

Tutela da vulnerabilidade contratual nas relações de economia do compartilhamento

The legal protection of contractual vulnerabilities in sharing economy relations

Eduardo Nunes de Souza*
Cássio Monteiro Rodrigues**

Resumo

O presente artigo aborda o modelo negocial da economia compartilhada (também chamado de *sharing economy*) e seus impactos jurídicos, notadamente no tocante à tutela da vulnerabilidade das partes envolvidas, em atenção às possíveis disparidades existentes entre os usuários das plataformas de compartilhamento. Para isso, analisa-se a possibilidade de utilização dos remédios da tutela contratual do consumidor para solucionar problemas oriundos dessas relações, desde que sistematicamente coerentes e adequados à axiologia do ordenamento e aos interesses concretos de contratantes na economia compartilhada. Como hipótese particular de aplicação, o estudo abordará alguns problemas relativos à validade de disposições dos termos e condições de uso estipuladas por plataformas de compartilhamento.

Palavras-chave: Economia compartilhada. Vulnerabilidade. Direito do consumidor. Contratos de adesão. Direito civil-constitucional.

Abstract

This article addresses the business model of the so-called sharing economy and its legal impacts, notably with regard to safeguarding the vulnerability of the involved parties, taking into account the possible disparities between users of the sharing platforms. To this end, this study analyzes the possibility of using remedies designed for the contractual protection of consumers in order to solve problems arising from such relations, provided that they are systematically coherent and appropriate to the axiology of the legal order, as well as the concrete interests of the parties in sharing economy contracts. As an exemplary application, this study will address some problems related to the validity of clauses in the terms and conditions of use stipulated by sharing platforms.

Keywords: Sharing economy. Vulnerability. Consumer law. Adhesion contracts. Constitutionalized private law.

1 Introdução

Na sua edição de 17 de março de 2011, a revista *Time* incluiu a prática do compartilhamento na sua lista das 10 ideias que iriam mudar o mundo. Quase uma década depois, ao que tudo indica, a previsão não falhou. Nos últimos anos, o modelo negocial do consumo compartilhado¹ tem observado um crescimento exponencial,

* Doutor e mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor Adjunto de Direito Civil dos cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado da Faculdade de Direito da UERJ. Professor dos cursos de Pós-Graduação lato sensu do CEPED-UERJ e da PUC-Rio. Rio de Janeiro – RJ – Brasil. E-mail: eduardo.souza@uerj.br.

** Doutorando e mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Especialista em Responsabilidade Civil e Direito do Consumidor pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ). Professor convidado de cursos da PUC-Rio e do CEPED-UERJ. Advogado. Rio de Janeiro – RJ – Brasil. E-mail: cmr9015@gmail.com.

¹ Segundo Caroline Meller-Hannich (2016, p. 19), a “economia compartilhada estabelece uma nova relação entre os atores econômicos. No início, compartilhar era conhecer novas pessoas, conectar-se, economizar recursos devido a aspectos sociais e sentimentais. O consumo colaborativo ideal está agora expandindo oportunidades pessoais, melhorando a qualidade dos bens e serviços ofertados, reduzindo custos transacionais e aumentando a autonomia”. No mesmo sentido, para Juliet Schor (2017, p. 23), “enquanto muitas das plataformas de maior destaque na economia do compartilhamento começaram nos Estados Unidos, o compartilhamento se tornou um fenômeno global, tanto por conta da expansão de plataformas para outros países, quanto porque a ideia de compartilhar foi recepcionada ao redor do mundo. Plataformas estão se proliferando na Europa, onde cidades estão se tornando centros de práticas de compartilhamento. Paris, por exemplo, se tornou lar anual da festa ‘OuiShare’. O mundo árabe tem uma série de novas inovações de compartilhamento. Ano passado, o governo do Equador lançou o Buen Conocer, uma iniciativa para reimaginar radicalmente o país, de acordo com princípios de compartilhamento – redes abertas, produção aberta, e uma economia dos comuns. Enquanto as políticas desses vários esforços variam ao redor do mundo, o que é comum a elas é o desejo dos participantes de criar sociedades conectadas mais justas, mais sustentáveis, e mais conectadas socialmente”.

muito impulsionado pelo desenvolvimento tecnológico, que tem permitido a difusão de aplicações para dispositivos eletrônicos oferecendo essa modalidade de contratação. Os contratos de economia de compartilhamento afirmam-se, assim, no cenário global, como modelo atraente de organização da atividade produtiva e de troca de bens e serviços, transformando a estrutura do mercado, a forma de acesso e circulação dos bens, além da prestação de serviços e do seu compartilhamento.² (BUSCH *et al.*, 2016, p. 3; MELLER-HANNICH, 2014).

As plataformas de compartilhamento ganham espaço nos mais variados setores econômicos, tais como: lazer, transporte de pessoas ou de cargas, locação de bens, habitação etc. (pense-se, por exemplo, nas plataformas *Airbnb*, *Ebay*, *Rappi*, *Dog Hero*, *Uber*, *99*, *BlaBlaCar*, *Zopa*, *Bliive*, dentre muitas outras). Paradigmas tradicionais da teoria geral dos contratos são desafiados pela inovadora estrutura dessas relações,³ a começar por seu modelo plurilateral (normalmente triangular), no qual deveres distintos emergem para um mesmo centro de interesses a depender da sua posição face aos demais sujeitos em relação.

Dos diversos problemas jurídicos que podem exsurgir da *sharing economy*, merecem particular destaque as dificuldades de tutela da vulnerabilidade contratual dos usuários. E não apenas o usuário-consumidor pode demandar mecanismos particulares de proteção: também o usuário-fornecedor pode se encontrar em uma situação de disparidade. Eventualmente, aliás, ambos podem ser igualmente vulneráveis (em situações que envolvem, por exemplo, o uso dos seus dados pessoais pela plataforma) – e precisam receber uma resposta segura do ordenamento para as suas necessidades concretas. Como exemplo aplicativo, este estudo abordará a tutela dos usuários em face dos termos e condições de uso das plataformas, tecendo considerações sobre a identificação de eventuais abusividades (e consequente invalidade) em suas cláusulas a partir de normas protetivas de outros contratantes tipicamente vulneráveis, como o consumidor.

2 Estrutura e dinâmica das relações de *sharing economy*

Tão vertiginoso foi o crescimento do setor da economia compartilhada nos últimos anos que a dogmática jurídica ainda não foi capaz de aquilar seu conceito (desconhecido, em larga medida, até mesmo pelos próprios agentes de mercado que dela se utilizam).⁴ Muito menos existe consenso doutrinário com relação aos efeitos jurídicos produzidos para os contratantes, o que dificulta sobremaneira a correta qualificação desse modelo negocial e sua adequação às estruturas normativas contratuais existentes. Em linhas gerais, porém, costuma-se observar que os contratos de *sharing economy* traduzem um novo momento econômico, em que a lógica proprietária é substituída por novas formas de aproveitamento dos bens jurídicos,⁵ mais

² No direito brasileiro, afirma-se que, nesse modelo negocial, “a prestação de serviços ou a oferta de bens podem ser realizadas por intermédio de uma plataforma digital, por pessoas que não atuam necessariamente como profissionais, nem se organizam sob a forma empresarial” (MARQUES; MIRAGEM, 2015). No mesmo sentido, o acesso gerado aos bens e aos serviços na *sharing economy* “cria as condições para o desenvolvimento de um fenômeno denominado ‘consumo colaborativo’, que privilegia justamente o acesso em detrimento da aquisição de propriedade sobre os bens que não serão explorados em todo o seu potencial” (SOUZA; LEMOS, 2016, p. 1760).

³ Como se sabe, a expressão “relação jurídica” pode ser usada, ora em seu sentido mais técnico (que aprecia a correlação entre uma situação jurídica subjetiva ativa e a situação passiva que lhe é contraposta), ora em sentido amplo, para fazer referência à complexa rede de direitos e deveres em que se traduz, juridicamente, uma relação socioeconômica. A respeito disso, permita-se a remissão a Souza (2015, p. 7-8).

⁴ “Entende-se a economia de compartilhamento como um fenômeno que promove o compartilhamento de bens e serviços, que se encontram subutilizados ou ociosos, por meio de canais digitais que conectam consumidores que se propõem a compartilhar seus bens com base na confiança” (VERBICARO; PEDROSA, 2017, p. 462). Nesse sentido, “para solucionar tal impasse, existente há quase dez anos, o ensaio defende a utilização da expressão *economias do compartilhamento*, aqui definida em termos amplos como sistemas socioeconômicos mediados por tecnologias de informação, direcionados ao compartilhamento de recursos para fins de consumo ou de produção. O conceito de *economias do compartilhamento* é abrangente e suficiente para incluir sistemas de utilização de recursos ociosos para consumo” (ZANATTA, 2017, p. 79-106). Por sua vez, Juliet Schor (2017, p. 24) chega a afirmar que “criar uma definição sólida de economia do compartilhamento, que refletia o uso comum, é praticamente impossível”. Afirma-se, ainda, que se trataria de um sistema “construído de redes distribuídas de indivíduos conectados e comunidades, em oposição a instituições centralizadas, transformando o modo como produzimos, consumimos, financiamos e aprendemos” (BOTSMAN, 2013, s.p.).

