

PARECER

A Doutora Mayte Ximenes, Senior Legal Counsel de Airbnb Serviços Digitais Ltda. (“Airbnb” ou “Consulente”), honrou-me com a solicitação de parecer jurídico versando sobre recentes regras restritivas, emanadas por condomínios edilícios, à locação por temporada por meio do Airbnb, plataforma *online* de promoção do uso temporário de imóveis. Mais especificamente, o parecer solicitado tem como pano de fundo a discussão, hoje travada em diversos processos judiciais, acerca da juridicidade da



proibição de tais locação, ou de regras limitativas a essas locações por condomínios edilícios.

A esclarecedora consulta possui um claro e estruturado histórico dos fatos que aqui, para fins de precisão, transcrevo:

“INTRODUÇÃO

1. O Airbnb é uma plataforma *online* por meio da qual é possível descobrir e reservar acomodações únicas em diversos lugares do mundo. Estando disponível em mais de 81 mil cidades e 191 países em todos os continentes, o conceito da plataforma é simples: qualquer pessoa pode cadastrar um espaço ocioso do seu imóvel na plataforma – seja um sofá, um quarto ou a casa inteira –, determinando todos os detalhes do anúncio e as condições da locação. Esses locadores dos espaços são chamados pela plataforma de anfitriões (*hosts*).

2. As pessoas eventualmente interessadas na locação, chamadas pela plataforma de hóspedes (*guests*), têm a possibilidade de entrar em contato diretamente com o locador, por meio das ferramentas disponibilizadas pela plataforma (*chats online*) e, após confirmação da reserva do espaço, realizam o pagamento do preço acordado por meio da plataforma.

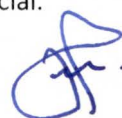
3. Por meio de seu modelo de negócio, o Airbnb visa fomentar (i) a economia compartilhada, empoderando economicamente os anfitriões, agregando renda extra a seus orçamentos; (ii) o turismo sustentável, possibilitando viagens autênticas, diversificadas e inclusivas; e (iii) o sentimento de pertencimento, democratizando as viagens e conectando viajantes de todo o mundo às comunidades locais.



4. Ocorre que algumas administradoras condominiais e/ou síndicos vêm realizando diversas investidas¹ com o intuito de proibir o aluguel por temporada de unidades residenciais – ou restringir a sua disponibilidade (ex: obrigando períodos mínimos para locação; determinando horários de entrada e saída desses locatários etc. – condições essas que, vale ressaltar, na maioria das vezes não são impostas a contratos de locação em outras modalidades), alegando uma série de problemas que essa atividade supostamente causa, tais como, alegadamente: (i) desgaste das áreas comuns do empreendimento imobiliário; (ii) falta de segurança dos moradores do condomínio, (iii) desvio de utilização da propriedade de fins residenciais para fins comerciais, (iv) perturbação do sossego dos condôminos, dentre outros motivos.

5. Esses conflitos, muitas vezes, têm sido levados ao Judiciário, com decisões bastante diversas, alegando-se, principalmente que: 1) as locações feitas por meio de plataformas *online* transformam a acomodação em meio de hospedagem (hotelaria), regulada pela Lei Geral do Turismo, e que, portanto, configuram um desvirtuamento do propósito residencial do condomínio, o que é proibido; e/ou 2) a atividade dos proprietários dos imóveis realizada por meio dessas plataformas corresponde à exploração de atividade econômica daquela unidade habitacional, que também descaracteriza sua finalidade meramente residencial, e é proibida; 3) as Convenções e Assembleias Condominiais são soberanas para decidir sobre as formas de locação das unidades, sendo lícito criar regulamentação para limitá-las ou proibi-las.”

¹ Essas investidas vêm ocorrendo tanto na via administrativa, com a criação de regulamentos e alterações nas convenções do condomínio, quanto na via judicial.



Ainda segundo relata a Consulente, há, hoje, diversos processos judiciais referentes a atos restritivos de condomínios em relação à possibilidade de proprietários de unidades autônomas locarem seus imóveis por meio da plataforma Airbnb ou de sistemas semelhantes. Os modos de restrição variam significativamente, entre os quais se podem citar:

- (a) a proibição da locação por temporada, em geral, ou via aplicativos, em particular;
- (b) a imposição de período mínimo obrigatório de estadia para os locatários do aluguel por temporada;
- (c) a limitação de número de habitantes da unidade, no contexto do contrato de locação por temporada;
- (d) a cobrança de taxa condominial extra para proprietários que disponibilizam sua unidade para locação por temporada, em geral, ou via aplicativo, em particular;
- (e) a formulação de exigências burocráticas que visam a dificultar ou impossibilitar a locação por temporada por meio da plataforma (p. ex., a exigência de entrega de documentos autenticados do locatário com determinada antecedência);
- (f) a limitação de acesso de locatários de aluguel por temporada a áreas comuns do condomínio.

Em essência, questiona a Consulente se medidas constrictivas ao uso da propriedade, como as referidas acima, seriam acolhidas pelo Direito brasileiro. Para mais claramente concretizar suas questões, a Consulente formula os seguintes quesitos:



- (i) Se fosse aplicável o Direito brasileiro para qualificar as relações contratuais existentes entre o Airbnb e seus usuários, assim como entre os usuários do Airbnb entre si, quais seriam essas relações contratuais? Seriam elas típicas ou atípicas?
- (ii) Considerado especificamente o contrato celebrado pelos usuários entre si para a utilização temporária de um imóvel, seria este contrato de locação ou de hospedagem? Por quê?
- (iii) Podem os condomínios vedar a utilização por terceiros de imóveis de seus condôminos? Se sim, sob qual fundamento?
- (iv) São lícitas as medidas que, apesar de não vedarem a contratação, restringem a utilização de áreas condominiais para aqueles que contratam o uso temporário de imóveis por meio da plataforma Airbnb e/ou de outras semelhantes?
- (v) A existência de lei federal que autoriza, sem restrições, a locação de imóveis urbanos para temporada é um critério de avaliação da juridicidade dos contratos celebrados por meio da plataforma Airbnb?

Com base nos fatos narrados e no Direito aplicável, passo a responder à consulta.

No entanto, antes disso e para facilitar a compreensão do quanto a seguir será exposto, apresenta-se o índice dos tópicos abaixo desenvolvidos:



I FUNDAMENTAÇÃO	7
A. O CENÁRIO DAS INTERAÇÕES E SEUS REFLEXOS JURÍDICOS: AS DISTINTAS RELAÇÕES CONTRATUAIS TRAVADAS A PARTIR DA PLATAFORMA AIRBNB	8
1. O cenário.....	9
a. Os chamados “mercados de dois lados” e seus contratos	9
b. As plataformas <i>online</i>	14
c. Conclusões parciais	17
2. Os contratos.....	18
a. Contrato entre Airbnb e aqueles que oferecem seus imóveis para uso temporário	20
aa. <i>Características do contrato</i>	20
bb. <i>Natureza jurídica</i>	25
b. Contrato entre Airbnb e aqueles que buscam obter imóveis para uso temporário	29
aa. <i>Características do contrato</i>	30
bb. <i>Natureza jurídica</i>	33
c. Contrato entre usuários do Airbnb entre si	33
aa. <i>Características do contrato</i>	34
bb. <i>Natureza jurídica</i>	36
d. Conclusões parciais	48
B. A POSSIBILIDADE DOS CONDOMÍNIOS VEDAREM A CELEBRAÇÃO DESSES CONTRATOS.....	49
1. Condições ao direito de propriedade: limitações e restrições	53
2. Limitações ao direito de propriedade: a possibilidade de locar no caso concreto	55
a. As limitações ao direito de propriedade.....	56
b. A inaplicabilidade das limitações	62
3. Restrições ao direito de propriedade: a possibilidade de locar no caso concreto	67
a. As restrições ao direito de propriedade	67
b. A inaplicabilidade das restrições	69
II RESPOSTA AOS QUESITOS	79

I

FUNDAMENTAÇÃO

1. O tema sob análise, considerado em sua globalidade, abre ensejo a uma miríade de questões jurídicas que se estendem do Direito Constitucional ao Direito Registral, passando pelo Direito Administrativo e pelo Direito Civil. Não cabe, nos limites deste parecer, abordar todas essas perspectivas, mas sim se centrar naqueles pontos principais que o Direito Civil – base sobre a qual se estruturam as relações jurídicas de propriedade, as destinadas à circulação e ao uso dos bens, bem como às relações de troca em geral – tem algo a dizer². Nesta seara, dois elementos ganham relevância para a correta compreensão e enquadramento do tema: a natureza da relação jurídica estabelecida entre as partes envolvidas e a competência dos condomínios edilícios para regular o uso das unidades imobiliárias que os compõem, tendo em conta, exatamente, a natureza das relações negociais travadas.³

² O Direito Civil, obviamente, não corresponde a uma ilha em relação ao restante do ordenamento jurídico e, por esta razão, algumas conexões entre os temas de Direito Civil tratados no presente parecer e temas pertencentes a outras áreas do Direito brasileiro serão discutidas ao longo do texto. A referência feita acima diz respeito ao enfoque, ou ao ponto de vista, em que o objeto de análise será abordado.

