilidade de previsão de cláusula de limitação ou exoneração de responsabilidade²⁹⁹, em decorrência de seu caráter abusivo frente à vulnerabilidade da parte fraca do contrato.

Com efeito, a qualificação da relação triangular como um contrato de consumo, consagrando a relevância jurídica das atividades desempenhadas pela AirBnB como inequívoca intermediação comercial, tem o condão de afastar a regulação das partes que estipula a exoneração de responsabilidade da plataforma. Ainda que os Termos de Uso do *website* incluam tal disposição, a vedação à cláusula limitativa é, também, ratificada pela previsão legal de interpretação favorável ao consumidor³⁰⁰.

Subsistem, para fins de qualificação, as relações “R1” e “R2”, travadas entre Hóspede e AirBnB e entre Anfitrião e AirBnB, respectivamente. Nesses casos, a qualidade das partes e a forma do contrato dão, mais uma vez, conta de efetivas evidências de um juízo de correspondência afirmativo acerca da tipicidade de tais vínculos contratuais. Ocorre que o

²⁹⁸ Ver item 3.3, *supra*.

²⁹⁹ “Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos (...)” (BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. *Planalto*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm. Acesso em 22 nov. 2018).

³⁰⁰ “Art. 47. As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor” (BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. *Planalto*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm. Acesso em 22 nov. 2018).

processo de qualificação demanda, neste ponto, avaliações subjetivas acerca das posições ocupadas por Hóspede e Anfitrião.

A plataforma foi inicialmente concebida para a sua utilização por pessoas naturais, isto é, sujeitos que dispusessem de um espaço vazio em suas residências e estivessem abertos à ideia de receber estranhos como hóspedes em suas casas. A difusão e o sucesso da ideia, brilhantemente desenvolvida a partir da tecnológica sistematização inaugurada pela AirBnB, despertaram o interesse do mercado empresarial, que passou a identificar no modelo negocial um nicho de atuação atraente. Surgiram, desse modo, pessoas jurídicas especializadas em gerir imóveis disponibilizados para reservas por terceiros na plataforma. Por vezes, imobiliárias passaram a se utilizar da tecnologia para anunciar os seus bens.

Não por acaso, a expansão do fenômeno foi encampada pela AirBnB, que, reconhecendo a demanda existente, lançou um setor específico para empresas que desejem reservar hospedagens para seus empregados por meio da plataforma. Em vez de hotéis, empresas como Hunday, por exemplo, passaram a organizar as viagens de seus prepostos valendo-se das acomodações publicadas na plataforma.

Tais relatos denotam o surgimento dos *Anfitriões Profissionais* e dos *Hóspedes Corporativos* na plataforma da AirBnB. A participação de pessoas jurídicas nos polos da relação contratual dinamiza a operacionalização do empreendimento, mas também impõe desafios ao intérprete no processo de qualificação jurídica desses novos vínculos contratuais.

É possível afirmar que, quando tais posições forem ocupadas por pessoas naturais – nem profissionais, nem corporativas – a qualificação das relações jurídicas ocorrerá pelos mesmos moldes anteriormente explicitados. Os índices do tipo dos contratos de consumo estarão, mais uma vez, aproximados da realidade concreta: a qualidade das partes, enquanto destinatárias finais e claramente vulneráveis frente à dimensão da plataforma, somada à forma adesiva de contratação, constituem elementos relevantes para a aferição da tipicidade das relações “R1” e “R2” enquanto contratos de consumo.

As questões mais tortuosas sobressaem quando se está diante de Hóspedes e Anfitriões com atuação profissional. Nesse caso, o índice do tipo *qualidade das partes* parece demonstrar que as ditas relações não se localizam no terreno dos contratos de consumo, mas desbordam as suas fronteiras.

Em primeiro lugar, no que toca à utilização da plataforma por Anfitriões Profissionais, percebe-se que dois aspectos destoam largamente do escopo de proteção almejado pelo regime especial consumerista: (i) o cadastramento na plataforma ocorre para fins de consumo

intermediário; (ii) inexistência de comprovação da vulnerabilidade, em qualquer uma de suas acepções.

Os Anfitriões Profissionais, por serem empresas especializadas na gestão de imóveis para aluguel, atuam na plataforma de maneira evidentemente profissional, usufruindo dos recursos nela disponibilizados para fins de incrementar as suas atividades e maximizar o seu potencial lucrativo. A aplicação do Código de Defesa do Consumidor a tais entidades desnaturaria a própria essência do regime consumerista, que se aplica, cumpre reiterar, tão somente quando verifica a assimetria³⁰¹ da relação obrigacional.

Da mesma forma, não se constata a presença de vulnerabilidade em sua relação com a empresa AirBnB, seja qual for a manifestação de vulnerabilidade considerada: técnica, jurídica, fática ou informacional. Em razão da aplicação da teoria do finalismo aprofundado, resta impossibilitada a aplicação das normas consumeristas a quem não esteja em posição de desigualdade (e, portanto, de vulnerabilidade) – condição esta que deve ser comprovada *in concreto* pelas pessoas jurídicas, na medida em que “a chave da justiça na aplicação do CDC é justamente o exame detalhado e profundo da noção de vulnerabilidade”³⁰².

Em segundo lugar, no que diz respeito aos Hóspedes Corporativos, remanesce a dificuldade de constatação da vulnerabilidade de empresas de grande porte que se utilizem da plataforma para viabilizar as hospedagens de seus empregados em trânsito. Na medida em que a própria plataforma oferece um sistema próprio de concretização dessas reservas, a partir da interface “AirBnB for Work”, a presunção de vulnerabilidade parece ser, de certo modo, artificial. O vínculo concretizado a partir da utilização da plataforma dá-se entre duas empresas de igual monta, não havendo, ao menos em uma análise *em tese*, como concluir-se pela aplicabilidade das normas do Código de Defesa do Consumidor a tais relações específicas.

Nessas hipóteses, o índice do tipo *qualidade das partes*, primordial para a constituição dos contratos de consumo, não encontra similitude com a relação concreta firmada entre as partes. Mesmo que, a seu turno, o índice *forma* esteja devidamente caracterizado, por se tratar de contratação por adesão, necessário atentar ao que adverte Cláudia Lima Marques:

³⁰¹ Sobre a relação entre assimetria contratual e vulnerabilidade, ensina Judith Martins-Costa: “(...) a ordem jurídica reconhece haver relações contratuais fundadas numa assimetria estrutural, pela disjunção entre os poderes de fato reconhecidos aos seus sujeitos. E, ao assim reconhecer, presume que uma das partes estará em situação de vulnerabilidade contratual, com o que assegura uma proteção jurídica especial a essas situações”. (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 322).

³⁰² MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 7ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 333-334.