⁵ Nesse sentido, afirma-se mesmo que o consumo colaborativo “concebe novos modelos de negócio não mais concentrados na aquisição da propriedade de bens e na formação de patrimônio individual, mas no uso em comum — por várias pessoas interessadas — das utilidades oferecidas por um mesmo bem” (MARQUES; MIRAGEM, 2015). Cláudia Lima Marques (2017) também destaca o papel da tutela da confiança no cerne da definição do “sistema negocial de consumo” da economia de compartilhamento e afirma que esses contratos são “relações de confiança”. Com efeito, a economia de compartilhamento representa “uma nova etapa no processo de desenvolvimento econômico, simbolizado pela superação da lógica de consumo em massa [...], por um momento em que o mercado, [...] passa a privilegiar novas formas de acesso a bens e a serviços” – um modelo que, devido ao fato de promover o uso e acesso eficiente aos bens, “atende às demandas relativas à sua função social [...], o uso da tecnologia da informação aperfeiçoa a prática da transparência nas relações contratuais, promovendo um fortalecimento dos ditames da boa-fé objetiva” (SOUZA; LEMOS, 2016, p. 1758 e 1764-1765).

racionais e eficientes, que garantem o acesso às utilidades por eles proporcionadas independentemente da aquisição da titularidade de direitos reais sobre eles.

A nota característica da *sharing economy*, assim, parece estar na busca pelo compartilhamento ou pela utilização racional dos bens, para a qual a construção de um forte sistema jurídico de tutela da confiança tem sido considerada essencial (SMORTO, 2015, p. 259-260). O ponto de partida para a configuração dessa estrutura relacional é a criação de uma *plataforma de compartilhamento*,⁶ termo que costuma designar não apenas o aplicativo eletrônico, mas também a própria entidade responsável por operá-lo. A plataforma costuma ser detentora da tecnologia da informação que permite conectar os demais agentes que serão integrados à relação, sendo encarregada, na maioria das vezes, do papel de intermediária e organizadora do compartilhamento.⁷

Ao entrar em operação, a plataforma dedica-se a arregimentar *usuários-fornecedores*, que com ela contratam, anuindo com termos e condições gerais que os autorizam, então, a se utilizarem do arcabouço tecnológico por ela disponibilizado para compartilharem (*rectius, ofertarem*) bens ou serviços ao público. Assim ocorre, por exemplo, com o motorista que realiza viagens por intermédio da plataforma *Uber*: esta, segundo seus próprios termos e condições de uso, não presta serviços de transporte ou de logística, os quais se consideram fornecidos, não pela plataforma, mas por “parceiros independentes” – justamente, os motoristas.⁸

Paralelamente, ocorre também a contratação entre o *usuário-consumidor* e a plataforma de compartilhamento. Nessa ocasião, o usuário aceita as condições estipuladas por esta última no tocante à intermediação do negócio (que pode abranger desde as obrigações das partes até, em certos casos, o próprio preço dos serviços). Mas a triangulação da relação apenas ocorrerá com uma nova declaração de vontade por parte do usuário-consumidor, ao solicitar um bem ou serviço específico de um dos usuários-fornecedores (que poderá ou não ter sido escolhido pela própria plataforma, a depender do caso). O vínculo formado, em seguida, entre os dois usuários pode assumir diversas aparências,⁹ como se se tratasse de uma relação jurídica convencional de locação, prestação de serviços, compra e venda, permuta, entre outras, sendo possível, ainda, a depender de seu objeto, que se assemelhe a um contrato atípico (CARVALHO, 2016, p. 304).

Forma-se, assim, uma estrutura negocial inovadora, plurilateral, entre a plataforma (que poderá assumir diferentes papéis, desde mera intermediária até efetiva fornecedora)¹⁰ e os seus usuários, em uma relação triangular relativamente incomum no direito contratual. Do ponto de vista jurídico, como seria de se esperar, esse caráter inusitado preocupa por gerar dúvidas quanto ao regime normativo aplicável a tais relações. Constatase, por exemplo, não ser certa a adaptação desse modelo à normativa ordinária

⁶ “Rispetto ai tradizionali fornitori di servizi che operano attraverso internet, le piattaforme online assumono la funzione di marketplace (mercati), ossia di intermediari estranei allo scambio, il cui compito è dar vita ad una piazza virtuale dove agenti economici indipendenti concludono affari tra loro. Dato che il successo commerciale di queste piattaforme è strettamente legato al buon funzionamento del mercato che offrono e alla riuscita degli scambi che intermediano, le stesse hanno un evidente interesse a ridurre i rischi e garantire un mercato sicuro” (SMORTO, 2018, p. 426).

⁷ Cláudia Lima Marques (2017, p. 6) aponta que a plataforma de compartilhamento, como criadora da estrutura e organizadora do compartilhamento, configurará um fornecedor aos olhos da lei e atrairá a incidência das normas do CDC para a relação como um todo, pois o “site ou aplicativo atua não apenas como um facilitador, mas sim como aquele que torna viável e, por vezes, estrutura um determinado modelo de negócio. Em outros termos, o site ou aplicativo permite o acesso à ‘highway’ e atua como guardião deste acesso, um *gatekeeper* (‘guardião do acesso’), que assume o dever, ao oferecer o serviço de intermediação ou aproximação, de garantir a segurança do modelo de negócio, despertando a confiança geral ao torná-lo disponível pela Internet. No direito brasileiro, estarão qualificados indistintamente como provedores de aplicações de Internet, de acordo com a definição que estabeleceu o art. 5º, VII c/c art. 15 da Lei 12.965/2014”.

⁸ Termos e condições disponíveis no sítio eletrônico da *Uber*, com última alteração em 20.1.2020.

⁹ Acerca da terminologia aplicável, Juliet Schor (2017, p. 26) conclui: “Os consumidores são aqueles que estão comprando serviços, enquanto prestadores ou fornecedores os estão oferecendo. Os participantes podem estar em ambos os lados de uma transação. Usuários também é um termo frequentemente empregado desta maneira. Por exemplo, o Airbnb chama anfitriões e hóspedes de usuários, mas em outras plataformas como, por exemplo, Lyft ou Uber, os usuários seriam passageiros, e não os motoristas”.

¹⁰ “Most online platforms present themselves as mere facilitators, brokers or ‘digital clearinghouses’ rather than as sellers or suppliers. The intention to act only as an intermediary is usually expressed in the platform operator’s terms of service. Such statements can be found, for example, in the terms and conditions of Uber and Airbnb. It is doubtful, however, whether such a declaration is sufficient for reducing the role of the platform to an intermediary. [...] the limitation of the platform operator’s role to a mere intermediary function does not become part of the contract if it is not stated in a clear and comprehensible manner. As a result, the platform operator would be considered as the supplier of the goods or services” (BUSCH, 2016, p. 5).

de tutela do consumidor,¹¹ pois a posição contratual assumida pela plataforma pode acabar afastando deveres e responsabilidades que lhe seriam aplicáveis caso se considerasse uma fornecedora típica.¹² Além disso, não se pode deixar de notar que nem sempre o usuário-fornecedor desenvolve atividade dotada da habitualidade (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2010, p. 112-113), que seria exigida para que pudesse ser considerado um fornecedor¹³ à luz do art. 3º do CDC.

Assim, poderia acontecer que, em certos contratos de economia compartilhada, ao menos em uma análise puramente estrutural, não se caracterizasse nenhuma relação de consumo propriamente dita,¹⁴ nem entre os usuários e a plataforma (que, ao se posicionar nessa relação jurídica *sui generis*, deliberadamente refuta o papel de fornecedora de produtos ou serviços), nem entre o usuário-consumidor e o fornecedor (que, muitas vezes, desempenha a atividade oferecida pelo aplicativo de forma esporádica, sem habitualidade, além de, não raro, ostentar assimetrias em face da plataforma que remetem à figura clássica do consumidor¹⁵ – já tendo recebido, por isso, até mesmo a alcunha de *prosumer*,¹⁶ um profissional-consumidor). Vale dizer: em grande parte dos casos, pelo menos duas das três partes envolvidas em uma relação de economia compartilhada ostentam clara vulnerabilidade contratual, mas não existe nenhum consenso mínimo quanto a aplicar-se ou não a elas o diploma normativo mais protetivo de contratantes vulneráveis conhecido no direito brasileiro: o CDC.