³ Os condomínios, no Brasil, não possuem personalidade jurídica, mas tão somente personalidade judiciária. No presente parecer, apenas para facilitar a comunicação, argumentar-se-á por elipse. A referência direta ao “condomínio deliberou”, por exemplo, substituirá expressões mais alongadas, como “os condôminos, por maioria, deliberaram”. Nesse sentido, o termo “condomínio” será utilizado como se fosse um ser dotado de personalidade jurídica, o que, sabe-se, não é o caso.



2. Diante disso, a primeira parte do presente parecer se voltará aos distintos contratos envolvidos nas operações de uso temporário dos imóveis localizados em condomínios, passando a segunda parte a se dedicar às limitações e restrições ao direito de propriedade e à competência condominial para estabelecer tais limitações ou restrições.

A.

**O CENÁRIO DAS INTERAÇÕES E SEUS REFLEXOS JURÍDICOS: AS DISTINTAS RELAÇÕES
CONTRATUAIS TRAVADAS A PARTIR DA PLATAFORMA AIRBNB**

3. O tema ora enfrentado é fruto da modernidade e da inovação que naturalmente acompanham o desenvolvimento humano. O enfrentamento jurídico de questões novas, ou mesmo de novos campos de atuação humana não é, no entanto, nenhuma novidade para a atividade do jurista. Ao contrário, nossa história revela uma sucessão interminável de análises jurídicas de novos temas, de novas relações, de interações antes desconhecidas. Em tais situações, cabe ao jurista bem compreender o fenômeno que se põe a sua frente e interpretá-lo à luz das categorias jurídicas existentes e desenvolvidas, exatamente, ao longo de uma história em que as inovações, alterações e revoluções foram e são uma constante. O novo, em si, é o cenário. Ao menos a princípio, as categorias jurídicas que lançam luz sobre esse cenário para bem interpretá-lo não o são.

4. Dois elementos que compõem esse novo cenário sobre o qual se desenvolvem as interações jurídicas em plataformas similares à oferecida pela Consulente devem ser aqui explicitadas, para que a sua interpretação se torne mais nítida. A primeira é a compreensão econômica dos negócios



que, à similitude da plataforma Airbnb, servem de exemplo àquilo que os economistas mais recentemente passaram a estudar sob a terminologia de “mercados de dois lados” (*two-sided markets*). A segunda já é mais conhecida juridicamente, mas, por ser fruto da inovação tecnológica, ainda demanda maiores explicitações. Trata-se da compreensão do fenômeno das plataformas *online* para venda de produtos ou serviços.

5. Assim, antes de abordar as distintas interações contratuais realizadas no cenário sob análise, cabe realizar alguns esclarecimentos explicativos sobre essas duas particularidades. Como se verá, ambas conduzem a uma mesma e relevante conclusão que aqui já se antecipa: no modelo de negócio em que se envolve a plataforma Airbnb, são diversos os contratos que acabam por ser celebrados, cada um deles mantendo a suas respectivas individualidades.

1. O cenário

6. Inicia-se com a descrição dos chamados “mercados de dois lados” para, depois, abordar-se as plataformas *online*.

a. Os chamados “mercados de dois lados” e seus contratos

7. Os “mercados de dois lados” correspondem a uma parcela da atividade econômica que passou a ser estudada de modo sistemático mais recentemente pelos economistas. Em síntese e de um modo didático, pode-se dizer que mercados de dois lados são os que envolvem aquelas atividades que não se voltam a apenas um dos lados de uma operação econômica – por exemplo, uma assessoria prestada ao vendedor ou ao comprador –, mas, sim, que criam um ou vários ambientes destinados a estabelecer a interação



entre os usuários de um dado sistema. Com isso, os prestadores de atividades relacionadas aos mercados de dois lados não só obtêm suas remunerações dos diversos “lados” envolvidos, como também possibilitam estabelecer remunerações diferenciadas de cada um desses lados de modo a incentivar a atividade como um todo. O objetivo perseguido pressupõe ganhos em rede e, não, ganhos particularizados em cada operação realizada.

8. Nas palavras de Jean-Charles Rochet e Jean Tirole, este detentor do Prêmio Nobel de Economia recebido também por suas contribuições para esse ramo de estudo econômicos:

“Os mercados de dois lados (ou, mais genericamente, de múltiplos lados) são definidos de modo aproximado como mercados nos quais uma ou várias plataformas permitem interações entre usuários finais e tentam manter os dois (ou múltiplos) lados atuantes, cobrando adequadamente cada lado.”⁴

9. Exemplos desses mercados encontram-se em plataformas de jogos de videogames, em periódicos publicáveis, como revistas, em sistemas de pagamento por cartões de crédito, entre outros.⁵ No caso das plataformas de vídeo games, como Nintendo, X-Box etc., as empresas que exploram esses jogos precisam ter, de um lado, jogadores interessados em

⁴ Tradução livre de: “Two-sided (or more generally multi-sided) markets are roughly defined as markets in which one or several platforms enable interactions between end-users, and try to get the two (or multiple) sides “on board” by appropriately charging each side.” Cf. ROCHET, Jean-Charles; TIROLE, Jean. Two-Sided Markets: A Progress Report. *The Rand Journal of Economics*, v. 37, n. 3, 2006, pp. 645-667, p. 645.

⁵ Cf. ROCHET, Jean-Charles; TIROLE, Jean. Two-Sided Markets, cit., loc. cit. Esses exemplos também são citados por PAIXÃO, Ricardo F.; D’ALVARENGA, Marcelo C. R. Deschamps; SILVEIRA, José Augusto G. da. Mercados de dois lados. *GV Executivo*, v. 5, n. 1, fev./abr. 2006, pp. 25-29.



jogar mas também, de outro lado, criadores de jogos. Se estes não produzirem novidades e/ou melhorarem os modelos antigos, cairá o interesse dos jogadores. Por sua vez, a inexistência de jogadores acabará com a atividade dos criadores de jogos. Assim, as empresas dedicadas a produzir plataformas de vídeo game têm de atuar junto a esses dois lados, vinculando a atividade de um dos polos à do outro. Sem essa interação, ambos perderão.

10. Da mesma forma, uma publicação semanal, uma revista, por exemplo, depende, para se tornar viável, de um lado, de anunciantes e, de outro, de adquirentes-leitores. Parte do custo da publicação é bancada pelos anunciantes e, parte, pelos leitores. Por sua vez, os anunciantes só se interessam pela publicação na medida em que esta consegue atingir certo público e, este, por outro lado, só comprará a revista se esta envolver um custo aceitável, que provavelmente é inferior ao custo de produção daquela revista. Assim, um lado – o dos anunciantes – acaba por provocar um benefício ao outro lado – o dos adquirentes-leitores – já que é a sua atividade que permite a venda dos exemplares por valores inferiores ao custo correspondente. O anunciante não aceita essa condição senão pelo fato de que, para ele, o seu anúncio será mais efetivo quanto maior for o público atingido. Revista, anunciante e leitor envolvem-se em uma rede, na qual os interesses de ambos os lados serão tão mais atendidos quanto mais efetiva for a estratégia de propagação da publicação.