Parece-me que a simples contratação por adesão entre profissionais, nacional e internacionalmente, não pode ser suficiente para presumidamente transformar todo o comércio em consumo, apesar das eventuais semelhanças (...), sob pena de destruímos – com a banalização e a injustiça dos resultados concretos desta conclusão – o sistema de proteção dos diferentes, dos verdadeiramente mais fracos, o CDC. (...). Essa distinção concreta e casuística é de suma importância, ou todo o comércio internacional e nacional, que é em grande parte feito através de contratos de adesão e condições gerais de venda, passaria a ser regulado pelos princípios do CDC, em flagrante injustiça para com os fornecedores, em um primeiro momento, e para os verdadeiros consumidores, em um segundo momento.³⁰³

Isso quer dizer que o uso de métodos contratuais massificados não aduz, obrigatoriamente, ao reconhecimento da vulnerabilidade dos pactuantes. A utilização de contratos pré-elaborados pode ser um *indício relativo* de vulnerabilidade, cabendo, de maneira imprescindível, a sua demonstração no caso concreto³⁰⁴. A fraqueza necessária à configuração da relação de consumo não é ínsita ao método, mas consiste em um estado próprio da pessoa, do sujeito integrante da relação de direito material.

Em síntese, a título de esquematização das relações jurídicas analisadas, é possível concluir, pelo cotejo com os índices do tipo dos contratos de consumo, que: (i) “R3”, de natureza triangular, apresenta elevado grau de correspondência com o tipo dos contratos de consumo; (ii) “R4”, suposta pelos Termos de Uso da plataforma, não se confirma na prática de operacionalização da plataforma, mormente quando caracterizados indícios suficientes para a aplicação do regime consumerista à “R3”; (ii) “R1” e “R2” detêm particularidades específicas: (a) quando tais posições forem ocupadas por pessoas naturais, há semelhança com o tipo contratual de consumo: (b) quando tais posições forem ocupadas por pessoas jurídicas, há desvio considerável na constatação do índice do tipo *qualidade das partes*, o que afasta, em princípio, a identificação de tais relações com o tipo dos contratos de consumo.

5.3.2 Contrato de prestação de serviço

As normas constantes do Código Civil, no que se refere ao tipo contratual da prestação de serviço, aplicam-se apenas quando não configurada relação de trabalho ou outra relação disciplinada por legislação especial³⁰⁵.

³⁰³ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 7ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 341.

³⁰⁴ *Ibidem*, p. 340.

³⁰⁵ “Art. 593. A prestação de serviço, que não estiver sujeita às leis trabalhistas ou a lei especial, reger-se-á pelas disposições deste Capítulo” (BRASIL. Código Civil. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Planalto*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em 15 nov. 2018).

O juízo de correspondência de tipicidade efetivado sobre as relações “R3” e “R4”, que dá notas da possibilidade de configuração de contratos de consumo nessas ocasiões, não obteve as mesmas conclusões sobre as “R1” e “R2”, nos casos de Anfitriões Profissionais e Hóspedes Corporativos. Seriam, então, esses contratos aproximados do tipo contratual da prestação de serviço, ensejando a incidência do regime jurídico próprio do Código Civil?

Como índices do tipo legal da prestação de serviço, afiguram-se especialmente relevantes o *objeto* do contrato e a *contrapartida* estipulada entre as partes. Como objeto, pode-se reconhecer que o objeto da obrigação constitui na prestação de atividade³⁰⁶, desde que lícita, podendo ser material ou imaterial³⁰⁷.

Como contrapartida, prevê-se, a rigor, que o contrato de prestação de serviço é celebrado a título oneroso, sendo devida uma remuneração ou retribuição ao prestador de serviço. Há divergência na doutrina sobre a possibilidade de gratuidade do contrato civil de prestação de serviços. Os autores que admitem a existência de tal categoria afirmam não ser possível a sua presunção, sendo necessário ajuste expresso nesse sentido, “pois não é curial que a prestação da atividade, com que alguém se enriquece, seja desacompanhada de retribuição”³⁰⁸.

Pela análise dos Termos de Uso da plataforma e de sua dinâmica de operacionalização, percebe-se que a prestação de serviço seria, a rigor, o tipo contratual mais aproximado da natureza jurídica dos contratos celebrados entre a AirBnB e os Anfitriões Profissionais e Hóspedes Corporativos. A “R1” inicia-se a partir do cadastramento do Hóspede na plataforma da empresa, que, por conseguinte, passa a ter a obrigação de disponibilizar um perfil público que permita ao usuário conectar-se com os demais e reservar acomodações quando (e se) necessário. A “R2” prolonga-se a partir do cadastramento do Anfitrião na plataforma, que, por conseguinte, terá a faculdade de inscrever os seus imóveis no *website*, anunciando-os para que sejam reservados pelos Hóspedes. O *objeto* das relações seria, desse modo, a plena disponibilização dos recursos veiculados pela plataforma, seja para Hóspedes ou para Anfitriões, quando regularmente inscritos em seu sistema.

No entanto, a comparação não é perfeita. O objeto da prestação de serviços, prevista no Código Civil, não considera a complexidade da dinâmica estabelecida nas relações travadas no ambiente da plataforma. A inscrição na AirBnB não formaliza apenas um contrato de prestação

³⁰⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, vol. 3, 15ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011, p. 346.

³⁰⁷ “Art. 594. Toda a espécie de serviço ou trabalho lícito, material ou imaterial, pode ser contratada mediante retribuição” (BRASIL. Código Civil. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Planalto*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em 15 nov. 2018).

³⁰⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, vol. 3, 15ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011, p. 347.

de serviço, por meio do qual a empresa se obriga perante o Hóspede ou Anfitrião a disponibilizar o acesso à plataforma. Há, além disso, uma gama de deveres jurídicos que se potencializam a partir do cadastramento, os quais se irradiam para ambos os polos da relação. A inscrição na plataforma pelo Anfitrião Profissional, por exemplo, não imputa apenas à AirBnB a obrigação de publicar os imóveis a serem anunciados, mas impõe ao Anfitrião, paralelamente, a obrigação de criar os seus anúncios com as informações previamente estipuladas pela AirBnB, inserindo um número pré-determinado de fotos e, também, respondendo aos interessados na acomodação em um tempo máximo, sob pena de eventual suspensão da conta.

Nesse contexto, o índice do tipo *objeto* denota, sim, semelhança entre a realidade concreta e a prestação de serviço, mas a recondução não pode ser efetivada de maneira exata, havendo desvios que impendem sejam considerados no processo de qualificação.

Já a *contrapartida* como índice do tipo também supõe algumas mitigações. O cadastramento na plataforma é gratuito, assim como a divulgação dos imóveis anunciados pelos Anfitriões. O pagamento realizado diretamente à empresa ocorre somente por meio da dedução de percentual variável sobre as reservas concretizadas na plataforma, não havendo o pagamento de valores *ab initio*, isto é, a partir da simples inscrição no sistema. Desse modo, também apresenta problema a comparação no que tange à inexistência de contrapartida pecuniária, a título de retribuição ou remuneração, no vínculo contratual firmado entre as partes.