Esse cenário de incerteza não deve, contudo, constituir óbice à tutela desses contratantes, sempre na medida de sua concreta vulnerabilidade.¹⁷ Ao contrário, é justamente em contextos nos quais faltam

¹¹ “Consumer contract law primarily deals with ‘bipolar’ contractual relationships between a trader and a consumer. If a trader and a consumer conclude their contract via an online platform such as Ebay or Airbnb, the platform is usually not party to this contract between the consumer and the supplier of the goods or services. In such a ‘triangular’ situation, however, there are also legal relationships between the platform and the consumer, as well as between the platform and the supplier. It is, at best, unclear whether these legal relationships with the platform, usually also contracts, fall into the scope of the current (or forthcoming) EU consumer law directives. If the supplier is not a business but a consumer, then EU consumer contract law certainly does not apply to such a consumer-to-consumer contract. As a result, many contracts, although concluded in the highly professional environment of an online platform, totally escape the scope of application of existing consumer contract law” (BUSCH, 2016, p. 4).

¹² A diversidade de cenários é bem ilustrada por Guido Smorto (2018, p. 436-437): “I rapporti tra fornitore diretto del servizio e beneficiario finale nella platform economy possono assumere diverse declinazioni. Quando colui che fornisce direttamente il servizio sia un lavoratore dipendente della piattaforma, la piattaforma è direttamente responsabile nei confronti dei consumatori per l'inadempimento o l'inesatto adempimento della prestazione e dei conseguenti danni. In casi del genere, la piattaforma è la controparte professionale dell'utente finale e il diritto dei consumatori è applicabile alla fornitura del servizio, in aggiunta alle normative di settore. Mentre la disciplina del lavoro subordinato si applica ai rapporti tra il lavoratore e la piattaforma. Nel caso in cui, invece, la piattaforma si limiti ad intermedierlo lo scambio tra agenti economici indipendenti, possono prodursi due scenari distinti. È possibile che il fornitore sia un professionista. In questo caso il diritto dei consumatori si applica al rapporto intercorrente tra il consumatore ed il fornitore professionale del servizio. Una conclusione del genere è coerente con l'esigenza di proteggere il consumatore di fronte al professionista ed impedisce inoltre una disparità di trattamento tra nuovi concorrenti e operatori storici, che risulterebbe del tutto ingiustificata alla luce della qualificazione come professionista di entrambe”.

¹³ “Quando il fornitore non è un professionista non trovano applicazione né il diritto dei consumatori né la disciplina di settore, e l'utente finale può solamente invocare gli ordinari rimedi civilistici di diritto comune. Nonostante si sia affermato da più parti che l'esclusiva applicazione di soli rimedi ex post ai rapporti peer-to-peer sia la scelta migliore poiché favorisce l'innovazione, questo spostamento da una tutela fondata sul soddisfacimento di requisiti ex ante, tipica dei servizi offerti da operatori professionali, ad un sistema che fa affidamento pressoché esclusivo su rimedi a posteriori non è sempre consigliabile” (SMORTO, 2018, p. 437).

¹⁴ “Nos modelos tradicionais de negócios (B2C), de um dos lados estava sempre um profissional. Assim, a qualificação da relação como relação de consumo dependia apenas de saber se do outro lado se encontrava alguém com as restantes características de um consumidor ou, pelo contrário, outro profissional. [...] Na *sharing economy*, este paradigma sofreu alterações. A maior parte das transações são *peer-to-peer* (P2P), o que significa que, muitas vezes, o vendedor ou prestador de serviços não é profissional. Nestes casos, falha o preenchimento do elemento relacional, [...] e, consequentemente, à não aplicação da legislação de consumo. Em traços gerais, podemos, pois, afirmar que as normas que regulam os contratos da *sharing economy* são também as normas do direito do consumo se a parte for consumidora, o que inclui verificar que a contraparte é um profissional, ou apenas as normas do regime geral (constantes designadamente do Código Civil), no caso contrário”. (CARVALHO, 2016, p. 304).

¹⁵ Por exemplo, Guido Smorto (2018, p. 428-429) afirma que “Rispetto ai prestatori di servizi, invece, in molti casi costoro non hanno accesso a informazioni decisive relative allo scambio, non sono in grado di stabilire il prezzo della prestazione e/o valutare in anticipo la profitabilità di una determinata proposta, essendo costretti ad accettare qualsiasi richiesta indipendentemente dalla propria volontà. Una pratica, questa, che può essere particolarmente problematica quando la piattaforma mantenga prezzi bassi per ragioni competitive. [...] Un altro aspetto fondamentale per stabilire il potere contrattuale degli utenti rispetto alla piattaforma riguarda la ridotta capacità di negoziare e influenzare il contenuto delle regole dello scambio. Le piattaforme normalmente impongono le proprie condizioni di contratto senza che vi sia spazio per una negoziazione. In alcuni rari casi un professionista può anche avere la forza contrattuale per negoziare con la piattaforma le condizioni della propria partecipazione al 'mercato', ma nella stragrande maggioranza delle volte non si tratta di un'opzione realistica. Spesso il contenuto dei contratti non è neppure realmente noto a chi li sottoscrive: la parte aderente tipicamente dichiara di averli letti cliccando una semplice icona di consenso sul proprio computer, secondo un comportamento che accomuna consumatori e fornitori”.

¹⁶ A respeito da experiência europeia, já se ponderou que: “The supplier usually has to accept terms of use in which the platform operator tries to exclude its liability as far as possible. Against this background, it is an open question whether an EU legislative instrument should limit itself to the consumer protection aspects of online platforms, or take a more holistic approach by regulating also the rights and obligations of platforms towards suppliers. In particular, if suppliers are consumers, one might ask whether EU consumer law should also protect these 'prosumers' against platform operators” (BUSCH, 2016, p. 7).

¹⁷ Sobre as muitas acepções jurídicas contemporâneas do termo *vulnerabilidade*, inclusive a de vulnerabilidade patrimonial (que predomina em matéria contratual). (KONDER, 2015, *passim*).

ainda instrumentos adequados ao tratamento jurídico do fenômeno socioeconômico que a hermenêutica civil-constitucional demonstra seu potencial com maior força.¹⁸ Partindo de uma perspectiva sistemática do ordenamento, e munida dos valores que conferem a este último sua unidade formal e material,¹⁹ a metodologia civil-constitucional pode orientar o intérprete nos setores que o trabalho legislativo ainda não logrou apreender, como os contratos de economia compartilhada, aos quais permite a aplicação de normas reguladoras de relações contratuais análogas. A identidade de *ratio*, nesse caso, será determinada pelo tipo de tutela demandada pela concreta vulnerabilidade de cada contratante.

Torna-se possível, assim, estender a incidência de normas protetivas do aderente, do consumidor, do locatário, do empregado, do passageiro, e assim por diante, aos contratos de *sharing economy*, ainda que não se subsumam estruturalmente às *fattispecie* descritas em lei, caso seja possível demonstrar, fundamentadamente, que aqueles instrumentos normativos se voltam, do ponto de vista funcional, à proteção de contratantes em situação de inferioridade semelhante àquela dos usuários na economia compartilhada. O desafio do hermeneuta, portanto, consiste em identificar os parâmetros e valores ponderados pelo legislador na tutela dos contratantes vulneráveis, em busca da construção de diretrizes gerais que possam orientar o juízo de merecimento de tutela também desse (ainda novo) modelo negocial.

3 Mecanismos de proteção das vulnerabilidades contratuais e sua aplicação à *sharing economy*

A relevância jurídica das assimetrias que podem existir entre contratantes associa-se à paulatina transformação experimentada pela autonomia privada ao longo do século XX, que ensejou uma evolução da própria teoria dos contratos,²⁰ desde as primeiras intervenções estatais sobre os atos particulares, o que inicialmente se denominou de dirigismo contratual,²¹ até o progressivo reconhecimento da incidência de princípios contratuais de índole solidarista²² e a concepção de um sistema normativo de tutela de contratantes vulneráveis.²³

A constitucionalização do direito privado e a constatação da insuficiência das categorias tradicionalmente consagradas (TEPEDINO, 2005, p. 232) permitiram o desenvolvimento de instrumentos de tutela de contratantes em situação de inferioridade: de fato, a implementação da solidariedade no direito contratual, como meio de reduzir iniquidades e proteger partes vulneráveis, passou a ser compreendida como pressuposto para a promoção de uma liberdade contratual efetiva – no que já se denominou, em feliz expressão, liberdade substancial (FACHIN, 2015, p. 49). Esse processo encontra seu expoente no conceito de vulnerabilidade,²⁴ termo que traduz uma tomada de consciência quanto à necessidade da intervenção reequilibradora do ordenamento sobre os atos negociais (KONDER, 2015, item 2).

¹⁸ A esse propósito, veja-se a lição de Bodin de Moraes (2012, *passim*).

¹⁹ Na síntese de Pietro Perlingieri (2010, p. 322), “*l'unitarietà dell'ordinamento postula una metodologia unitaria*”.