11. O caso dos cartões de crédito é ainda mais nítido. O modelo só funciona se, de um lado, houver uma rede de fornecedores que aceita receber os pagamentos com tais cartões, e se, do outro, houver



consumidores portadores desses cartões. A qualidade e a eficácia do modelo, por sua vez, pressupõe que sejam incluídos cada vez mais fornecedores e consumidores. Em outras palavras, um maior grau de benesses para todos depende do desenvolvimento dos dois lados e não apenas de um deles. Quanto maior for a rede, envolvendo os dois lados do mercado, melhor funcionará todo o sistema.

12. Disso não decorre que o cartão de crédito, ou que mídias impressas, ou que consoles para jogos eletrônicos correspondam a *uma espécie contratual*. Ao contrário, o pressuposto é exatamente o oposto. Esses modelos só funcionam na medida em que diversos – e *distintos* – contratos são celebrados. O contrato da administradora de cartão de crédito com o estabelecimento fornecedor é um, e, outro, o contrato entre a administradora e o consumidor. O contrato de publicidade, celebrado entre a revista e o anunciante, é um, e, outro, o contrato de venda da revista ao consumidor. O contrato celebrado entre a fornecedora de jogos e os produtores de jogos é um, e, outro, totalmente distinto, o contrato de licença desses jogos.

13. Cada um desses contratos goza de sua individualidade, e esta individualidade não é afetada pela necessidade de o sistema, visto em sua globalidade, demandar a presença de um outro contrato. O anunciante da revista celebra com a publicação um contrato de publicidade, cujas regras e efeitos são regrados neste contrato. O anunciante, sem dúvida, beneficiar-se-á de um maior número de adquirentes, mas os termos do seu contrato, a existência, a validade e a eficácia deste não dependerá dos contratos de venda das revistas celebrados com os consumidores. Da mesma forma,



aquele consumidor que possui com a revista um contrato de assinatura não terá o seu contrato *juridicamente* afetado se houver mais ou menos anunciantes.

14. O mesmo vale para as situações em que tais mercados de dois lados provocam a interação dos usuários finais do modelo, ou seja, quando as duas pontas celebram contratos entre si. Quando, por exemplo, um consumidor vai à loja e paga com cartão de crédito, o seu contrato com a loja segue sendo de compra e venda e terá como partes ele, consumidor, e a loja. Não há uma transformação da natureza jurídica do contrato pelo fato de ter havido pagamento por meio de cartão. Cada um dos contratos conserva a sua individualidade, a sua natureza jurídica, a sua tipicidade, conquanto participem daquilo que já se chamou de “sistema contratual” de cartão de crédito.⁶

15. Desse modo, cada contrato celebrado, mesmo em mercados de dois lados, deve ser interpretado e compreendido a partir de sua lógica interna, ou seja, a partir de sua autonomia conceitual e de sua tipicidade. O modelo nos quais eles se inserem é *plus, plus* esse que tende a ser relevante na interpretação dos contratos envolvidos. Porém, tal relevância não chega ao ponto de atingir a natureza desses contratos. Não fosse assim, todo o modelo ruiria pela perda dos seus elementos estruturais. As peças do xadrez

⁶ Assim se manifesta Gerson Luiz C. Branco em monografia dedicada ao tema: “O cartão de crédito é um sistema contratual que não pode ser denominado meramente contrato, pois constitui um conjunto de relações distintas entre si, necessárias para o funcionamento do todo. Todas as relações jurídicas que integram o sistema são formadas a partir de negócios jurídicos bilaterais, contratos independentes entre si.” BRANCO, Gerson Luiz C. *O sistema contratual do cartão de crédito*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 84.



não perdem as suas respectivas individualidades por participarem de um mesmo jogo e trabalharem para um mesmo objetivo. O cavalo segue sendo um cavalo e conservando o seu movimento, que não se confunde com o do bispo ou o da torre.

b. As plataformas online

16. Plataformas online são frequentemente referidas pelo termo genérico de “*marketplace*”, utilizado para definir toda e qualquer plataforma *online* destinada a facilitar a aproximação de usuários, visando a permitir que eles próprios transacionem diretamente entre si. Em geral, essas plataformas têm em comum o oferecimento de certas vantagens aos participantes, como mecanismos amplos de divulgação, meios seguros de pagamento, certos controles sobre os participantes baseados em suas condutas pretéritas etc.⁷ De um ponto de vista mais estrito, porém, podem-se identificar espécies distintas dessas plataformas. Algumas, além de conectarem interessados terceiros, também vendem seus produtos ou oferecem os seus serviços. Outras concentram-se em conectar terceiros, para que estes celebrem seus contratos, sem intervenção direta da plataforma. Este é o caso da plataforma Airbnb. Nesta modalidade, as

⁷ Cf. SANTOS, Manoel J. Pereira dos. Responsabilidade civil dos provedores de conteúdo pelas transações comerciais eletrônicas. In: _____; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Responsabilidade civil na Internet e nos demais meios de comunicação*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 136, que assim define *marketplace*: “(...) portal que oferece facilidades para a comercialização, com formas de divulgação, mecanismos seguros de pagamento, espaço para ofertas e garantia de grande volume de visitantes. De acordo com o procedimento típico, os lojistas são cadastrados pelo provedor e anunciam seus produtos e serviços, podendo os usuários adquirir os produtos e serviços online. O portal cobra do fornecedor taxa fixa e/ou comissão sobre negócios realizados”.



plataformas cobram um valor de ambas as partes ou de só uma delas, desde que seja celebrado o contrato entre elas.

17. Nessa modalidade de negócio *online*, a detentora da plataforma oferta espaço para anúncio em seus *websites*, para que os usuários cadastrados ofereçam vantagens (bens, utilidades, produtos, serviços etc.) a outros usuários interessados em obter tais bens, utilidades, produtos, serviços etc. Essas plataformas podem ser comparadas a um grande *shopping center* na Internet, pois reúnem diversos interessados em fornecer produtos ou serviços (que atuam como espécies de “lojas” do *shopping virtual*) e que, para tanto, se valem da confiabilidade, estrutura e capilaridade da plataforma *online* para oferecer aquilo que pretendem, dando aos usuários que buscam esses produtos ou serviços (e que fazem as vezes de frequentadores dos *shoppings centers*) o conforto de encontrar uma gama de ofertas dentro de um mesmo lugar.⁸

18. Tal como ocorre em *shopping centers*, salvo exceções, as plataformas *online* não comercializam produtos e serviços próprios, apenas oferecem um ambiente seguro e com alto volume de acessos para facilitar a conexão e as transações dos seus usuários entre si. É comum, para tanto, que a plataforma conte com mecanismos de identificação de usuários, prevenção de fraudes, proteção de dados, coleta e processamento de pagamentos, ou seja, uma gama de facilidades aptas a permitir que os

⁸ GMACH, Deomar Adriano. Marketplace: contornos jurídicos e a responsabilidade civil nos acidentes de consumo. *Revista dos Tribunais*, vol. 995/2018, Set / 2018. p. 261-283.



usuários possam concluir, com certo grau de segurança, as suas transações particulares.

19. A empresa que gerencia a plataforma *online* não participa nos negócios concluídos entre os usuários. Sua função precípua encontra-se no fornecimento de infraestrutura, de um ambiente que permite que as partes interessadas em negócios particulares consigam celebrá-los por si mesmas.⁹ As plataformas não negociam, não determinam preços, não regem os contratos, mas limitam-se a dar as bases para que os negócios se realizem de um modo minimamente confiável, estabelecendo inclusive, para tanto, certas garantias às partes.

20. Por certo, para que os usuários possam se valer das plataformas *online* e, assim, gozar das suas vantagens, há regras cuja observância é exigida pelas empresas que gerenciam as plataformas de seus usuários. Essas regras são exatamente a base estruturada da confiança mínima gerada pelo sistema e por ele pressuposta. São elas que visam a garantir que o sistema funcione e promova as devidas remunerações de parte a parte. A adesão a essas regras não é cogente, mas pressupõe a decisão dos usuários de utilizar a específica plataforma *online*. Trata-se, portanto, de um ônus livremente assumido pelo usuário para fins de uso da plataforma. Tal como ocorre em outros sistemas não-virtuais, quem intenciona se valer da plataforma *online* tem de aceitar certas regras básicas, como é o caso, nos

⁹ MARTINS, Guilherme Magalhães. *Contratos eletrônicos de consumo*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 160.