5.3.3 Contrato de corretagem

Se as “R1” e “R2”, quando entabuladas por Anfitriões Profissionais e Hóspedes Corporativos, não se enquadram exatamente no tipo contratual da prestação de serviço, cumpre, ainda, cotejar as nuances de tais relações com os índices do tipo do contrato de corretagem, previsto no Código Civil. Nesse panorama, imprescindível será a apreciação do *objeto* do tipo legal da corretagem³⁰⁹.

Aponta a doutrina ser a corretagem o “negócio jurídico através do qual alguém se obriga a contatar possíveis interessados em contratar com outra pessoa, em geral compra e venda”³¹⁰,

³⁰⁹ “Art. 722. Pelo contrato de corretagem, uma pessoa, não ligada a outra em virtude de mandato, de prestação de serviços ou por qualquer relação de dependência, obriga-se a obter para a segunda um ou mais negócios, conforme as instruções recebidas” (BRASIL. Código Civil. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Planalto*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em 15 nov. 2018).

³¹⁰ ASSIS, Araken de. *Contratos nominados: mandato, comissão, agência e distribuição, corretagem, transporte*. 2ª ed, rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 263.

obrigando-se o corretor “à obtenção do negócio, e não a operar, simplesmente, com maior ou menor energia, denodo e argúcia”³¹¹. Igualmente, resta assentada pela jurisprudência a aleatoriedade do contrato de corretagem³¹², porquanto “não impõe simples obrigação de meio, mas sim uma obrigação de resultado”³¹³.

No caso em comento, a extensão das obrigações atribuídas à plataforma da AirBnB, como dito, é bastante ampla. Reconhece-se, nesse âmbito, a existência de certo grau de similitude com a natureza das atividades desempenhadas pela plataforma no que tange, especificamente, à concretização das reservas. Nenhum pagamento será efetuado à AirBnB caso a reserva da acomodação não seja efetivamente realizada. Existe, dessa forma, certo grau de *aleatoriedade* que deve ser considerado, na medida em que a plataforma nada recebe se as reservas não forem concretizadas mediante a utilização do sistema disponibilizado.

A aferição de semelhanças entre a realidade concreta e o índice do tipo não afasta o reconhecimento de desvios entre os itens ora comparados. O espectro de atuação da AirBnB é abrangente, e os vínculos contratuais que se formam por meio das relações “R1” e “R2” vai para muito além da intermediação da reserva. Há obrigações titularizadas por ambas as partes que independem da reserva de uma hospedagem. Lides podem ser, inclusive, originadas a partir de problemas suscitados por casos, por exemplo, em que há equívoco na publicação do anúncio ou não recebimento dos valores devidos pela empresa, gerando reclamações de Anfitriões e Hóspedes que não dizem respeito, ao menos diretamente, à concretização de uma reserva específica, mas relacionam-se aos serviços prestados pela plataforma em um escopo mais genérico.

Destarte, conclui-se que a recondução ao tipo legal da corretagem não se mostra inteiramente compatível com os contornos próprios dos vínculos contratuais desenvolvidos com Anfitriões e Hóspedes que atuem de forma profissional na plataforma da AirBnB, vez que existem desvios substanciais no que diz respeito ao objeto do modelo contratual positivado e as relações concretamente entabuladas.

³¹¹ ASSIS, Araken de. *Contratos nominados: mandato, comissão, agência e distribuição, corretagem, transporte*. 2ª ed, rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 288.

³¹² “Art. 725. A remuneração é devida ao corretor uma vez que tenha conseguido o resultado previsto no contrato de mediação, ou ainda que este não se efetive em virtude de arrependimento das partes” (BRASIL. Código Civil. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Planalto*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em 15 nov. 2018).

³¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 208.508. Recorrente: Imobiliária Nostra Casa. Recorrido: Floricultura Ki-Rosa. Relator: Min. Cesar Asfor Rocha. Brasília, 25 de junho de 2002. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=199900241118&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em 25 nov. 2018.

5.4 A PARTICIPAÇÃO DE PESSOAS JURÍDICAS NA AIRBNB: INDÍCIOS PARA A CARACTERIZAÇÃO DE CONTRATOS ATÍPICOS MISTOS

O método tipológico alcança os seus resultados por meio do juízo de correspondência praticado no processo de qualificação que lhe é próprio. Como consequência, as proposições decorrentes do cotejo com os tipos legais poderão denotar o grau de aproximação entre a realidade concreta e o modelo contratual, por meio de respostas que não são binárias nem são obtidas por subsunção.

Avaliando as comparações realizadas, será possível medir se os vínculos contratuais situam-se em uma zona típica ou, diversamente, repousam sobre uma região periférica dos tipos legais. Também, é aceitável concluir que, em casos mais raros, os instrumentos verificados *in concreto* serão inteiramente estranhos aos tipos contratuais, estando em uma zona puramente atípica.

A qualificação levada a cabo neste trabalho traduz-se em, resumidamente, três observações. Primeiro, as relações triangulares efetivadas na plataforma assemelham-se, como regra geral, ao tipo legal dos contratos de consumo, nas quais a AirBnB atua como fornecedora, intermediando a reserva entre as partes interessadas.

Segundo, a compatibilidade entre as relações triangulares e o tipo legal de consumo aduz à inexistência de relações diretamente firmadas entre os membros da plataforma, exercendo a AirBnB verdadeira *vis attractiva* a partir da execução de seus serviços de intermediação.

Terceiro, as relações estabelecidas isoladamente entre a plataforma e os Anfitriões, assim como entre a plataforma e os Hóspedes, depende da análise subjetiva da composição do vínculo contratual. Quando os usuários forem pessoas naturais, não haverá maiores problemas a respeito da designação da natureza do vínculo, que também guarda relação com o tipo legal dos contratos de consumo. Quando os usuários forem, porém, pessoas jurídicas – o que é permitido, segundo os Termos de Uso da plataforma – o processo de qualificação passa a representar um desafio para o intérprete.

O cotejo dessas relações (que contam com a participação de pessoas jurídicas) com dois tipos contratuais aproximados demonstrou que a recondução das circunstâncias concretas não pode ser feita com exatidão. Isso porque, de acordo com os índices do tipo examinados, ainda que haja relações de semelhança com os tipos legais da prestação de serviço e da corretagem, há desvios que, por evidenciarem divergências fáticas substanciais, empurram tais contratos para a zona periférica da tipicidade.

Concluir que tais contratos esbarram nos tipos legais sem, contudo, realizá-los de forma integral não resolve o problema investigado neste trabalho. A exclusão da tipicidade de tais vínculos – ao menos, segundo os tipos pesquisados – não soluciona o desafio que é posto ao intérprete: qual a natureza jurídica de tais vínculos contratuais e qual o regime jurídico apto a disciplinar tais relações³¹⁴?