²⁰ “É certo que, em face de mudanças como o intervencionismo estatal na economia e a massificação do consumo por meio da proliferação dos contratos de adesão [...], o conceito de contrato já não poderá ser o mesmo. Com base no reconhecimento desta essencial historicidade do contrato e de sua regulação jurídica, a evolução do instituto é representada por um processo de oscilações pendulares, em que ora a vontade individual ora valores coletivos assumem a função de ordenar teleologicamente o conjunto das normas jurídicas que regulam toda a matéria legal referente aos contratos”. (KONDER; MULHOLLAND; NEGREIROS, 2006, p. 89-91).

²¹ “A dogmática do contrato sofre, então, mudança radical. O Estado intervém nas três fases da vida contratual: na formação do contrato, impondo às partes celebrá-lo ainda contra sua vontade e contra seus interesses; estabelecendo cláusulas obrigatórias em muitas avenças que interessam de perto a economia popular; e supervisionando a execução ao dotar o Poder Judiciário de instrumental suficiente para intervir no sentido de restabelecer a justiça comutativa, sempre que uma das partes se avantaja à outra [...]. E deste conglomerado avulta a intervenção estatal na economia do contrato, o dirigismo contratual como princípio informativo”. (PEREIRA, 2017, p. 422-423).

²² Como descrito pela doutrina nas últimas décadas, uma relevante repercussão do reconhecimento da força normativa das normas constitucionais e da adoção, pelo constituinte de 1988, do princípio da dignidade humana como fundamento da República (art. 1º, III) foi a incidência do princípio da solidariedade sobre as relações privadas. Corolário imediato da cláusula geral de tutela da pessoa humana, o princípio da solidariedade é responsável por inserir, nos diversos campos do direito civil, a imperatividade do respeito aos interesses de terceiros e da coletividade no exercício de liberdades individuais (BODIN DE MORAES, 2010, *passim*). Por tal razão, costuma-se atribuir à solidariedade a difusão de princípios como a boa-fé objetiva, a função social do contrato e o equilíbrio contratual, às vezes designados como “novos princípios contratuais”, expressão consagrada por Azevedo (1998, p. 116). A respeito disso, cf., ainda, Negreiros (2006, cap. 2); e, recentemente, Konder, Guedes e Terra, (2019, p. 2-5).

²³ Cf. Konder (2015, itens 2 e 3) e Marques (2014, p. 287-331).

²⁴ Sobre a noção de vulnerabilidade, Heloísa Helena Barboza (2013, p. 103-117) destaca que “a proteção especial dos vulneráveis, à evidência, não se limita ao consumidor. A prospecção do conteúdo da vulnerabilidade, particularmente em seu aspecto socioeconômico, é indispensável para que se dê consecução à cláusula geral de proteção da pessoa humana”.

A necessidade de proteção contratual dos vulneráveis foi acentuada com o desenvolvimento industrial e tecnológico e com a massificação das relações sociais, que revelaram a enorme disparidade nas negociações e na formação dos contratos, sobretudo no âmbito nas negociações por adesão, a saber, aquelas em que as cláusulas são elaboradas unilateralmente por um dos contratantes, cabendo ao aderente apenas a aceitação, em bloco, do programa negocial.²⁵ A solução encontrada pela ordem jurídica, a fim de trazer equilíbrio às relações contratuais e promover a igualdade substancial, consistiu na criação de instrumentos específicos de tutela, tais como as normas de proteção do aderente no Código Civil²⁶ – e, antes destas, na edição de leis especiais, entre as quais se destacam o Código de Defesa do Consumidor e a atual Lei de Locações, ambos editados já sob a égide da ordem constitucional de 1988. O direito do consumidor brasileiro, em particular, observou enorme desenvolvimento nas últimas três décadas, tendo construído sofisticado sistema de tutela desses contratantes.²⁷ O reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor, aliás, é previsto expressamente pelo art. 4º, I, do CDC, que o elege como princípio da Política Nacional de Relações de Consumo (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2010, p. 66-69).

Mas de que vulnerabilidades se está a tratar? Quanto ao aderente, a disparidade contratual consta de sua própria conceituação: não participando da elaboração das cláusulas e condições contratuais, sujeitando-se a estipulações potencialmente abusivas, que beneficiam excessivamente a outra parte em detrimento de seus próprios interesses. Quanto ao consumidor, é comum que seja prejudicado por sua falta de conhecimentos técnicos sobre o produto ou o serviço, pela disparidade econômica em face dos fornecedores, pela dificuldade de acesso à assistência jurídica ou, ainda, pela carência informacional – para citar apenas as vulnerabilidades normalmente elencadas pela doutrina consumerista.²⁸

Todas essas vulnerabilidades podem (e costumam) ocorrer, em maior ou menor medida, tanto com o usuário-consumidor quanto com o usuário-fornecedor da economia compartilhada. Na maioria dos casos, ambos se enquadram como aderentes aos contratos estipulados pelas plataformas. E ainda que, ordinariamente, não se qualifiquem como consumidores, ostentam vulnerabilidades típicas dessa categoria. O hóspede da *Airbnb* tem, provavelmente, menos experiência para litigar em juízo do que a plataforma; o passageiro da 99 costuma ser economicamente mais frágil do que ela; os usuários da *Bliive*, por sua vez, embora detenham conhecimentos técnicos sobre os serviços que prestam, podem não ter informações suficientes sobre os serviços que recebem ou sobre a própria plataforma. Outras tantas formas de vulnerabilidade seriam encontradas caso se comparassem outros estatutos normativos, como os que tutelam locatários, empregados, mutuários e assim por diante.

Todas essas vulnerabilidades devem, evidentemente, ser aferidas em cada caso concreto (o que, em perspectiva civil-constitucional, aplica-se também às próprias relações de consumo – mas releva, ainda mais no caso da economia compartilhada, que não conta com uma presunção legal de disparidade entre as partes). Não há dúvidas, porém, de que elas ocorrem frequentemente nesse tipo de relações. A dificuldade maior está, sem dúvida, em identificar, nas *fattispecie* inovadoras criadas pela *sharing economy*, vulnerabilidades semelhantes àquelas já tratadas por lei. Merecem especial destaque, nessa direção, algumas novas situações advindas da economia compartilhada, como as que envolvem o dever de informar

²⁵ Conforme a definição amplamente difundida, são “contratos de adesão aqueles que não resultam do livre debate entre as partes, mas provêm do fato de uma delas aceitar tacitamente cláusulas e condições previamente estabelecidas pela outra. [...]. A sua participação no ato limita-se a dar sua adesão ao paradigma contratual já estabelecido, presumindo-se sua aceitação da conduta que adota” (PEREIRA, 2017, p. 72).

²⁶ Essas disposições de proteção do aderente são tão relevantes para o legislador que constam tanto do regime civil geral do Código Civil, nos arts. 423 e 424, como no Código de Defesa do Consumidor, nos arts. 46 e 47, respectivamente. As medidas de proteção do aderente não se limitam à interpretação mais favorável e à vedação da renúncia prévia de direitos: há disposições que regulamentam o direito de desistência e de arrependimento do consumidor (art. 49 do CDC), que determinam a nulidade e invalidade de plano de cláusulas contratuais abusivas (art. 51 do CDC), dentre outras. Vale destacar, ainda, a importância do princípio contratual da boa-fé objetiva na tutela do contratante vulnerável e do consumidor. O legislador consumerista prioriza a confiança e disciplina a contratação em todas as suas fases com instrumentos específicos para cada uma delas, desde a pré-contratual, com a vinculação do fornecedor a oferta realizada (art. 30 do CDC), a imposição de deveres específicos de informação durante a execução contratual (art. 52 do CDC), bem como a imposição de garantia legal (arts. 24 e 25 do CDC) e a determinação de sua complementação (art. 50 do CDC). Nesse sentido, cf. Benjamin, Marques e Bessa (2010, p. 360-370) e Miragem (2016, p. 252-255).

²⁷ Vale destacar que as limitações contratuais devidas a situações de vulnerabilidade não se restringem àquelas de conteúdo patrimonial ou de mera inferioridade contratual. Ao destacar a prevalência das situações subjetivas existenciais às patrimoniais, por exemplo, Carlos Nelson Konder pondera que a categorização de vulneráveis admitida pela doutrina não exaure o tema, pois há a necessidade de se tutelar a vulnerabilidade existencial concreta do contratante, de modo a melhor atender e promover os valores da pessoa humana (KONDER, 2015, item 5).

²⁸ Sobre as espécies de vulnerabilidade reconhecidas pela doutrina, cf. Miragem (2016, p. 127-141).

da plataforma e de esclarecer os detalhes da contratação, o tratamento dos dados sensíveis e o controle de preços e de reputação dos usuários etc.