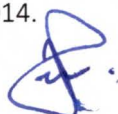
shopping centers, de horários específicos, locais de estacionamento, locais próprios de alimentação e de descanso e assim sucessivamente.

21. Também em plataformas *online*, distintos contratos são celebrados, cada um mantendo as suas respectivas individualidades e tipicidade próprias. Regra geral, haverá ao menos três distintos contratos decorrentes do uso de plataformas *online*: (i.) o da plataforma com o usuário-anunciante do produto ou do serviço; (ii.) o da plataforma com o usuário-adquirente e (iii.) os contratos celebrados entre os usuários-anunciantes e os usuários-adquirentes.¹⁰ Três contratos independentes e individualizados, com partes distintas e distintos objetos, ainda que digam respeito a um mesmo ambiente de negócios.

c. Conclusões parciais

22. Seja no caso dos chamados “mercados de dois lados”, seja no caso de utilização de plataformas *online*, uma mesma realidade contratual é observada: os contratos que viabilizam a concretização dessas novas realidades não se alteram em suas individualidades, não deixam de ser contratos particularizados, com partes distintas e regras próprias. Não se transformam em contratos atípicos e tampouco se dissolvem em uma mesma natureza. Ainda que a realidade dos “mercados de dois lados” ou a das plataformas *online* possa ensejar consequências no campo interpretativo e, inclusive, conexões contratuais, disso não decorre que

¹⁰ Nesse sentido, cf. NERY JR., Nelson. Plataforma eletrônica de vendas. Natureza jurídica de prestação de serviços. In: NERY JR., Nelson. *Soluções Práticas de Direito*, vol. 6/2014, p. 653-704. Set /2014.



esses contratos deixem de gozar de tipicidade própria e de ser interpretados a partir das suas individualidades intrínsecas.

23. Confundir os contratos entre si ou mesclar as suas identidades, pelo fato de participarem de novos ambientes, corresponde a grave erro jurídico. Equivaleria à aceitação da indistinção entre o cenário (que é novo) com as categorias jurídicas (que são tradicionais) e que serviram, ao longo dos séculos, exatamente para organizar os ambientes de transformação. A novação, a prescrição, a compra e venda ou a locação não perderam as suas individualidades conceituais pelo fato de terem havido profundas alterações sociais ao longo dos séculos.

24. Não se há de confundir a novidade do cenário com a novidade das categorias jurídicas aplicáveis para a análise desse cenário. Estas só serão distintas se o cenário envolver particularidades tão relevantes que as categorias existentes não mais deem conta de atender às respectivas demandas. Aí sim, uma nova categoria se fará necessária.

25. Para o que aqui importa, cabe verificar os contratos que são celebrados em decorrência de plataformas *online* destinadas à contratação de uso de unidades habitacionais em condomínios, notadamente edifícios, bem como se o uso dessas plataformas *online* tem o condão de gerar, nesses contratos, desvirtuamento do tipo específico, fazendo-se necessária a criação de algo novo.

2. Os contratos

26. Como visto acima, três são os contratos envolvidos: (i) entre o Airbnb e os usuários que intencionam disponibilizar seus imóveis; (ii) entre

o Airbnb e os usuários que intencionam obter imóveis para uso temporário e (iii) entre os usuários entre si. Cada um desses contratos será analisado individualmente.

27. Antes de abordá-los, porém, fundamental realizar um esclarecimento prévio. Os contratos entre os usuários e o Airbnb serão aqui qualificados à luz do Direito brasileiro, exclusivamente para fins didáticos, vale dizer, com o intuito de melhor compreensão da distinção entre eles. Essa qualificação, no entanto, não é juridicamente correta, dado que, aos contratos entre Airbnb e os seus usuários, aplica-se o Direito irlandês. O *website* do Airbnb deixa explícita tal circunstância¹¹ e ela, por sua vez, respeita o determinado pelo Direito Internacional Privado brasileiro, nos termos do art. 9º, § 2º, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Apenas ao contrato celebrado entre os usuários entre si é que o Direito brasileiro é aplicável, tanto para qualificar quanto para reger a relação, já que, nessa hipótese, trata-se de contrato doméstico.

¹¹ Nesse sentido, declara o *website* do Airbnb: Se o seu país de residência ou estabelecimento não for os Estados Unidos, a República Popular da China (que, para os fins destes Termos, não inclui Hong Kong, Macau e Taiwan) (doravante “China”), ou o Japão, e o Espaço Econômico Europeu, você está estabelecendo um contrato com a Airbnb Ireland UC (“Airbnb Ireland”), The Watermarque Building, South Lotts Road, Ringsend, Dublin 4, Ireland. (Cf. <https://www.airbnb.com.br/terms>). Além disso, ao tecer esclarecimentos sobre a sociedade brasileira, o mesmo website informa: **“Informações sobre a empresa Airbnb Serviços Digitais Ltda.** Informamos que a empresa AIRBNB SERVIÇOS DIGITAIS LTDA., pessoa jurídica de direito privado, com sede na Capital do Estado de São Paulo, na Rua Aspícueta, 422, 5º andar, Cjs. 51-A, 52-A e 53-A, Condomínio Mix 422, Bairro Vila Madalena, e inscrita no CNPJ/MF sob o nº 14.546.674/0001-09, é uma empresa de Marketing Digital e não é parte no contrato celebrado com os usuários para uso da Plataforma Airbnb (site, aplicativo e serviços). A atividade de plataforma é realizada pelo Airbnb Irlanda, conforme informado nos Termos de Uso. (Cf. <https://www.airbnb.com.br/about/company-details> - sublinhou-se).



a. Contrato entre Airbnb e aqueles que oferecem seus imóveis para uso temporário

28. Como se extrai da análise das particularidades desse negócio jurídico, trata-se de um contrato de prestação de serviços em sentido estrito. Seu perfil deve ser compreendido a partir das suas características próprias, para o que a nomenclatura utilizada pela plataforma, tendo em vista o seu alcance global, não é, necessariamente, um indicativo suficiente.

aa. *Características do contrato*

29. Os contratos entre a plataforma Airbnb e aqueles que oferecem seus imóveis para uso temporário são delimitados e regidos pelos termos gerais de uso da respectiva plataforma¹², disponíveis na rede mundial de computadores, a Internet. Esses termos gerais de uso, por sua vez, não são separados para cada espécie de contrato existente, mas possuem abrangência geral, tratando – ao menos em uma primeira análise – indistintamente quaisquer usuários da plataforma. Com um pouco mais de atenção, porém, podem-se observar as características que envolvem o perfil de cada um desses contratos.

30. Conforme se identifica desses termos gerais de uso, qualquer usuário *cadastrado* pode criar um anúncio de uma acomodação.¹³ Esse cadastro – também conhecido como “conta” – propicia a individualização do

¹² <https://www.airbnb.com.br/terms/>

¹³ <https://www.airbnb.com.br/help/article/18/who-can-host-on-airbnb>



usuário perante a plataforma e pressupõe o preenchimento de alguns requisitos, como ter idade mínima de 18 (dezoito) anos (se pessoa física) ou regular constituição (se pessoa jurídica), além da capacidade de celebrar contratos vinculantes, em ambos os casos. Ao realizar o cadastro na plataforma, o usuário informa seu nome, e-mail, data de nascimento e define uma senha de acesso. Para realizar uma reserva ou para anunciar uma acomodação, outras informações serão solicitadas.¹⁴ Paralelamente, os usuários têm condições de analisar previamente os termos gerais de uso, que estão permanente e amplamente disponíveis no *website* da empresa. A partir da constituição da conta, os termos gerais de uso devem ser aceitos pelo usuário e passam, assim, a ser vinculantes às partes em suas operações futuras.

31. Além disso, a utilização de determinados recursos da plataforma pressupõe a observância de condições adicionais, tais como Termos de Pagamento, Termos de Garantia, Políticas de Reembolso, Política de Não Discriminação etc., a serem igualmente aceitas pelo usuário no momento da realização do cadastro na plataforma.