Quando são levadas a juízo questões relacionadas à problemática dos Anfitriões Profissionais ou dos Hóspedes Corporativos, deparar-se-á o intérprete com um caminho tortuoso a ser traçado. Como determinar as normas que serão aplicáveis a tais contratos? A definição do regime jurídico que regerá as relações de direito material, como se sabe, é imprescindível para a resolução de toda e qualquer contenda.

Talvez seja essa a razão pela qual a jurisprudência vem preferindo, no momento atual, aplicar as normas do Código de Defesa do Consumidor de maneira uniforme a todos os casos em que a AirBnB figure como parte na demanda. Como um gênero de presunção (difícil de ser afastada), é adotada a compreensão de que, mesmo em suas relações com profissionais, a plataforma deverá ser considerada como integrante de um vínculo de cunho consumerista. Entretanto, as figuras de consumidor e fornecedor não parecem estar regularmente caracterizadas em tais hipóteses – o que pode culminar no julgamento da demanda com base em fundamentos jurídicos incongruentes com as peculiaridades oferecidas pelo caso concreto.

A verificação de tais circunstâncias vai ao encontro de uma das evidências apontadas pela doutrina no que tange ao reconhecimento da atipicidade pelos julgadores. O processo de qualificação produzido neste trabalho oferece indícios – não concludentes, em razão da limitação da amostra analisada, mas *tendencialmente suficientes* – da atipicidade dos contratos celebrados na AirBnB pelos membros da plataforma que atuem, habitual e profissionalmente, como pessoas jurídicas.

As lições doutrinárias expostas no capítulo anterior cumprem papel essencial no processo de qualificação que ora apresenta as suas evidências. O método tipológico produz, sobre o fenômeno apreciado, indícios de uma atipicidade que, distante de ser pura, manifesta-se – tanto pelos Termos e Condições de Uso quanto pela própria operacionalização prática da plataforma – de modo *misto*, ancorando-se em distintos tipos de referência para, em um esquema de combinação, consubstanciar um regramento peculiar das relações pactuadas no ambiente virtual.

³¹⁴ Como afirma Rodrigo Fernandes Rebouças, “classificar um contrato significa a busca de sua categoria, para posterior definição quanto ao regime jurídico que deverá vigorar” (REBOUÇAS, Rodrigo Fernandes. *Contratos eletrônicos: formação e validade – aplicações práticas*. São Paulo: Almedina, 2015, p. 19).

Os graus de semelhança que denotam as comparações com os tipos legais da prestação de serviço e da corretagem bem esclarecem que os vínculos contratuais concretos contêm elementos de modelos diferenciados, que se conectam em um regimento próprio e completo, em um sentido de unidade – o que afasta a coligação contratual (embora esta possa existir em relação às diversas relações jurídicas individualmente consideradas na plataforma; por exemplo, entre R1 e R2) e aponta para a ideia de que, nos termos do art. 425 do Código Civil, está-se diante de um vínculo contratual que é *eminentemente atípico* e, em especial, *misto*.

Pode-se pensar que o método de contratação, por adesão, afasta a configuração de atipicidade. Tal raciocínio não pode ser acolhido, sob pena de concluir-se que a contratação por adesão tolhe das partes a integralidade de sua liberdade contratual³¹⁵. Pelo contrário, ainda que o escopo da liberdade de negociar seja, evidentemente, reduzido naquelas contratações massificadas e por adesão, é sabido que este é o método próprio de funcionamento do comércio eletrônico na atualidade. As normas sobre os contratos por adesão localizam-se como regras *gerais*, aplicáveis a todos os contratos, independentemente do grau de sua tipicidade³¹⁶. O reconhecimento de um contrato atípico suscitará a avaliação do conteúdo do contrato, o qual contou com a anuência de ambas as partes, aliada à aplicação dos mandamentos associados aos contratos por adesão. Inexiste, portanto, incompatibilidade entre os institutos.

Conforme a terminologia elaborada por Pedro Pais de Vasconcelos, as relações jurídicas podem ser qualificadas como contratos atípicos mistos de tipo múltiplo. Os Termos e Condições de Uso da plataforma não dão azo a um tipo contratual específico que tenha sido alterado por um pacto de adaptação (como ocorreria nos contratos mistos de tipo modificado). Diversamente, há uma pluralidade de tipos que são mesclados em um instrumento único; no caso, é clara a influência de elementos dos tipos contratuais da prestação de serviço e da corretagem. Poder-se-ia cogitar, em última análise, da interferência de elementos próprios do contrato de locação de imóveis, com parcial incidência da Lei do Inquilinato³¹⁷.

³¹⁵ Segundo a definição dada por Orlando Gomes, “Contrato de adesão é o negócio jurídico no qual a participação de um dos sujeitos sucede pela aceitação em bloco de uma série de cláusulas formuladas antecipadamente, de modo geral e abstrato, pela outra parte, para constituir o conteúdo normativo e obrigacional de futuras relações concretas” (GOMES, Orlando. *Contrato de adesão: condições gerais dos contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, p. 03).

³¹⁶ É o posicionamento encampado por Cristiano de Sousa Zanetti. Ver: ZANETTI, Cristiano de Sousa. *Direito contratual contemporâneo: a liberdade contratual e sua fragmentação*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2008, p. 275.

³¹⁷ BRASIL. Lei n. 8.245, de 18 de outubro de 1991. *Planalto*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8245.htm. Acesso em 15 nov. 2018. Essa análise, contudo, fica reservada a trabalhos posteriores.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A economia do compartilhamento pode ser considerada como um fenômeno mundial em crescente expansão, cujas matrizes históricas e culturais remontam à noção de sustentabilidade e maximização da capacidade de bens e serviços que se encontrem ociosos, seja temporária ou permanentemente. Conquanto a ideia apresente íntima relação com os primórdios do comércio eletrônico, a sua formatação atual traduz-se em um refinamento das práticas comerciais já desempenhadas na virtualidade, em um processo que desafia a realidade jurídica e, precipuamente, o sistema de direito privado brasileiro.

Ainda que se trate de um movimento econômico em notável marcha de crescimento, diversas questões relativas ao advento da *sharing economy* carecem de resolução, tal como ocorre com as problemáticas atinentes ao direito do trabalho e ao direito concorrencial. A própria nomenclatura do fenômeno, pois, não é assente na doutrina, sendo insuficientes os estudos nacionais direcionados especificamente ao assunto. As dissonâncias nas terminologias adotadas pelos autores refletem uma dificuldade generalizada de compreensão a respeito das manifestações da economia do compartilhamento, que, para alguns, restringem-se tão somente às práticas que não visem a quaisquer fins lucrativos.