Esse caráter inovador, tão benfazejo do ponto de vista socioeconômico, agrava-se ainda mais, no que diz respeito à carência de instrumentos jurídicos específicos, pelo fato de a maior parte das contratações de economia compartilhada ocorrer, em alguma medida, de forma digital, no que se convencionou denominar *contratos eletrônicos*. Embora tais negócios não fujam à disciplina geral do direito contratual, oferecem ao intérprete diversas dificuldades práticas – por exemplo, na determinação do momento de sua formação, na identificação de vícios do consentimento, na prova da contratação (SCHREIBER, 2014). As dificuldades entre os contratos celebrados em plataformas de *sharing economy*, porém, não distam daquelas verificadas nos contratos eletrônicos celebrados, por exemplo, em portais de *e-commerce*. Muitas plataformas, aliás, consideram-se, à semelhança de diversos sítios de vendas na internet, como espécies de *marketplace*. Mais uma vez, o raciocínio aproximativo, pautado por uma análise sistemática e prioritariamente funcional, mostra-se benéfico para a delimitação da normativa aplicável a partir da experiência já existente em situações análogas.

Nesse cenário de inúmeras incertezas acerca do regime jurídico aplicável às plataformas e seus usuários, os mecanismos legais de tutela específica de contratantes vulneráveis já existentes podem e devem ser estendidos às partes que integram relações de *sharing economy* – para controlar, por exemplo, eventual abusividade de cláusulas dos respectivos contratos ou, ainda, fornecer regras de responsabilidade civil que podem nortear o regime jurídico de eventuais danos causados aos usuários das plataformas.²⁹ Não se trata, aqui, de *mera analogia jurídica*, a qual seria justificável, conforme o pensamento tradicional, apenas pela ausência de regramento específico. Em perspectiva civil-constitucional, a interpretação sempre implica, em certo sentido, um raciocínio analógico, existam ou não normas específicas concebidas para regular a *fattispecie*, porque a pesquisa da *ratio* da norma implica sempre uma comparação do princípio por ela informado aos demais princípios do ordenamento e às peculiaridades do caso concreto.³⁰

Não apenas em prol da economia de compartilhamento, mas do direito contratual em geral, o primeiro passo na direção da tutela de contratantes vulneráveis consistiu na criação de categorias abstratas, para as quais se conceberam instrumentos normativos de intervenção sobre a autonomia privada, com vistas à proteção de partes em situação de disparidade. Mas, agora, impende sofisticar esse sistema, para tentar aproximar (tanto quanto possível) os instrumentos previstos pelo legislador da realidade concreta de cada contratante.³¹ Como hoje se reconhece, nem todo consumidor é igual, nem todo locatário é igual, nem todo aderente é igual – e não será diferente com os usuários de plataformas de compartilhamento. Impõe-se, nesse sentido, aprimorar a aplicação dos instrumentos de tutela da vulnerabilidade dos contratantes da economia compartilhada, etapa que deve se valer da submissão desse modelo negocial à análise funcional dos contratos e dos institutos jurídicos voltados à sua disciplina.³²

²⁹ “I contratti della platform economy riguardano tre diversi soggetti: la piattaforma online ed i suoi utilizzatori – fornitori e utenti – che concludono affari attraverso la piattaforma. Generalmente esiste un solo contratto che governa tutte le relazioni nascenti dallo scambio. Rispetto ai contratti standard tradizionali, tipicamente predisposti dal professionista e sottoposti all’adesione del consumatore, le condizioni di contratto sono redatte dalla piattaforma e sottoscritte dai suoi utilizzatori e, se non altrimenti specificato, le stesse clausole sono applicabili a fornitori e utenti, essendo entrambi qualificati indistintamente come utilizzatori dei servizi forniti dalla piattaforma” (SMORTO, 2018, p. 432).

³⁰ Leciona Perlingieri (2008, p. 623): “Se toda norma exprime sempre um princípio, este não pode deixar de ser confrontado com os princípios fundamentais. O recurso à *ratio juris* é um problema de cotejo do princípio, que a *ratio* representa, com os outros princípios. [...] Quanto à *analogia legis*, na perspectiva hermenêutica de individualização da normativa mais adequada à hipótese concreta, se reconhece que jamais duas *fattispecie* serão totalmente iguais, se não for por outro motivo, em razão das diversidades temporais, espaciais e subjetivas que concorrem a individuá-las: dois fatos temporalmente iguais são impossíveis. A disciplina é construída por uma série de hipóteses similares. Nesse sentido, a interpretação é sempre analógica”.

³¹ Sobre o ponto, permita-se a remissão a Souza (2019, *passim* e, particularmente, p. 50).

³² A necessidade de uma análise funcional é enfatizada por Pietro Perlingieri (2008, p. 358-359): “Para evitar os perigos de um estruturalismo árido, de maneira a subtrair-se ao fascínio de doutos questionamentos sobre o consentimento, sobre a troca sem diálogo e sem acordo, é necessário deslocar a atenção para os aspectos teleológicos e axiológicos dos atos de autonomia negocial, para o seu merecimento de tutela segundo o ordenamento jurídico. Isto representa o sinal de uma forte mutação no enfoque hermenêutico e qualificador do ato e, sobretudo, de um modo mais moderno de considerar a relação entre lei e a autonomia negocial, configurada unitariamente”.

4 O exemplo do controle de validade das cláusulas estipuladas em termos e condições de uso das plataformas de compartilhamento

Como se sustentou até este ponto, a análise funcional do modelo negocial de *sharing economy* é um caminho que permite apurar quais os instrumentos de tutela do contratante vulnerável. A investigação dos interesses de cada parte envolvida nessas relações permite que o intérprete realize um adequado controle de validade das cláusulas estipuladas, sempre pautado pela verificação de certas vulnerabilidades em concreto que justifiquem a incidência das normas e remédios já conhecidos pela ordem jurídica. Não são raros, por exemplo, os casos de compartilhamento levados ao Judiciário em que se discute a escolha entre a aplicação dos regimes jurídicos das relações paritárias ou do direito do consumidor – por exemplo, para demarcar os limites da responsabilidade da plataforma.³³

Outra aplicação relevante dessa proposta consiste em viabilizar o controle de abusividade de disposições entabuladas pela plataforma de compartilhamento no corpo de seus termos e condições de uso – que podem, em muitos casos, prever disposições leoninas, como a exclusão de responsabilidade da plataforma ou a supressão de direitos dos usuários (por exemplo, mediante a cessão compulsória de dados pessoais ou a renúncia ao exercício do direito de arrependimento). Nesse contexto, caberia indagar: qual conjunto de normas pode ser levado em consideração para fins de determinação da abusividade (e consequente invalidade) de uma cláusula estipulada em um contrato de *sharing economy*? Quem poderia suscitar judicialmente a invalidade da cláusula: apenas o usuário-consumidor, ou também o usuário-fornecedor? A *contrario sensu*, quais cláusulas, consideradas abusivas em relações de outras naturezas, não devem ser reputadas inválidas em matéria de economia compartilhada?

Tais questões mostram-se particularmente tormentosas porque, em princípio, a consequência imediata do que se convencionou denominar, no jargão consumerista, de “cláusula abusiva” (a rigor, uma hipótese de ilicitude, e não propriamente de abusividade)³⁴ é a sua nulidade. Trata-se, com efeito, de uma consequência lógica do que dispõe o art. 166, VII, do Código Civil: são nulas as estipulações contratuais que disponham vedações previstas por lei sem combinação de outra sanção mais específica (o que se costuma denominar *nulidade virtual*, por oposição às nulidades *textuais*, que são expressamente previstas por lei). A invalidade contratual, portanto, vincula-se intimamente à existência de previsões normativas que a estipulem, seguindo, na tradição do direito civil, um princípio de legalidade estrita.³⁵ Como, então, sustentar a abusividade (e consequente nulidade) de cláusulas em contratos de economia compartilhada, que não contam com normativa específica?

A solução do impasse parece exigir uma reconsideração acerca do próprio sentido jurídico de legalidade. A noção original de legalidade determinava que os atos particulares deveriam submeter-se a um controle negativo de legitimidade, de índole estrutural: aqueles atos cuja realização não fosse vedada pela ordem jurídica poderiam produzir efeitos juridicamente tuteláveis.³⁶ A evolução da hermenêutica jurídica exigiria a criação de novas instâncias de controle, que envolvessem também uma verificação de compatibilidade funcional e valorativa desses atos com o ordenamento e, mais contemporaneamente, também um controle funcional positivo, que privilegiasse, em caso de atos particulares conflitantes, aquele que melhor promovesse

³³ Nesse sentido, dentre os inúmeros casos existentes, destaca-se, a título de exemplo, o seguinte julgado do TJSP: “Transporte. Uber. Ação de indenização por danos morais e materiais. Legitimidade passiva. Transporte particular de passageiros. Empresa que inseriu o aplicativo no mercado que integra a cadeia de fornecimento do serviço prestado pelo motorista, mediante remuneração. Relação de consumo caracterizada. Integrantes da cadeia de fornecimento que respondem solidariamente por prejuízos causados ao consumidor. Inteligência dos artigos 2º, 3º, 7º e 14, todos, do Código de Defesa do Consumidor. Pertinência subjetiva passiva. Illegitimidade afastada. Sentença anulada. Recurso provido” (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo - TJSP, Ap. Civ. 1023935-25.2017.8.26.0562, 38ª C.D.Priv. Rel. Des. Fernando Redondo, julg. 17.10.2018).