32. Conforme informação da Consulente, qualquer usuário que conclua seu cadastro na plataforma *online* pode criar o anúncio de uma acomodação. Toda acomodação anunciada na plataforma Airbnb é da exclusiva responsabilidade do usuário que criou o respectivo anúncio. É ele o responsável pela apresentação, pela descrição do imóvel, pela indicação de suas características, entre outras informações.

¹⁴ <https://www.airbnb.com.br/help/article/1170/what-are-the-requirements-to-book-on-airbnb>

33. Não há nenhum custo para a realização do cadastro ou do anúncio de um espaço. Qualquer espécie de remuneração ao Airbnb pressupõe que haja um contrato celebrado pelos usuários (entre si).

34. Os anúncios podem ser das mais variadas espécies. É possível anunciar, por exemplo, colchões infláveis em um apartamento, quartos individuais ou compartilhados, casas ou apartamentos inteiros, quartos em pousadas e albergues, casas na árvore em bosques, barcos, iglus ou castelos.¹⁵

35. Para criar-se um anúncio, algumas condições específicas devem ser observadas.¹⁶ De maneira bastante resumida, pode-se dizer que tais termos cuidam de esclarecer quais são as obrigações mínimas a serem observadas por aquele que quer ter seu anúncio veiculado. Nesse sentido, estipula-se que o usuário deve fornecer informações completas e precisas sobre a acomodação, sua descrição, localização e a disponibilidade de calendário. O usuário-anunciante também precisa esclarecer quaisquer deficiências ou restrições existentes na acomodação, estabelecer e/ou informar as regras a serem observadas na utilização do imóvel ("Regras da Casa") e eventuais exigências para a contratação do uso da acomodação. É obrigação exclusiva do usuário-anunciante, também, a definição do preço.

36. A plataforma, portanto, não impõe as regras materiais do anúncio, mas estabelece aquele conteúdo mínimo que o anúncio deve ter. As normas, em essência, são estabelecidas pelo usuário-anunciante. Como

¹⁵ <https://www.airbnb.com.br/help/article/18/who-can-host-on-airbnb>

¹⁶ <https://www.airbnb.com.br/terms#sec7>



se constata, a atividade da plataforma se foca em oferecer segurança mínima para operações futuras e, não, determinar o conteúdo dos respectivos contratos.

37. Nesse sentido, ainda, constitui atividade expressamente vedada pelos termos de uso a oferta, pelo usuário-anunciante, de qualquer acomodação que não seja de sua propriedade ou em relação à qual não tenha tido permissão para ceder seu uso a terceiros.¹⁷

38. Além disso, o Airbnb estabelece um padrão mínimo de conduta do usuário-anunciante para que este possa seguir usando a respectiva plataforma. Essa conduta não é avaliada aprioristicamente, mas sim *a posteriori*, a partir de experiências concretas. Nesse âmbito, solicita-se, uma vez estabelecido o contato com o terceiro interessado no uso do imóvel e/ou uma vez celebrado o contrato entre o usuário-anunciante e este terceiro, que o usuário-anunciante (i.) forneça comodidades básicas (papel higiênico, sabonete, roupa de cama completa e pelo menos uma toalha e travesseiro por pessoa referida na reserva); (ii.) responda as mensagens com presteza; (iii.) manifeste-se sobre a aceitação de pedidos de reserva; (iv.) evite cancelamentos; (v.) mantenha uma avaliação geral alta.¹⁸ O atendimento a tais solicitações é empregado na avaliação de desempenho do usuário-

¹⁷ Veja-se, nesse sentido, a previsão da Plataforma Airbnb, contida na Cláusula 14 dos Termos de Uso: "Você é o único responsável pelo cumprimento de toda e qualquer lei, regra, regulamento e obrigação fiscal que possa ser aplicável ao seu uso da Plataforma Airbnb. De acordo com seu uso da Plataforma Airbnb, você não fará nem auxiliará nem possibilitará que outras pessoas: (...) oferecer, como um Anfitrião, qualquer Acomodação que não pertença pessoalmente a você ou para a qual você não tenha permissão para disponibilizar como uma propriedade residencial ou de outra forma por meio da Plataforma Airbnb." (<https://www.airbnb.com.br/terms#sec14>).

¹⁸ <https://www.airbnb.com.br/help/article/576/what-are-airbnb-s-basic-requirements-for-hosts>

anunciante. Conforme informou a Consulente, se a conduta deste estiver sendo avaliada sempre abaixo da média (baixa taxa de resposta, alta taxa de cancelamentos, avaliação geral baixa), o usuário-anunciante pode ter a sua “conta” suspensa e/ou ter seus anúncios removidos.

39. Por sua vez, as obrigações assumidas pelo Airbnb perante o usuário-anunciante são de várias ordens. A primeira é a de veicular e manter os anúncios na plataforma, desde que estes respeitem os termos gerais de uso. Caso o contrato entre o usuário-anunciante e usuário-interessado no uso do imóvel seja celebrado, o Airbnb responsabiliza-se por processar os pagamentos respectivos.¹⁹ Além disso, a plataforma disponibiliza ao usuário-anunciante uma espécie de garantia, entendido tal termo em sentido lato, para ressarcimento subsidiário de danos causados às acomodações pelos contratantes do uso do imóvel, caso os usuários contratantes, entre si, não cheguem a um acordo sobre o ressarcimento por tais danos.²⁰

40. Como contraprestação a todos os recursos disponibilizados pelo Airbnb, obriga-se o usuário-anunciante ao pagamento de uma taxa de serviço, cobrada somente no caso de ter havido a celebração de contrato entre os usuários. Pelas informações constantes da plataforma Airbnb, atualmente esta taxa é de 3% (três por cento), calculada a partir dos valores cobrados pelo uso do imóvel.²¹

¹⁹ <https://www.airbnb.com.br/help/article/425/when-will-i-get-my-payout?q=quando%20eu%20recebo%20o%20pagamento>

²⁰ <https://www.airbnb.com.br/help/article/279/what-is-the-airbnb-host-guarantee>; e <https://www.airbnb.com.br/guarantee>; e <https://www.airbnb.com.br/terms/host-guarantee>

²¹ <https://www.airbnb.com.br/help/article/1857/what-is-the-airbnb-service-fee>

bb. Natureza jurídica

41. Sem embargo do referido inicialmente acerca de ser aplicável a esses contratos o Direito irlandês, com base na descrição acima e à luz do Direito brasileiro, hipoteticamente aplicável, pode-se dizer que haveria entre Airbnb e o usuário-anunciante uma relação de prestação de serviço, encontrando-se o Airbnb como prestador do serviço e o usuário-anunciante como tomador deste. Assume a plataforma Airbnb o papel de fornecer suporte ao anúncio do interessado, atribuindo a este não só uma maior difusão, como também uma maior confiabilidade.

42. Ao par disso, os serviços do Airbnb também envolvem apoio à contratação do uso do imóvel, notadamente por viabilizar um ambiente de interação entre as partes interessadas. Por sua vez, quando ocorre a celebração do contrato, a plataforma viabiliza que o fluxo financeiro se realize, gerando uma maior segurança à operação. No âmbito desse apoio, o Airbnb também assume a função de prestador de algumas garantias, como aquela relativa à condição do imóvel no caso de eventual avaria constatada após o uso temporário. Nesse passo, os serviços prestados configuram um incentivo às contratações e à utilização da plataforma como ambiente de negócios.

43. Nisso se restringem os serviços prestados pela plataforma. O Airbnb não possui nenhuma espécie de contato com o imóvel que está sendo anunciado e tampouco com o conteúdo do anúncio. Não realiza limpeza, não qualifica o bem, não sugere conteúdo ao anúncio. Cabe ao usuário-anunciante descrever as acomodações disponíveis, selecionar quais



facilidades e amenidades serão colocadas à disposição, postar fotos das acomodações, criar e/ou informar as chamadas “Regras da Casa”, definir o valor da proposta, definir em quais datas o imóvel estará disponível e fornecer informações complementares. Antes da contratação para o uso do imóvel, a plataforma apenas veicula o anúncio criado e editado pelo usuário-anunciante.