Compreende-se que a locução “economia do compartilhamento” é apta a traduzir a dimensão atual da matéria, em detrimento da adoção do termo “economia colaborativa”, que parece captar mais os efeitos do fenômeno do que os traços que singularizam a sua existência. Também, rechaça-se – ao menos no que tange ao escopo deste trabalho – o termo “consumo colaborativo”, vez que pode induzir ao estabelecimento de uma relação de causalidade entre compartilhamento e consumo – o que, como trata o objeto deste estudo, demonstra ser uma premissa equivocada.

No panorama de compartilhamento, a plataforma virtual da AirBnB merece destaque; não apenas em razão do ideal que inspira a sua criação, mas também em virtude dos recursos disponibilizados, frutos de uma complexa tecnologia concebida para permitir o desenvolvimento de um ambiente de confiança entre os seus membros, divididos entre Hóspedes e Anfitriões. Os Termos de Uso da plataforma, constantemente aperfeiçoados, denotam a preocupação da empresa em determinar a natureza jurídica das relações nas quais as suas atividades estão inseridas.

A este estudo, parece que o debate a respeito do regime jurídico aplicável aos vínculos contratuais formados na plataforma virtual da AirBnB pode encontrar a sua solução no método tipológico, a partir de um juízo predicativo de tais relações. Nesse aspecto, a qualificação pode

privilegiar a autonomia das partes naquelas ocasiões que, diversamente do que vem reconhecendo a jurisprudência, não sejam aptas a configurar contratos de consumo.

A doutrina construiu, ao longo do tempo, diversas categorizações sobre os contratos atípicos, subsistindo, hodiernamente, discrepâncias substanciais sobre o seu exato posicionamento e extensão. A sistematização elaborada por Pedro Pais de Vasconcelos, em que pese seja originalmente direcionada ao direito português, é respaldada por grande parte da doutrina brasileira, dividindo os contratos em *atípicos propriamente ditos* (ou puramente atípicos) e *mistos*, sendo estes *de tipo modificado* ou *de tipo múltiplo*.

Algumas diferenciações devem ser realizadas sobre o escopo da atipicidade. No que interessa ao objeto deste trabalho, cumpre discernir os contratos atípicos dos contratos coligados; enquanto aqueles, principalmente em seu viés misto, constituem um único contrato formado a partir de elementos de variados tipos contratuais, os contratos coligados unem-se enquanto contratos completos destinados a um fim econômico-social comum.

O emprego do método tipológico, em detrimento das teorias conceituais que apontam para a realização de um juízo binário de compatibilidade ou incompatibilidade, permite que os tipos contratuais sejam comparados com a realidade concreta, para fins de aferir os graus, maiores ou menores, da tipicidade do contrato em apreço. É nessa esteira que o papel da jurisprudência, no juízo de mérito do conteúdo dos contratos atípicos, deve ser grifado. A qualificação dos vínculos contratuais deve ser efetivada com precisão pelos magistrados, na medida em que a recondução dos contratos a tipos legais incongruentes com as suas características pode impor às partes o julgamento de certa contenda com base em um regime jurídico inadequado. Dito de outra forma, a atipicidade, quando presente, deve ser reconhecida; para tanto, imprescindível que os Tribunais estejam capacitados a utilizar-se do método tipológico, capaz de produzir melhores resultados, em atenção ao regramento concreto estipulado pelos contratantes.

Os índices do tipo afiguram-se como importante conceito desenvolvido pela doutrina. Trata-se, antes de tudo, de conceito extremamente instrumental, por pautar-se na ideia de *indícios*, espécies de “sintomas”, da tipicidade ou atipicidade de um contrato. Com base em tal noção, pode-se realizar o juízo predicativo de qualificação dos vínculos contratuais originados na AirBnB com o necessário rigor teórico, distanciando-se de arbitrariedades na determinação do regime aplicável a tais relações.

Como pressuposto dos juízos primário e secundário de qualificação, cabe ao intérprete determinar uma série de contratos potencialmente utilizáveis que se aproximem, ainda que relativamente, do contrato a ser analisado. No presente trabalho, três foram os tipos contratuais

eleitos, todos positivados no ordenamento jurídico brasileiro: os contratos de consumo, de prestação de serviço e de corretagem. Indubitavelmente, outros tipos poderiam ter sido comparados; o propósito deste trabalho, entretanto, limita as escolhas a serem realizadas. Compreende-se, mesmo assim, que os tipos adotados representam indícios suficientes das conclusões aqui desenvolvidas.

O cotejo com os tipos contratuais depende, também, da identificação das relações contratuais provenientes da operacionalização da plataforma. Isso porque o seu funcionamento não dá ensejo à formação de apenas um contrato entre todas as partes. Uma relação contratual triangular é, por óbvio, possível, mas a dinâmica da plataforma não se restringe a esse vínculo. Demandas podem ser ajuizadas a partir de questões verificadas diretamente entre a plataforma e o Anfitrião, assim como somente entre a plataforma e o Hóspede. Considerando a multiplicidade de vínculos existentes, projetou-se um esquema de sistematização, com o intento de elucidar e tornar didática a exposição pretendida neste trabalho.

Classificando-se as relações contratuais em “R1”, “R2”, “R3” e “R4”, passou-se a realizar o juízo de qualificação sobre tais vínculos. A qualificação com os contratos de consumo deu notas de largas semelhanças entre o tipo contratual e a relação identificada como “R3”, de cunho triangular, permitindo a identificação das atividades desempenhadas pela plataforma com o conceito de fornecedor, insculpido no Código de Defesa do Consumidor. Em regra e em tese, compreende-se ser cabível a aplicação do regime consumerista a tais relações.

A similitude entre os contratos de consumo e a relação triangular tem o condão de afastar, conseqüentemente, a existência da relação intitulada de “R4”, que vincularia diretamente Anfitrião e Hóspede, com a dispensa da participação da AirBnB. Ocorre que, na prática, não se verificam hipóteses em que o papel de intermediação exercido pela plataforma seja desconsiderado, tendo em vista que, como exigem os próprios Termos de Uso do *website*, todas as operações relacionadas à reserva da acomodação, ainda que com objetivos informais, devem ser realizadas dentro do sistema disponibilizado pela plataforma. Difícil seria supor, assim, que a sua atuação seja afastada em um caso concreto.

A qualificação das relações “R1” e “R2”, a seu turno, constituídas individualmente entre Hóspede e plataforma ou entre Anfitrião e plataforma, demandaram certas mitigações frente à comparação com os índices do tipo dos contratos de consumo. Nesses casos, quando Anfitriões e Hóspedes forem pessoas naturais, há semelhança entre a realidade concreta e o modelo contratual positivado no ordenamento. Porém, quando Anfitriões e Hóspedes forem pessoas jurídicas – hipótese autorizada pelos Termos de Uso da plataforma – não será possível, a rigor, verificar a satisfação do índice do tipo relativo à qualidade das partes, por inexistir

vulnerabilidade e, no mais das vezes, pela utilização da plataforma consubstanciar caso de consumo intermediário – o que, segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, não comporta a incidência do Código de Defesa do Consumidor.