³⁴ A respeito dessa distinção, permita-se a remissão a Souza (2017, item 1.2).

³⁵ “A exigência de previsão legal estrita da nulidade predominou por muito tempo e apenas foi mitigada com a admissão das chamadas *nulidades virtuais*, que superam o princípio da nulidade textual, segundo a máxima da antiga jurisprudência francesa: *pas de nullité sans texte*. Assim, não se exige, para que um contrato seja nulo, que a nulidade seja prevista pela lei como consequência da violação de uma norma imperativa; basta que uma norma imperativa tenha sido violada” (GALGANO, 2002, p. 267).

³⁶ A respeito da diferença de conteúdo do princípio da legalidade no direito público e no direito privado, cf., entre muitos outros, Barroso (2006, p. 165-170).

os valores do sistema (o que se pode designar como merecimento de tutela em sentido estrito, verdadeiro estágio atual do princípio da legalidade no direito civil).³⁷

A aferição da validade de estipulações previstas nos termos e condições de plataformas de compartilhamento, portanto, dependerá de se perquirirem as concretas vulnerabilidades das partes envolvidas na relação e, em seguida, de se avaliar a compatibilidade das cláusulas contratuais com normas que, embora previstas para regerem relações de outra natureza (como as de direito do consumidor), visam a tutelar vulnerabilidades semelhantes às observadas em concreto. Subjazem a esse entendimento a perspectiva metodológica de constitucionalização do direito civil, em geral, e a conceituação ampla do princípio da legalidade, em particular,³⁸ a imprimir novos contornos à causa virtual de nulidade prevista no art. 166, VII, do Código Civil. Desse modo, onde tradicionalmente se leu “lei em sentido estrito e formal”, deve-se passar a ler “lei em sentido amplo e material”, vez que traduziria nefasto contrassenso afirmar a validade de atos que, embora adequados à legalidade formal (diante da omissão legislativa a respeito da *sharing economy*), não se revelassem compatíveis com o sistema jurídico brasileiro.

Em termos pragmáticos: se uma das hipóteses de invalidade de cláusulas contratuais previstas pelo art. 51 do CDC estiver voltada à proteção de um tipo de vulnerabilidade contratual que também se possa verificar em uma relação de economia compartilhada (seja por parte do usuário-consumidor, seja por parte do usuário-fornecedor), não parece haver óbice para que se reconheça, em perspectiva sistemática, a nulidade de cláusula que fira aquela norma, ainda que se conclua que a relação, em si considerada, não preenche os requisitos previstos pelos arts. 2º e 3º do CDC (com os acréscimos feitos pela doutrina e pela jurisprudência pátrias) para que seja considerada uma relação de consumo. Evidentemente, esse procedimento cria para o intérprete um ônus argumentativo muito mais severo, pois precisará demonstrar, pormenorizadamente, a identidade de *ratio* entre a norma (aparentemente inaplicável à relação de economia compartilhada) e a vulnerabilidade das partes concretamente consideradas. Essa responsabilidade agravada do intérprete, porém, não é uma exclusividade da matéria: na perspectiva civil-constitucional, sempre caberá ao hermeneuta completar, diante do caso concreto, as ponderações valorativas empreendidas abstratamente pelo legislador.³⁹

Nesse sentido, tem-se entendido na jurisprudência brasileira, por exemplo, que cláusulas estipuladas por plataformas de transporte compartilhado voltadas a afastar qualquer responsabilidade da plataforma por danos causados pelos motoristas aos passageiros são abusivas e, portanto, nulas.⁴⁰ Embora, em geral, tal conclusão se extraia de uma suposta natureza consumerista da relação (ensejando a incidência da previsão do art. 51, I, do CDC), a atuação da plataforma nesses casos, a rigor, não parece ser propriamente a de fornecedora de serviços de transporte, pois os motoristas não são seus prepostos. No entanto a

³⁷ Sobre a evolução do princípio da legalidade em direção ao controle da abusividade e do merecimento de tutela, cf. Souza (2014, *passim*).

³⁸ Cf. a lição de Pietro Perlingieri (2008, p. 254), de toda extensível ao direito brasileiro: “A noção de legalidade é essencial ao sistema. No nosso ordenamento, o juiz é vinculado à norma, não à letra da lei. A dificuldade está em individuar a normativa do caso concreto. O juiz deve considerar todas as possíveis circunstâncias de fato que caracterizam o caso – a situação, também econômica, dos sujeitos, a formação cultural deles, o ambiente no qual atuam – e procurar julgar, dando-lhe a resposta que o ordenamento, visto em uma perspectiva unitária, oferece”.

³⁹ Como leciona Ana Paula de Barcellos (2005, p. 154-155), o legislador prevê em abstrato ou preventivamente “[...] apenas situações-tipo de conflito (imaginadas e/ou colhidas da experiência) tanto no que diz respeito aos enunciados envolvidos, como no que toca aos aspectos de fato. Tudo isso sem que se esteja diante de um caso real. A partir das conclusões dessa ponderação preventiva, é possível formular parâmetros específicos para orientação do aplicador quando ele esteja diante dos casos concretos. Evidentemente, o aplicador estará livre para refazer a ponderação, considerando agora os elementos da hipótese real, toda vez que esses parâmetros não se mostrarem perfeitamente adequados. De toda sorte, caberá ao intérprete o ônus argumentativo de demonstrar por que o caso por ele examinado é substancialmente distinto das situações-tipo empregadas na ponderação preventiva”.

⁴⁰ Ilustrativamente: “Apelação cível. Responsabilidade civil. Uber. Legitimidade passiva. Relação de consumo. Danos materiais e morais ocasionados ao usuário do serviço. ocorrência. 1. O caso em tela versa sobre relação de consumo, pois o demandante, destinatário dos serviços ofertados pela ré, através de aplicativo, enquadra-se no conceito de consumidor descrito no artigo 2º do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, e a ré no de fornecedor, nos termos do artigo 3º do mesmo diploma legal. 2. A empresa ré é gestora de aplicativo, credenciando motoristas para prestação de serviços de transporte a terceiros, por meio de plataforma que disponibiliza aos usuários, detendo, por disposição contratual firmada, a possibilidade de rescisão imediata do contrato nos casos de descumprimento de obrigações assumidas por seus condutores parceiros, dentre as quais o atendimento escorreito aos usuários dos serviços. 3. Dessa maneira, responderá por qualquer dano que o motorista, parceiro da ré, possa ocasionar aos passageiros, daí a legitimidade passiva. Precedente. 4. Não se ovide que eventual cláusula que exclui a responsabilidade por eventuais danos ocasionados aos passageiros não produz efeito em relação a estes, dada a patente abusividade, cabendo a ré buscar eventual resarcimento diretamente com o ‘motorista parceiro’. [...]” (RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro - TJRJ, Ap. Civ. 0007726-60.2018.8.19.0205, 14ª C.C., Rel. Des. José Carlos Paes, julg. 24.7.2019).

conclusão que vem sendo alcançada pela jurisprudência revela-se adequada, pois a lógica do sistema normativo é justamente a de evitar que o estipulante, aproveitando-se da contratação por adesão e de sua superioridade técnica, econômica e jurídica em relação aos demais contratantes, logre afastar, *a priori*, qualquer responsabilidade por possíveis danos. Por outro lado, se haverá ou não responsabilidade efetiva da plataforma (uma vez afastada a cláusula de não indenizar), trata-se de questão ulterior, que deve ser decidida à luz do caso concreto: não caracterizada relação de consumo, nem atividade de risco por parte da plataforma, é possível que esta responda subjetivamente (por exemplo, pela culpa *in eligendo* em relação ao motorista, na hipótese de essa culpa restar demonstrada em concreto).