44. Por este serviço, a plataforma Airbnb será remunerada, mas o contrato, em relação à remuneração, goza de natureza aleatória²². Ela somente se concretizará se um evento futuro e incerto se processar, qual seja, a contratação, por meio da plataforma, do uso do imóvel anunciado.

45. Caso aplicável o Direito brasileiro, realizar-se-ia, assim, o suporte fático constante dos artigos 593²³ e 594²⁴ do Código Civil, caracterizando-se o contrato de prestação de serviços. Os serviços em questão não estão regulados em leis trabalhistas e/ou em legislação especial e, além de se tratar de serviços lícitos, são contratados mediante

²² Na lição de Antonio Junqueira de Azevedo, “contratos aleatórios, em sentido restrito, são aqueles cuja causa final – quer típica quer concreta – é precisamente a assunção de um risco, relacionado a um elemento externo expressamente querido e previsto pelas partes; há função de risco; por exemplo, o jogo. Para que o contrato seja aleatório, nesse sentido, não basta que a prestação de uma ou de ambas as partes seja indeterminada, no que diz respeito à sua existência ou à sua qualidade (*an* ou *quantum*); a indeterminação deve, necessariamente, refletir-se na função ou causa final do negócio”. AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Contrato de opção de venda de participações societárias. Variação imprevisível do valor da coisa prometida em relação ao preço de mercado. Possibilidade de revisão por onerosidade excessiva com base nos arts. 478 a 480 do Código Civil em contrato unilateral. In AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Novos estudos e pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 212.

²³ Artigo 593, Código Civil de 2002. A prestação de serviço, que não estiver sujeita às leis trabalhistas ou a lei especial, rege-se-á pelas disposições deste Capítulo.

²⁴ Artigo 594, Código Civil de 2002. Toda a espécie de serviço ou trabalho lícito, material ou imaterial, pode ser contratada mediante retribuição.

remuneração – remuneração esta que só será paga uma vez celebrado o contrato entre os usuários. Há independência técnica e ausência de subordinação hierárquica. Por sua vez, o prestador de serviços (a plataforma Airbnb) vale-se dos procedimentos que julga convenientes, oferecendo-os ao público, que tem ampla e plena liberdade de aceitá-los ou não.²⁵ Por fim, encontram-se presentes os requisitos de bilateralidade (geração de obrigações para ambos os contratantes), onerosidade (existência de vantagens para um e outro contratante) e da consensualidade (decorrente da suficiência do acordo de vontades, sem forma específica).²⁶ O meio eletrônico da prestação de serviços, por sua vez, não afeta a sua natureza.

46. Nessa prestação de serviços, o Airbnb desempenha atividades típicas de um provedor de aplicações. A atuação dos provedores de aplicação de Internet é disciplinada pela Lei n.º 12.965/2014, o Marco Civil da Internet (“MCI”). O MCI trata do conceito de aplicações de Internet no inciso VII do artigo 5º, podendo o provedor de aplicações ser definido como empresa que fornece um conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à Internet. Em outras palavras, como provedor de aplicação, o Airbnb “hospeda” conteúdos, disponibilizando ao usuário um conjunto de informações ou de funcionalidades para a execução de aplicações na Internet.

47. Duas referências ainda precisam ser ditas em torno da natureza jurídica desses contratos. A *primeira* diz respeito às consequências da

²⁵ Cf. GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 345-355.

²⁶ Cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, v. III: contratos. 22.ed., rev. e atual. por Caitlin Mulholland. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 358.



inobservância aos termos gerais de uso e, a *segunda*, à terminologia utilizada pela plataforma.

48. Com relação à primeira, destaca-se que a observância dos termos gerais de uso corresponde a um ônus jurídico e, não, um dever jurídico. Da sua inobservância, portanto, não decorre uma sanção, mas sim a perda de um poder jurídico. No caso, o poder em questão é o de seguir utilizando a plataforma e/ou de ter o seu anúncio veiculado.

49. O mesmo se pode dizer em relação à segunda referência feita acima, ou seja, à terminologia utilizada pela plataforma. É necessário ter-se em conta que o Airbnb consubstancia-se em uma plataforma de abrangência global, possível de ser acessada em um número expressivo de países.²⁷ As condições que regem o acesso e o uso da plataforma, em sua essência, são iguais para todos os usuários, independentemente do seu país de origem. Aliás, é importante que assim o seja, na medida em que a busca por imóveis para utilização temporária não se restringe a certas fronteiras juspolíticas, sendo própria do turismo internacional. A plataforma, portanto, deve ser utilizável de forma unitária nos mais diversos países, fazendo-se igualmente compreensível e acessível aos seus usuários. Do ponto de vista do usuário, é melhor que assim o seja. Desse modo, o usuário de qualquer país conhece as regras da plataforma aplicáveis nos mais diversos países.

50. Por conta disso, os termos gerais de uso contêm previsões gerais que, salvo exceções, não particularizam aspectos específicos das jurisdições dos usuários e tampouco expressam a terminologia jurídica que

²⁷ Segundo as informações prestadas pela Consulente.



seria a mais apropriada em cada uma delas. São, isso sim, a tradução para o vernáculo de termos gerais únicos, escritos para serem entendidos e usados globalmente. Por isso, não se pode confundir a terminologia utilizada pela plataforma com o conteúdo jurídico das atividades envolvidas nos contratos.

51. Essa circunstância é fundamental para que não se confunda o conteúdo com o continente, a palavra com a coisa que ela expressa, o significante com o significado. A tarefa é observar a realidade, e, não, a terminologia utilizada para descrever essa realidade. Como bem referiu Shakespeare nos fins do Século XVI no seu sempre lembrado Romeu e Julieta,

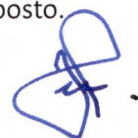
“Mas o que se encontra em um nome? A flor que chamamos de rosa, se outro nome tivesse, ainda teria o mesmo doce perfume.”²⁸

b. Contrato entre Airbnb e aqueles que buscam obter imóveis para uso temporário

52. Se utilizado o Direito brasileiro como qualificador, o contrato entre o Airbnb e aqueles que visam a obter imóveis para uso temporário também se caracterizaria como um contrato de prestação de serviços em sentido estrito, conforme se pode identificar a seguir.²⁹

²⁸ Cf. Shakespeare, William. *The RSC Complete Works*. BARE, J.; RASMUSSEN, E. (eds). Londres: MacMillan Publishers, 2007, p 1697. O texto referido acima é a tradução livre de: “What is in a name? That which we call a Rose / By any other word would smell as sweet”

²⁹ Faz-se também aqui, por cautela, o registro de que a correta qualificação deste contrato envolve o Direito irlandês e, não, o brasileiro, conforme já exposto.



aa. *Características do contrato*

53. Tratando-se de plataformas *online*, correspondentes a um ambiente que proporciona que partes outras contratem entre si, o contrato celebrado com um lado da cadeia tende a se assemelhar ao contrato celebrado com o outro lado e, no caso do Airbnb, não é diferente. Para ambas as partes, a plataforma visa a oferecer um ambiente que facilite a contratação entre elas. Para ambas as partes, busca-se oferecer um mínimo de segurança nessas contratações. Para ambas as partes, os serviços se relacionam à contratação em si e não envolvem o bem que será objeto do contrato entre os usuários. Para ambas as partes, a fonte das normas negociais é a mesma, ou seja, os termos gerais de uso da plataforma. Para ambas as partes, o Direito aplicável é o mesmo, ou seja, o Direito irlandês.

54. Todavia, ao contrário de se voltar mais à divulgação do imóvel anunciado – como o faz para o lado anunciante, como visto acima –, o que a plataforma oferece ao usuário que busca um imóvel para uso, normalmente temporário, é, antes de tudo, um amplo catálogo de ofertas, do que decorre ao usuário uma melhor e maior capacidade de comparação e de avaliação das oportunidades em aberto. Essa disponibilização de acesso a ofertas, contudo, não corresponde a um objeto de contrato. Trata-se aqui de um espaço para *invitationes ad offerendum*, ou seja, um espaço público destinado a veicular convites a contratar. O usuário interessado no uso temporário de imóvel está para o Airbnb, nesse caso, tal como o consumidor está para uma loja física que visita. Ainda não há contrato, mas só exposição a ele. Disso não decorre que essa fase seja alheia ao Direito, como bem



demonstra o Direito alemão, mas apenas significa que ainda não há contrato.³⁰

55. O contrato entre plataforma Airbnb e o usuário interessado em usar temporariamente um imóvel só se inicia a partir do momento em que este se põe em negociação com o usuário-anunciante.