Em face da impossibilidade de qualificação integral das relações “R1” e “R2” no tipo dos contratos de consumo, tais vínculos foram, ainda, comparados com os tipos dos contratos de prestação de serviço e de corretagem. Em ambos os cotejos, houve indícios efetivos de semelhança entre os modelos contratuais e as relações firmadas, mas a correspondência não se deu, em nenhum dos casos, com a exatidão desejada para a configuração da tipicidade. Reconheceu-se, por outra banda, haver, claramente, a influência de elementos desses tipos nos vínculos examinados.

Tal qualificação dá indícios de mescla entre os tipos contratuais da corretagem e da prestação de serviço nas situações de participação de Anfitriões Profissionais e Hóspedes Corporativos na plataforma. Inversamente, o juízo de correspondência indica desvios substanciais quanto ao regime consumerista. Dessa forma, ante as observações realizadas pela doutrina civilista e destacadas neste trabalho, há *sinomas* da atipicidade de tais vínculos, que poderão ser caracterizados como *contratos atípicos mistos de tipo múltiplo*.

A identificação da atipicidade, para além de afastar a aplicação das normas de direito do consumidor em alguns casos envolvendo a plataforma da AirBnB, possibilita que a interpretação de tais relações seja efetivada com vistas a prestigiar a autonomia das partes, evitando a recondução de tais contratos a tipos que não se coadunem com as circunstâncias concretas de sua celebração. Nesse particular, frisa-se que o método de contratação por adesão não afasta a caracterização da atipicidade, que apenas exigirá, como se pode supor, a harmonização entre as normas próprias dos contratos por adesão e os demais princípios gerais incidentes sobre os contratos atípicos. Ainda, em atenção à jurisprudência ora predominante, a integração e o controle do conteúdo de tais vínculos poderá se dar a partir do emprego de uma teoria eclética, que mescle as teorias clássicas da absorção, da combinação e da aplicação analógica.

Espera-se que, em alguma medida, este trabalho represente uma contribuição em direção à melhor elucidação do instituto da atipicidade no direito, a fim de possibilitar a aplicação do instituto para a resolução de problemas práticos. Em especial, acredita-se que o emprego do método tipológico possa representar uma alternativa para a premente necessidade de caracterização da natureza jurídica dos contratos oriundos das novas tecnologias de informação e comunicação, mormente no que tange ao âmbito da economia do compartilhamento. Mediante o juízo de qualificação segundo os índices do tipo, consagra-se o paradigma da ancoragem,

cunhado por Lorenzetti, articulando os conceitos tradicionais do direito privado com os novos fenômenos da contemporaneidade.

7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica – perspectivas estrutural e funcional. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 26, n. 102, abr./jun. 1989, p. 207-230.

ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. Os contratos atípicos como expressão da autonomia privada na esfera negocial. In: ESTEVEZ, A. F.; JOBIM, M. F. (org.). *Estudos de direito empresarial: homenagem aos 50 anos de docência do Professor Peter Walter Ashton*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 267-287.

ASSIS, Araken de. *Contratos nominados: mandato, comissão, agência e distribuição, corretagem, transporte*. 2ª ed, rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos: curso de direito civil*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

BARBOSA, Mário Figueiredo. Sobre os contratos atípicos. *Revista Forense*, vol. 282, ano 79, abr./jun. 1983, p. 29-38.

BARROS, A. C. P.; PATRIOTA, K. R. M. P. Consumo colaborativo: perspectivas, olhares e abordagens transdisciplinares. *Signos do consumo*, v. 9, n. 2, jul./dez. 2017, p. 4-15.

BERGSTEIN, Laís. Conexidade contratual, redes de contratos e contratos coligados. *Revista de Direito do Consumidor*, ano 26, vol. 109, jan./fev. 2017, p. 159-183.

BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003.

BOTSMAN, Rachel. *The sharing economy lacks a shared definition*. Fast Company, 2013. Disponível em: <https://www.fastcompany.com/3022028/the-sharing-economy-lacks-a-shared-definition>. Acesso em 22 set. 2018.

BOTSMAN, R.; ROGERS, R. *O que é meu é seu: como o consumo colaborativo vai mudar o nosso mundo*. Porto Alegre: Bookman, 2011.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *As origens doutrinárias e a interpretação da função social dos contratos no Código Civil brasileiro*. 2006. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.

BUENO, Francisco de Godoy. Regime jurídico dos contratos atípicos no direito brasileiro. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 6, jan./mar. 2016, p. 55-73.

BUSCH, C. et al. The rise of the platform economy: a new challenge for EU Consumer Law? *Journal of European Consumer and Market Law*, Issue 1/2016, vol. 5, fev. 2016, p. 03-10.

CABRAL, Pedro Manso. Contratos inominados: uma espécie em extinção? *Revista Nomos*, Salvador, vol. 3, n. 1/2, 1981, p. 95-102.

CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. Las deficiencias lógicas y ontológicas de la clasificación de los contratos en típicos, atípicos y mixtos. *Revista da Escola da Magistratura Estadual da 5ª Região*, Recife, n. 17, 2008, p. 207-228.

CELESTINO, Fernanda Karlla Rodrigues. Economia e Direito e futuro do Direito: economia compartilhada e sua regulação. *Revista Controle (Tribunal de Contas do Ceará)*, v. 15, n. 1, Fortaleza, jan./jun. 2017, p. 274-317.

CEZAR et al. Panorama das plataformas digitais de consumo colaborativo no Brasil: uma análise descritiva. *International Journal of Business and Marketing (IJBMKT)*. Porto Alegre, v. 3, n. 1, 2018, p. 40-54.

COMIRAN, Giovana Cunha. *Atipicidade contratual: entre a autonomia privada e o tipo*. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.

_____. Critérios de integração e interpretação dos contratos atípicos: o art. 425 do CC/2002 e o método tipológico. In: MARTINS-COSTA, J.; VARELA, L. B. *Código: dimensão história e desafio contemporâneo. Estudos em homenagem ao Professor Paolo Grossi*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2013, p. 333-378.

CORREIA, Miguel Pupo. Comércio eletrônico no direito português. In: RIBEIRO, Maria de Fátima; COELHO, Fábio Ulhoa (org.). *Questões de direito comercial no Brasil e em Portugal*. São Paulo: Saraiva, 2014.

COUTO, R.; NOVAIS, L. Regulação de tecnologias disruptivas: uma análise de sharing economy. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 111, mai./jun. 2017, p. 269-292.

COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007.

EBERLIN, Fernando Büscher von Teschenausen. Sharing economy: impact on the market and consumer relations. In: MARQUES, C. L.; PERSON, G.; RAMOS, F. (org.). *Consumer protection – current challenges and perspectives*. Porto Alegre: Orquestra, 2017, p. 726-744.