Caso se conclua pela invalidade de uma cláusula estipulada nos termos e condições de uma plataforma de compartilhamento, o vício da nulidade segue, em princípio, seu regime jurídico geral concebido pela lei. A legitimidade para alegação da invalidade, portanto, é ampla, nos termos do art. 168 do Código Civil, admitida, ainda, a cognição *ex officio* pelo julgador. No entanto é preciso interpretar a regra *cum grano salis*, pois outros valores podem prevalecer à luz do caso concreto, demandando uma modulação das consequências normalmente associadas à nulidade. Assim, como a plataforma é, em geral, a estipulante dos termos e condições, pode ser razoável rejeitar sua ilegitimidade para alegar eventual nulidade em seu favor, por incidência do princípio que veda o benefício da própria torpeza – sobretudo nos casos em que a norma que fundamenta a invalidade se volte claramente a tutelar a vulnerabilidade específica de outra parte (a quem caberá, então, preferencialmente, a alegação do vício).⁴¹

A pesquisa da vulnerabilidade concreta das partes servirá, ainda, para determinar em quais casos não se autoriza a aplicação analógica de normas invalidantes das disposições contratuais às relações de economia compartilhada. Assim, por exemplo, parece razoável considerar que, em tese, será abusiva (e, portanto, inválida) uma cláusula contratual que isente as plataformas de qualquer responsabilidade por danos causados pelo usuário-fornecedor ao usuário-consumidor. No entanto, no caso de plataformas de locação de imóveis que disponham de políticas claras de cancelamento e que alertem as partes sobre o risco, bilateral, de inadimplemento entre os usuários, não parece razoável reputar inválida a cláusula limitativa do dever de indenizar nos casos de cancelamento pelo anfitrião, como já tem decidido a jurisprudência pátria.⁴² De fato, nesse tipo de relação, o usuário-consumidor pode escolher o hospedeiro e tem, pelo próprio objeto da contratação, maior tempo de reflexão para fazer essa escolha do que, por exemplo, o passageiro em plataformas de transporte colaborativo.

Não parece assistir razão, assim, a certas decisões que consideram inválida a limitação de responsabilidade, muito menos ao argumento, por vezes adotado, de que a plataforma desenvolveria atividade de risco (art. 927, p.u. do Código Civil) ou, ainda pior, de que teria havido descumprimento de

⁴¹ Sobre a influência desses aspectos valorativos na modulação do regime geral das invalidades negociais, cf. Souza (2017, capítulo 3).

⁴² Nesse sentido: “Apelação. Consumidor. Ação indenizatória por danos materiais e morais. Autora que alega ter contratado no site da ré locação de imóvel para viagem aos estados unidos, com rompimento do ajuste, por parte do anfitrião (proprietário), apenas 4 dias antes da ida para o destino. Sentença de improcedência. Inconformismo da demandante, que apela para ver integralmente reformado o *decisum*. Razão que não lhe assiste. Cerne da presente questão que se refere acerca da responsabilidade da empresa recorrida quanto ao cancelamento da locação do imóvel contratado pela apelante, bem como se existe o dever de indenizar pelos danos materiais e morais que alega esta última terem ocorrido. Falha do serviço não verificada. Há de se ter em mente que o sítio eletrônico da suplicada funciona como uma plataforma colaborativa, onde os locadores oferecem seus imóveis, e os locatários buscam imóveis dentro de sua preferência e orçamento. Quem utiliza os serviços dos sites de intermediação para locação por temporada, sabe de antemão que há risco de inadimplemento, seja na hipótese de o hóspede não comparecer, seja no caso do locador desistir de locar seu imóvel. Adesão aos serviços de locação disponibilizados pelo sítio eletrônico que envolve também a assunção dos riscos correspondentes. Termos de uso e políticas do Airbnb que expressamente preveem a possibilidade da ocorrência de cancelamentos de reservas e a política adotada para tais casos, com ampla transparência aos locatários. Recorrida que não se esquivou de ressarcir os valores gastos com a locação cancelada. Ausência de ato ilícito por parte da demandada, não havendo dano material a ser ressarcido nem moral a ser compensado” (RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro - TJRJ, Ap. Civ. 0240946-32.2017.8.19.0001, 19ª C.C., Rel. Des. Guaraci de Campos Vianna, julg. 2.7.2019).

promessa de fato de terceiro (art. 439 do Código Civil).⁴³ Esse tipo de argumentação, de todo modo, ilustra bem a enorme insegurança jurídica que ainda cerca as relações de economia de compartilhamento, assim como o longo caminho a ser trilhado na construção de um sistema de tutela adequado a esses contratantes. Nessa tarefa, impõe-se, acima de tudo, adotar a indispensável cautela quanto aos extremos, evitando-se, tanto quanto possível, seja uma tutela deficitária da concreta vulnerabilidade das partes, seja uma tutela desmesurada e desproporcional a essa vulnerabilidade, como tantas vezes ocorreu e ocorre no âmbito de outras relações jurídicas, como as relações de consumo.

5 Conclusão

A rigor, a imprescindibilidade de se construir um sistema de tutela adequado às necessidades concretas dos contratantes não corresponde a uma exclusividade das relações de economia compartilhada. Ao contrário, a pauta mais premente do direito contratual contemporâneo parece ser, justamente, o imperativo desenvolvimento de remédios capazes de se adequarem ao tipo e ao grau da concreta vulnerabilidade das partes, amparando-se o mínimo possível em categorias abstratas e estruturais, que, por mais específicas que se pretendam (tais como o “contrato empresarial”, a “parte hipervulnerável” e outras tantas expressões que se têm popularizado em doutrina), continuam sendo ineficazes no propósito de apreenderem as necessidades concretas de contratantes reais, simplesmente multiplicando o número de categorias teóricas com as quais o intérprete já lida diariamente – e que jamais serão suficientes.

As relações de *sharing economy*, assim, inovadoras que são no meio social e econômico (e até mesmo no plano jurídico, tendo em vista sua ainda incomum estrutura plurilateral), refletem, na verdade, pelo menos duas tendências muito mais amplas do direito civil atual. No âmbito da teoria dos bens, a lógica proprietária perde, progressivamente, sua relevância, à medida que é substituída por meios mais eficazes e racionais de aproveitamento dos bens jurídicos, em um cenário no qual a titularidade de direitos reais cede espaço ao compartilhamento.⁴⁴ No campo contratual, por outro lado, a evolução social e tecnológica, ao conceber novos arranjos negociais, clama pelo desenvolvimento de instrumentos jurídicos que se prendam menos à estrutura (isto é, à categorização abstrata de contratos e/ou de contratantes) e que se voltem a permitir ao intérprete que gradue o nível de tutela a ser conferida a cada parte, de acordo com as necessidades decorrentes de sua concreta vulnerabilidade.⁴⁵

⁴³ Ilustrativamente: “Apelação – Prestação de serviços – Airbnb – Hespedagem em Nova Iorque contratada com seis meses de antecedência – Cancelamento noticiado poucos dias antes da data programada para a viagem, por desistência do anfitrião – Ação indenizatória [...] Relação de consumo – Independentemente da polêmica doutrinária e jurisprudencial em torno da natureza jurídica da relação travada entre o contratante dos serviços (hóspede) e o designado anfitrião, se de hospedagem ou de locação por temporada, é indubitável que o vínculo disso oriundo para com a plataforma de serviços, seja frente ao hóspede, seja em face do anfitrião, caracteriza típica relação de consumo, à luz do que dispõem os arts. 2º e 3º do CDC. Responsabilidade civil da plataforma de serviços – Mercado de compartilhamento. Atividade empresarial em exame para cujo êxito é indispensável que plataformas de serviço como a ré construam e preservem a respectiva reputação nesse mercado, já que a confiança no serviço é algo de fundamental importância para que o indivíduo se disponha a compartilhar o que é seu com estranhos ou a compartilhar o uso de bem ou serviço pertencente a desconhecido. Ré que, nessas condições, não atua como mera intermediadora entre o interessado na hospedagem e o anfitrião, tanto porque não se limita a aproximar os interessados, mas, muito além disso, estabelece as regras contratuais que disciplinarão a relação entre aqueles personagens, recebe os pagamentos e os retém até que tenha efetivo início a hospedagem, anuncia previamente e impõe penalidades aos contratantes faltosos etc. Por onde se conclui que a plataforma de serviços ré se apresenta e é vista pela massa consumidora como garante das relações travadas em função da correspondente intermediação. Atividade empresarial essa que, ao mesmo tempo que lhe gera polpuda remuneração, também impõe riscos ao fornecedor, [...], oriundo do cancelamento unilateral da hospedagem por parte do anfitrião. Donde a plena incidência da chamada teoria da responsabilidade pelo risco da atividade, expressa no art. 927, parágrafo único, do CC. Plataforma de serviços ré que, de toda sorte, responderia por promessa de fato de terceiro não realizado, nos exatos termos do art. 439 do CC, sem que se pudesse cogitar da escusa prevista no art. 440 do mesmo estatuto, quer por não demonstrada a ratificação da obrigação pelo terceiro, quer porque a eventual desistência do negócio, pelo terceiro, se inseriria no risco da atividade empresarial da demandada. Consequente responsabilidade civil da ré pelo ocorrido, pouco importando os motivos invocados pelos participantes da relação para o respectivo inadimplemento. Conforme ainda o microsistema consumerista, é inválida e de nenhum efeito a cláusula que intente atenuar a responsabilidade do fornecedor de serviços em situações tais (CDC, art. 51, I). [...].” (SÃO PAULO. TJSP. Ap. Civ. 1101154-11.2018.8.26.0100, 19ª C.D.Priv., Rel. Des. Ricardo Pessoa de Mello Belli, julg. 9.9.2019).