56. Nesse momento, o usuário interessado no uso do imóvel deixa a condição de anonimato e passa a individualizar-se, por meio da prestação de informações sobre os seus dados pessoais, como nome, e-mail, endereço e telefone, além de documento de identificação oficial com foto. Para enviar um pedido de reserva de uso de um imóvel, o usuário deve seguir um procedimento específico, um “passo a passo” no qual informa os principais detalhes da viagem (número de hóspedes, datas, motivo etc.) e revê as principais políticas e condições aplicáveis às contratações. Somente a partir de então, é colhida a sua declaração de concordância, pressuposta para que se efetive a proposta de reserva.

³⁰ Depois da reforma do Direito das Obrigações na Alemanha, ocorrida no início destes anos 2000, a legislação alemã passou a acolher a figura da *Vertragsanbahnung*, correspondente à fase inicial de contatos entre as partes para fins de futura contratação. Nessa fase, ainda não há contrato, mas a relação estabelecida entre as partes, visando a um potencial contrato, já gera deveres de respeito (pré-contratuais) entre as partes. Ver nesse sentido o disposto no § 311, 2, 2 do Código Civil alemão (BGB), assim redigido: § 311 *Rechtsgeschäftliche und rechtsgeschäftsähnliche Schuldverhältnisse – (1) (...). (2) Ein Schuldverhältnis mit Pflichten nach § 241 Abs. 2 entsteht auch durch: 1. (...), 2. die Anbahnung eines Vertrags, bei welcher der eine Teil im Hinblick auf eine etwaige rechtsgeschäftliche Beziehung dem anderen Teil die Möglichkeit zur Einwirkung auf seine Rechte, Rechtsgüter und Interessen gewährt oder ihm diese anvertraut.* O tema foi tratado em língua inglesa em MARKESINIS, Basil; UNBERATH, Hannes; JOHNSTON, Angus. *The german law of contract: a comparative treatise*. Oxford: Hart Publishing, 2006, p. 91 ss.



57. Uma vez aceita a reserva pelo usuário-anunciante, o interessado no uso do imóvel fica responsável por realizar o pagamento acertado e a respectiva taxa de serviço devida à plataforma. Segundo informações do Consulente, essa taxa de serviço varia entre 0% (zero por cento) e 20% (vinte por cento) calculado sobre o valor devido ao usuário-anunciante. A gradação dessa taxa depende de uma variedade de fatores, incluindo o valor da reserva, a duração da estadia e as características do imóvel oferecido.³¹

58. Celebrado o contrato, atua o Airbnb de modo a aumentar a o grau de confiança no cumprimento, oferecendo certos cuidados, agora, ao interessado no uso do imóvel. O pagamento pelo uso do imóvel, por exemplo, que se realiza por meio da plataforma, somente é liberado ao usuário-anunciante 24 (vinte e quatro) horas após o início da ocupação, ficando na dependência da inexistência de reclamação quanto ao imóvel e à oferta.³²

59. Por sua vez, para as hipóteses em que haja dissintonias entre as partes – anunciante, de um lado, e interessado no uso, de outro – e não havendo acordo entre elas, faz-se aplicável a política de reembolso prevista na plataforma. Tal política diz respeito a situações que impossibilitam a fruição da reserva e indica as medidas a serem adotadas pelas partes. No seu âmbito, o Airbnb poderá reter o pagamento do usuário-anunciante, reembolsar o usuário interessado no uso do imóvel até o valor total pago ou

³¹ <https://www.airbnb.com.br/help/article/1857/what-is-the-airbnb-service-fee>.

³² <https://www.airbnb.com.br/help/article/425/when-will-i-get-my-payout?q=quando%20meu%20pagamento%20%C3%A9%20liberado>



empregar esforços razoáveis para encontrar outro imóvel disponível na plataforma para as noites não utilizadas. Para contar com tais benefícios, o interessado no uso do imóvel não pode ter dado causa ao problema, bem como deve ter comunicado tempestivamente o ocorrido ao Airbnb, enviando evidências que indiquem a impossibilidade de fruição da reserva nos termos em que contratada.³³

bb. Natureza jurídica

60. Caso aplicável o Direito brasileiro para fins de qualificação contratual, também aqui seria o contrato celebrado entre o Airbnb e o usuário interessado no uso temporário de imóvel de prestação de serviços.³⁴

61. Como visto acima, há um serviço sendo prestado pela plataforma Airbnb, devidamente pago pelo tomador. O serviço prestado é lícito, não é objeto de leis trabalhistas e/ou de legislação especial. Não há dependência técnica entre as partes e, também neste caso, a plataforma, que presta o serviço, utiliza-se dos procedimentos que entende aplicáveis e convenientes. O contrato é bilateral, oneroso e consensual.

c. Contrato entre usuários do Airbnb entre si

62. O contrato celebrado pelos usuários da plataforma entre si é claramente um contrato de locação, este sim regulado pelo Direito

³³ <https://www.airbnb.com.br/help/article/544/what-is-airbnb-s-guest-refund-policy-for-homes> e https://www.airbnb.com.br/terms/guest_refund_policy

³⁴ Lembra-se que a qualificação é feita à luz do Direito brasileiro apenas para fins didáticos, visando a demonstrar com mais clareza a distinção entre os contratos.



brasileiro, ao menos quando o proponente for residente no Brasil. Ele não altera a sua natureza pelo fato de ser celebrado em um ambiente *online* e, haja vista suas prestações principais, não se confunde com contrato de hospedagem, conforme se passa a demonstrar.

aa. Características do contrato

63. Como visto acima, o usuário interessado no uso temporário de imóvel tem a possibilidade de navegar pela plataforma Airbnb e analisar as opções disponibilizadas pelos diversos usuários-anunciantes.³⁵ Uma vez localizado o imóvel que deseja utilizar, abrem-se ao usuário interessado no uso temporário do imóvel duas alternativas: aceitar a proposta desde logo, dando o contrato por celebrado nos termos do anúncio feito, ou entrar em contato com o usuário-anunciante – pelo sistema de mensagens disponível na própria plataforma – e negociar as condições da contratação.

64. No primeiro caso, o contrato terá o conteúdo do anúncio, ao que se agregam as normas legais gerais e as constantes do termo geral de uso, aplicáveis ao caso. No segundo caso, para além destas últimas regras, haverá um processo de negociação livre entre as partes, sendo viável que elas decidam por alterar o conteúdo do anúncio feito, notadamente no que diz respeito a preço e prazo, além de eventuais condições especiais.³⁶ Essa negociação envolve tão somente as partes, sem nenhuma intervenção do Airbnb.

³⁵ <https://www.airbnb.com.br/help/article/252/how-do-i-search-for-a-place-to-stay>

³⁶ <https://www.airbnb.com.br/help/article/128/how-do-i-book-a-pre-approval-or-special-offer>



65. É possível que os usuários-anunciantes estabeleçam a extensão do período de uso do imóvel para fins de reserva³⁷, mas essa definição não é necessária. O uso do imóvel pode se dar por uma única noite, por exemplo. Conforme informado pela Consulente, usualmente o valor constante do anúncio considera o preço por noite, e o preço final da reserva corresponderá ao período total do uso temporário conforme definido pelas partes.

66. As regras da plataforma Airbnb não estabelecem nenhuma contraprestação adicional por parte do usuário-anunciante para além do fornecimento de uma acomodação, ou seja, de um imóvel para uso temporário. Não se supõe, por exemplo, que o usuário-anunciante venha a oferecer café da manhã, serviços de limpeza durante o uso temporário, lavagem de roupas, carregamento de malas etc. O objeto central da contratação é a disponibilização do imóvel nas condições de uso indicadas no anúncio, ou seja, conforme definidas pelo usuário-anunciante. O que houver a mais é *plus*, a ser definido entre as partes.