EDELMAN, B.; LUCA, M. Digital discrimination: the case of Airbnb.com. *Harvard Business School*, 2014. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2377353>. Acesso em 20 set. 2018.

FRANCESCHINI, José Ignácio Gonzaga. Contratos inominados, mistos e negócio indireto. *Revista dos Tribunais*, ano 63, vol. 464, São Paulo, jun. 1974, p. 34-46.

ENEI, Jorge Virgílio Lopes. Contratos coligados. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, ano XLII, n. 132, São Paulo, out./dez. 2003, p. 111-128.

ENNECCERUS, Ludwig. *Tratado de derecho civil. Tomo II: Derecho de Obligaciones*. Buenos Aires: Bosch, 1948.

FRANÇA, Pedro Arruda. *Contratos atípicos: legislação, doutrina e jurisprudência*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

FREITAS, C. S.; PETRINI, M. C.; SILVEIRA, L. M. *Desvendando o consumo colaborativo: uma proposta de tipologia*. CLAV 2016: 9th Latin American Retail Conference. Disponível em: <http://repositorio.pucrs.br/dspace/handle/10923/10138>. Acesso em 05 set. 2018.

FRENKEN, K; SCHOR, J. Putting the sharing economy into perspective. *Environmental Innovation and Societal Transitions*, n. 23, 2017, p. 03-10.

GALLAGHER, Leigh. *A história da Airbnb: como três rapazes comuns agitaram uma indústria, ganharam bilhões... e criaram muita controvérsia*. Tradução de Santiago Nazarian. São Paulo: Buzz Editora, 2018.

GANSKY, Lisa. *The mesh: why the future of business is sharing*. Nova York: Penguin Books, 2010.

GLUSAC, Elaine. Hotels vs. Airbnb: let the battle begin. *The New York Times*, 20 jul. 2016. Disponível em: <http://www.nytimes.com/2016/07/24/travel/airbnb-hotels.html>. Acesso em 10 jul. 2018.

GOIDANICH, Maria Elisabeth. Airbnb e seus anfitriões: empreendedorismo, comércio e colaboração na economia de compartilhamento. *VIII Encontro Nacional de Estudos do Consumo*. Universidade Federal Fluminense. Niterói, 2016. Disponível em: http://www.enec2016.sinteseeventos.com.br/resources/anais/7/1475506351_ARQUIVO_GT8-GoidanichVIIIEnec.pdf. Acesso em 20 set. 2018.

GOMES, Orlando. *Contrato de adesão: condições gerais dos contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

_____. *Contratos*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

HANICH, Caroline Meller; SOARES, Ardyllis. Economia compartilhada e proteção do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 105/2016, São Paulo, mai./jun. 2016, p. 19-31.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Contrato: estrutura milenar de fundação do direito privado. *Revista da Faculdade De Direito da Universidade de São Paulo*, n. 97, São Paulo, 2002, p. 127-138.

KLEE, Antonia Espíndola Longoni. O diálogo das fontes nos contratos pela Internet do vínculo contratual ao conceito de estabelecimento empresarial virtual e a proteção do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 77, jan./mar. 2011, p. 99-150.

_____. *Comércio eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

KONDER, Carlos Nelson. *Contratos conexos: grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

KOOPMAN, C.; MICHELL, M.; THIERER, A. The Sharing Economy and Consumer Protection Regulation: The Case for Policy Change. *The Journal of Business, Entrepreneurship and the Law*, vol. 8, issue 2, article 4, 2015, p. 529-545.

LEÃO, Luana da Costa. As relações negociais eletrônicas. *Revista de Direito Empresarial*, vol. 6/2014, São Paulo, nov./dez. 2014, p. 59-70.

LEMOS, R; SOUZA, C. A. P. Aspectos jurídicos da economia do compartilhamento: função social e tutela da confiança. *Revista de Direito da Cidade*, vol. 8, n. 4, 2016, p. 1757-1777.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. Os contratos e os terceiros: o que são os contratos coligados? *Revista Consultor Jurídico*, set. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-set-17/contratos-terceiros-sao-contratos-coligados>. Acesso em 20 out. 2018.

LESSIG, Lawrence. *Remix: Making Art and Commerce Thrive in the Hybrid Economy*. Londres: Bloomberry, 2008.

LIBERT, B.; WIND, Y. J.; FENLEY, M. B. What Airbnb, Uber and Alibaba have in common. *Harvard Business Review*, 2014. Disponível em: <https://hbr.org/2014/11/what-airbnb-uber-and-alibaba-have-in-common>. Acesso em 28 jul. 2018.

LÔBO, Paulo. *Direito civil: contratos*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LORENZETTI, Ricardo L. *Comércio eletrônico*. Tradução de Fabiano Menke, com notas de Cláudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

LOSINSKAS, P. V. B.; FIGUEIROA, C. C. *Economia compartilhada e direito: uma relação (ainda) tormentosa*. I Fórum Mackenzie de Liberdade Econômica. Centro de Liberdade Econômica Mackenzie, nov. 2017, p. 01-14.

MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. Contratos coligados e qualificação contratual em algumas decisões recentes do STJ. *Revista do IASP*, ano 10, n. 19, São Paulo, jan./jun. 2007, p. 142-152.

MARQUES, Cláudia Lima. A proteção do consumidor de produtos e serviços estrangeiros no Brasil: primeiras observações sobre os contratos à distância no comércio eletrônico. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 21, Porto Alegre, mar. 2002.

_____. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. A chamada nova crise do contrato e o modelo de direito privado brasileiro: crise de confiança ou de crescimento do contrato? In: MARQUES, Cláudia Lima (org.). *A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 17-86.

_____. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6ª ed, rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 7ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. A nova noção de fornecedor no consumo compartilhado: um estudo sobre as correlações do pluralismo contratual e o acesso ao consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 111, São Paulo, maio/jun. 2017, p. 247-268.

MARQUES, C. L.; BENJAMIN, A. H. V.; MIRAGEM, B. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 4ª ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MAS-FOVEAU, Séverine; BENACHOUR-VERSTREPEN, Malika. *Le commerce électronique en toute confiance: diagnostic des pratiques et environnement juridique*. Paris: Éditions Litec, 2001.

MARTINS-COSTA, Judith. Autoridade e utilidade da doutrina. In: *Modelos de Direito Privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 9-40.

_____. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MATTIETTO, Leonardo. Invalidez dos atos e negócios jurídicos. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 2ª ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 319-354.

MENKE, Fabiano. Apontamentos sobre o comércio eletrônico no direito brasileiro. In: RIBEIRO, Maria de Fátima; COELHO, Fábio Ulhoa (org.). *Questões de Direito Comercial no Brasil e em Portugal*. São Paulo: Saraiva, 2014.