⁴⁴ A progressiva perda de importância do modelo proprietário, a rigor, consiste em uma tendência, ao menos, tão antiga quanto o debate acerca dos bens comuns. A respeito disso, cf., na doutrina italiana, Rodotà (2015).

⁴⁵ A respeito disso, permita-se a remissão a Souza (2019, *passim* e, particularmente, p. 50).

Enquanto a comunidade jurídica queda-se fascinada pela inovadora estrutura da economia do compartilhamento, o avanço tecnológico promete, novamente, subvertê-la, talvez antes mesmo de a civilística a assimilar por completo. A adoção de *smart contracts*, por meio da tecnologia de *blockchains*, tem sido defendida como uma medida necessária para o futuro desenvolvimento da economia do compartilhamento, uma vez que confere maior segurança aos pagamentos efetuados pelas partes e, até mesmo, aos dados pessoais fornecidos nas transações, ao dispensar a presença de um terceiro que opere a plataforma.⁴⁶ A tendência, afirma-se, é a de que os próprios usuários passem a controlar as plataformas de compartilhamento, com vistas a aumentar a confiabilidade destas últimas,⁴⁷ o que pode superar algumas das vulnerabilidades hoje vislumbradas nessas relações, bem como revelar outras tantas. O jurista estará tão preparado para tais mudanças quanto mais for capaz de extrair, da racionalidade dos instrumentos de tutela já conhecidos, em perspectiva sistemática e funcional, os parâmetros valorativos necessários para proteger, em concreto, a vulnerabilidade dos contratantes.

Referências

- ALEXANDRE, Marco Gaspar. **Sharing economy e blockchain**: problemas e possíveis soluções. 2018. Dissertação (Mestrado em Gestão) - Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2018.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado – direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para o inadimplemento contratual. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 87, n. 750, p. 113-120, 1998.
- BARBOZA, Heloisa Helena. Proteção dos vulneráveis na Constituição de 1988: uma questão de igualdade. In: NEVES, Thiago Ferreira Cardoso (org.). **Direito & justiça social**: por uma sociedade mais justa, livre e solidária. Estudos em homenagem ao Professor Sylvio Capanema de Souza. São Paulo: Atlas, 2013. p. 103-117.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- BARROSO, Luís Roberto. Apontamentos sobre o princípio da legalidade. In: BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t. 1, p. 165-188.
- BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- BODIN DE MORAES, Maria Celina. O jovem direito civil-constitucional. **Civilistica.com**, Rio de Janeiro, ano 1, n. 1, p. 1-4, 2012.
- BOGNER, Andreas; CHANSON, Mathieu. A Decentralised Sharing App running a Smart Contract on the Ethereum Blockchain. In: IoT'16: International Conference on the Internet, 6, 2016, Stuttgart. **Annals [...]**. New York: Association for Computing Machinery, 2016. p. 177-178.
- BOTSMAN, R. The Sharing Economy Lacks a Shared Definition. **Co-Exist Magazine**, [S.l.], 21 ago. 2013. Disponível em: <https://www.fastcompany.com/3022028/the-sharing-economy-lacks-a-shared-definition>. Acesso em: 4 fev. 2020.
- BUSCH, Christoph et al. The Rise of the Platform Economy: a new challenge for EU consumer law? **EuCML Journal of European Consumer and Market Law**, München, v. 5, n. 1, p. 3-10, feb. 2016.

⁴⁶ Entre diversos outros estudos, cf. Alexandre (2018, p. 52 e ss).

⁴⁷ Por todos, cf. Bogner e Chanson (2016, *passim*).

- CARVALHO, Joana Campos. A proteção dos consumidores na *sharing economy*. In: ALMEIDA, Carlos Ferreira de et al (ed.). **Estudos de direito do consumo:** homenagem a Manuel Cabeçadas Ataíde Ferreira. Nova Lisboa: Deco, 2016. p. 294-309.
- FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil:** sentidos, transformações e fim. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.
- GALGANO, Francesco. **Il negozio giuridico.** Milano: Giuffrè, 2002. (Trattato di diritto civile e commerciale).
- KONDER, Carlos Nelson. Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial: por um sistema diferenciador. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 24, n. 99, p. 101-123, maio/jun. 2015.
- KONDER, Carlos Nelson; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; TERRA, Aline de Miranda Valverde. Boa-fé, função social e equilíbrio contratual: reflexões a partir de alguns dados empíricos. In: KONDER, Carlos Nelson; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; TERRA, Aline de Miranda Valverde (coord.). **Princípios contratuais aplicados:** boa-fé, função social e equilíbrio contratual à luz da jurisprudência. São Paulo: Foco, 2019. p. 1-24.
- KONDER, Carlos Nelson; MULHOLLAND, Caitlin; NEGREIROS, Teresa. Contrato. In: ARNAUD, André-Jean; JUNQUEIRA, Eliane Botelho (org.). **Dicionário da globalização - Direito - Ciência Política.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 89-91.
- MARQUES, Claudia Lima. Algumas observações sobre a pessoa no mercado e a proteção dos vulneráveis no direito privado brasileiro. In: GRUDMANN, Stefan et al. (org.). **Direito privado, Constituição e fronteiras:** encontros da associação luso-alemã de juristas do Brasil. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 287-331.
- MARQUES, Claudia 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**, São Paulo, v. 26, n. 111, p. 247-268, maio/jun. 2017.
- MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. Economia do compartilhamento deve respeitar os direitos do consumidor. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 23 dez. 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br>. Acesso em: 4 fev. 2020.
- MELLER-HANNICH, Caroline. Economia compartilhada e proteção do consumidor. Tradução: Ardyllis Soares. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 25, n. 105, p. 19-31, maio/jun. 2016.
- MELLER-HANNICH, Caroline. Zu einigen rechtlichen Aspekten der „Share-Economy“. **WM Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht**, München, v. 65, n. 50, p. 2337-2345, 2014.
- MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor.** 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de Defesa do Consumidor:** o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato:** novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil:** contratos. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 3.
- PERLINGIERI, Pietro. Applicazione e controllo nell'interpretazione giuridica. **Rivista di Diritto Civile**, Padova, ano 56, n. 1, p. 317-342, jan./fev. 2010.
- PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- RODOTÀ, Stefano. Mondo delle persone, mondo dei beni. In: RODOTÀ, Stefano. **Il diritto di avere diritti.** Roma: Laterza, 2015. p. 105-139.
- SCHOR, Juliet. Debatendo a economia do compartilhamento. In: ZANATTA, R.; PAULA, P.; KIRA, B. (org.). **Economias do compartilhamento e o direito.** Curitiba: Juruá, 2017. p. 21-40.
- SCHREIBER, Anderson. Contratos eletrônicos no direito brasileiro: formação dos contratos eletrônicos e direito de arrependimento. In: MELGARÉ, Plínio (org.). **O direito das obrigações na contemporaneidade:** estudos em homenagem ao Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 41-60.

SMORTO, Guido. La tutela del contraente debole nella *platform economy*. **Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali**, Milano, v. 39, n. 158, p. 423-443, 2018.

SMORTO, Guido. Verso la disciplina giuridica della sharing economy. **Mercato concorrenza regole**, Bologna, ano 17, n. 2, p. 245-278, ago. 2015.

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

SOUZA, Eduardo Nunes de. De volta à causa contratual: aplicações da função negocial nas invalidades e nas vicissitudes supervenientes do contrato. **Civilistica.com**, Rio de Janeiro, ano 8, n. 2, p. 1-53, 2019.

SOUZA, Eduardo Nunes de. Merecimento de tutela: a nova fronteira da legalidade no direito civil. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 58, p. 75-107, abr./jun. 2014.

SOUZA, Eduardo Nunes de. Situações jurídicas subjetivas: aspectos controversos. **Civilistica.com**, Rio de Janeiro, ano 4, n. 1, p. 1-26, 2015.

SOUZA, Eduardo Nunes de. **Teoria geral das invalidades do negócio jurídico**: nulidade e anulabilidade no direito civil contemporâneo. São Paulo: Almedina, 2017.

TEPEDINO, Gustavo. Direito civil e ordem pública na legalidade constitucional. **Boletim Científico da ESMPU**, Brasília, ano 4, n. 17, p. 223-235, out./dez. 2005.

VERBICARO, Dennis; PEDROSA, Nicolas. O impacto da economia de compartilhamento na sociedade de consumo e seus desafios regulatórios. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 26, n. 113, p. 457-482, set./out. 2017.

ZANATTA, Rafael. Economias do compartilhamento: superando um problema conceitual. In: ZANATTA, R.; PAULA, P.; KIRA, B. (org.). **Economias do compartilhamento e o Direito**. Curitiba: Juruá, 2017. p. 79-106.

Recebido em: 25/04/2020

Aprovado em: 02/06/2020