MILLER, Stephen R. First principles for regulating the sharing economy. *Harvard Journal on Legislation*, vol. 53, 2016, p. 147-202.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Unidade ou pluralidade de contratos – contratos conexos, vinculados ou coligados. *Revista dos Tribunais*, vol. 817, São Paulo, nov. 2003, p. 753-762.

OSKAM, J.; BOSWIJK, A. Airbnb: the future of networked hospitality businesses. *Journal of Tourism Futures*, vol. 2, issue 1, 2016, p. 22-42. Disponível em: <https://doi.org/10.1108/JTF-11-2015-0048>. Acesso em: 15 out. 2018.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, vol. 3, 15ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.

POLIZELLI, V. C.; ANDRADE JR., L. C. O problema do tratamento tributário dos contratos atípicos da economia digital: tipicidade econômica e fracionamento de contratos. *Revista Direito Tributário Atual*, n. 39, São Paulo, 2018, p. 456-486.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: parte geral*. Tomo I. 1ª ed. Campinas: Bookseller, 1999.

_____. *Tratado de direito privado: parte especial*. Tomo XXXVIII. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1962.

_____. *Tratado de direito privado: parte especial*. Tomo XXXIX. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

REBOUÇAS, Rodrigo Fernandes. *Contratos eletrônicos: formação e validade – aplicações práticas*. São Paulo: Almedina, 2015.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 1999.

RIFKIN, Jeremy. *Sociedade com custo marginal zero*. São Paulo: M. Books do Brasil, 2016.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil, vol. 3*. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução: Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009.

SANCHES, Sydney. Os contratos atípicos no direito privado. *Revista de Direito Público*, n. 86, ano XXI, São Paulo, abr./jun. 1988, p. 237-241.

SANTOLIM, Cesar Viterbo Matos. Os princípios de proteção do consumidor e o comércio eletrônico no direito brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, vol. 55, jul./set. 2005, p. 53-84.

SEIBERT, Guilherme. *Os contratos de EPC: entre tipicidade e atipicidade*. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.

SILVEIRA, L. M.; PETRINI, M.; SANTOS, A. C. M. Z. Economia compartilhada e consumo colaborativo: o que estamos pesquisando? *REGE – Revista de Gestão*, n. 23, set. 2016, pp. 298-305.

SUNDARARAJAN, Arun. What Airbnb gets about culture that Uber doesn't. *Harvard Business Review*, 2014. Disponível em: <https://hbr.org/2014/11/what-airbnb-gets-about-culture-that-uber-doesnt>. Acesso em 25 set. 2018.

_____. *The Sharing Economy – The End of Employment and the Rise of Crowd-Based Capitalism*. Cambridge: MIT Press, 2016.

VASCONCELOS, Pedro Pais. *Contratos atípicos*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2009.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Parte Geral*. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Os contratos inominados e o novo Código Civil. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, ano XLI, n. 126, abr./jun. 2002, p. 31-36.

ZANETTI, Cristiano de Souza. *Direito contratual contemporâneo: a liberdade contratual e sua fragmentação*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2008.

LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA CONSULTADAS

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. *Planalto*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm. Acesso em 22 nov. 2018.

_____. Lei n. 8.245, de 18 de outubro de 1991. *Planalto*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8245.htm. Acesso em 15 nov. 2018.

_____. Código Civil. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Planalto*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em 15 nov. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Embargos de Divergência no Recurso Extraordinário n. 81.052. Embargante: Volkswagen do Brasil Indústria e Comércio de Automóveis S.A. Embargado: Nova Texas Veículos S.A. Relator: Min. Rodrigues Alckmin. Brasília, 06 de outubro de 1976. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=38974>. Acesso em 15 nov. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 5.680. Recorrente: Companhia Sulina de Bebidas Antarctica. Recorrido: Indústria e Comércio de Bebidas Alfredo Schweder Ltda. Relator: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Brasília, 13 de novembro de 1990. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=199000106532&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em 15 nov. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 61.890. Recorrentes: Nabla Empreendimentos e Participações S/C Ltda. e Outro. Recorridos: Helco Comércio e Participações Ltda e Outros. Relator: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Brasília, 18 de junho de 1998. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=199500109050&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em 15 nov. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 208.508. Recorrente: Imobiliária Nostra Casa Ltda. Recorrido: Floricultura Ki-Rosa Ltda. Relator: Min. Cesar Asfor Rocha. Brasília, 25 de junho de 2002. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=199900241118&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em 25 nov. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 541.867. Recorrente: American Express do Brasil S.A. Turismo. Recorrido: Central das Tintas Ltda. Relator: Min. Antônio de Pádua Ribeiro. Brasília, 10 de novembro de 2004. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200300668793&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em 20 nov. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança n. 27.512. Recorrente: Banco Safra S.A. Recorrido: Plascalp Produtos Cirúrgicos Ltda. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 20 de agosto 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200801579190&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em 20 nov. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 985.531. Recorrente: Ipiranga Produtos de Petróleo S.A. Recorridos: Auto Posto Copacabana Ltda. e Outros. Relator: Min. Vasco Della Giustina. Brasília, 28 de outubro de 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200702212232&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em 15 nov. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.107.024. Recorrente: Antônio de Carvalho Zemuner. Recorrido: Mercadolivre.com Atividades de Internet Ltda. Relatora: Min. Maria Isabel Galotti. Brasília, 01º de dezembro de 2011. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200802643482&dt_publicacao=14/12/2011. Acesso em 20 nov. 2018

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.350.677. Recorrente: Comunidade Religiosa João XXIII. Recorrido: Francisco de Assis Munhoz. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 22 de novembro de 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201202244540&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em 15 nov. 2018).

ITÁLIA. *Il Codice Civile Italiano*. Approvazione del testo del Codice Civile, 1942. Disponível em: http://www.jus.unitn.it/cardozo/obiter_dictum/codciv/Lib4.htm. Acesso em 15 nov. 2018.

PORTUGAL. *Código Civil português*. 20ª ed. Almedina: Coimbra, 2015, p. 88-89.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 70008723892. Apelante: GNZ Comércio de Alimentos Limitada. Apelado: SDV Administradora de Shopping Centers S.A. Relator: Ricardo Raupp Ruschel. Porto Alegre, 25 de agosto de 2004. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?numero_processo=70008723892&ano=2004&codigo=446169. Acesso em 15 nov. 2018.

_____. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 70056920986. Apelante: Apelado: Relator: Marco Antonio Angelo. Porto Alegre, 22 de maio de 2014. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?numero_processo=70056920986&ano=2014&codigo=733638. Acesso em 15 nov. 2018.

UNIÃO EUROPEIA. *Relatório da União Europeia sobre uma Agenda Europeia para a Economia Colaborativa*. Parlamento Europeu. Bruxelas, 2017, p. 09. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A8-2017-0195+0+DOC+XML+V0//PT>. Acesso em 03 set. 2018.