67. A plataforma Airbnb não participa das tratativas e negociações relacionadas às datas, preços e condições da contratação, não revê os negócios celebrados pelos usuários, nem se manifesta quanto ao seu conteúdo e tampouco faz alguma espécie de análise do imóvel colocado à disposição. A atuação da plataforma Airbnb se limita ao gerenciamento de um meio eletrônico *online* no âmbito do qual os usuários podem contratar livremente entre si.

³⁷ <https://www.airbnb.com.br/help/article/880/how-do-i-set-the-minimum-and-maximum-number-of-nights-a-guest-can-book>



68. Em síntese, em relação ao contrato celebrado entre os usuários, tem-se que o usuário-anunciante disponibiliza onerosamente um imóvel para uso temporário, e a outra parte, interessada nesse uso, o aceita. Em troca deste uso temporário do imóvel, o interessado paga o valor acordado. Este contrato nada tem a ver com a plataforma Airbnb, que, como visto, atua apenas como um agente externo. De um lado, fornece os meios para que o contrato seja celebrado. De outro, dá maior confiabilidade ao contrato, por meio dos serviços que são oferecidos a cada uma das partes.

bb. Natureza jurídica

69. Tendo em vista a caracterização acima, constata-se claramente haver entre os usuários da plataforma Airbnb um verdadeiro contrato de locação, no qual o usuário-anunciante figura como locador do imóvel, e o usuário interessado, como locatário. A aplicação ao caso do conceito usual de locação bem demonstra.

70. A caracterização legal da locação de coisas é bastante antiga no Direito brasileiro, não ensejando maiores dúvidas a respeito desse conceito. No art. 2.282, do seu Esboço de Código Civil, de 1864, Teixeira de Freitas pontuava:

“Haverá *locação*, quando, para o fim de transferir uso ou gozo temporário *sem direito real*, uma das partes se tiver obrigado a entregar uma coisa, ou a consentir no uso ou gozo dela, e a outra parte a pagar-lhe por esse uso ou gozo um preço em dinheiro.”
(grifos do original)



71. Definição semelhante se encontrava no Código Civil de 1916, no seu art. 1.188, segundo o qual:

“Na locação de coisas, uma das partes se obriga a ceder à outra, por tempo determinado, ou não, o uso e gozo de coisa não fungível mediante certa retribuição.”

72. Ao comentar este dispositivo, Clóvis Bevilacqua indicava os elementos característicos da locação de coisa: (i) cessão temporária do uso e gozo, (ii) sem transferência de propriedade, (iii) de coisa não fungível.³⁸ Lembra ainda Bevilacqua que qualquer coisa pode ser objeto de locação, desde que não fungível, dado que a fungibilidade do objeto caracterizaria o mútuo. O prazo, por sua vez, não altera a natureza do contrato, podendo ser qualquer um.³⁹

73. Entre as distintas espécies de locação de coisas, o legislador brasileiro, ao menos desde 1921, deu particular atenção à locação de imóveis urbanos, haja vista o caráter social envolvido no tema.⁴⁰ Sucessivas leis de locação de imóveis urbanos, também chamadas de “leis do inquilinato”, foram promulgadas, vigendo atualmente a Lei 8.245/91.

³⁸ BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. 9. ed. atual. BEVILAQUA, Achilles. v. IV. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1953, p. 356.

³⁹ BEVILAQUA, Clovis, *Código Civil*, cit., p. 357.

⁴⁰ Pouco depois da entrada em vigor do Código Civil de 1916, o legislador brasileiro lançou mão de legislação particular para regular as relações de inquilinato, o Decreto 4.403, de 22 de dezembro de 1921 e que, apesar de chamar-se decreto, corresponde a texto emanado do parlamento. O texto, de caráter protetivo, tinha escopo restrito, limitando-se a aplicar-se apenas aos contratos celebrados de forma não escrita. Os demais seguiriam regidos pelo Código Civil ou Código Comercial, conforme o perfil da locação.



74. No seu âmbito, o contrato de locação é definido de modo em nada discrepante àquele visto acima e tradicional no Direito brasileiro: “alguém, a quem chamamos de locador, se obriga a ceder a outrem, a quem denominamos locatário ou inquilino, o uso ou gozo de imóvel urbano, por certo tempo determinado, ou não, mediante remuneração.”⁴¹

75. O contrato de locação de imóvel urbano tem como características usualmente referidas a *bilateralidade* (uma vez que os deveres principais de prestação emergem para ambas as partes), a *onerosidade* (visto que há uma retribuição pelo uso e gozo do imóvel locado), a *comutatividade* (diante da equivalência subjetiva entre as prestações) e a *consensualidade* (bastando a vontade das partes para a sua perfeição).⁴²

76. Para além disso, a doutrina mais atenta traz a lembrança de uma característica típica dos contratos de locação de imóveis: o fato de ser ele impessoal, ou seja, não se vincular às características pessoais das partes. As partes, evidentemente, podem estabelecer que um contrato de locação de imóvel urbano venha a ser *intuitu personae*, mas essa característica não faz parte da tipicidade do contrato.⁴³ Os artigos 8º, 10 e 11 da Lei 8.245/91

⁴¹ Cf. SOUZA, Sylvio Capanema de. *A Lei do Inquilinato comentada*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 12; AVVAD, Pedro Elias. *Direito imobiliário: teoria geral e negócios imobiliários*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 493. No mesmo sentido, mas referindo-se expressamente ao contrato de locação de coisas móveis, previsto no Código Civil, GOMES, Orlando. *Contratos*, cit., p. 322.

⁴² SOUZA, Sylvio Capanema de. *A Lei do Inquilinato*, cit., p. 13; AVVAD, Pedro Elias. *Direito imobiliário*, cit., p. 493-494.

⁴³ ALVIM, Agostinho. *Aspectos da locação predial*. São Paulo: Saraiva, 1940, p. 12; TOMASETTI Jr., Alcides. Art. 11. In: OLIVEIRA, Juarez (coord.). *Comentários à lei de locação de imóveis urbanos*.



bem demonstram o caráter impessoal do contrato, que pode permanecer vigorando com pessoas distintas das partes originais, mantendo-se o vínculo tal como originalmente celebrado.

77. Analisadas as características elencadas no tópico anterior, verifica-se que o contrato celebrado entre as partes usuárias da plataforma Airbnb, ou seja, a parte anunciante e aquela que se interessa no uso temporário de um imóvel, diz respeito a contrato de locação de imóvel urbano, exatamente conforme dispõe a tradição do Direito brasileiro e a lei de regência.

78. Antes de tudo, como visto, as prestações principais das partes podem e são livremente acertadas por elas próprias, sem intervenção da plataforma. A prestação principal do usuário-anunciante é a de disponibilizar o imóvel para uso temporário em determinadas datas. Esta é a prestação típica do locador.⁴⁴

79. Por sua vez, as prestações principais do usuário interessado no uso temporário do imóvel envolvem o pagamento do preço pelo uso, a utilização do imóvel conforme a sua finalidade e, ao final do prazo estipulado pelas partes, a restituição do imóvel no estado em que o recebeu. Trata-se de prestações típicas do locatário.⁴⁵

São Paulo: Saraiva, 1992, p. 158. Tomasetti Jr., à luz do art. 11 da Lei 8.245/91, refere o que se faz necessário para transformar o contrato em *intuitu personae*.

⁴⁴ Art. 22, Lei 8.245/91: “O locador é obrigado a: I – entregar ao locatário o imóvel alugado em estado de servir ao uso a que se destina; II – garantir, durante o tempo da locação, o uso pacífico do imóvel locado; III – manter, durante a locação, a forma e o destino do imóvel; (...)”.

⁴⁵ Art. 23, Lei 8.245/91: “O locatário é obrigado a: I – pagar pontualmente o aluguel e os encargos da locação, legal ou contratualmente exigíveis, no prazo estipulado ou, em sua falta, até o sexto



80. Com relação à onerosidade do contrato, como visto acima, ela é, respeitados os parâmetros legais⁴⁶, livremente estabelecida pelas partes, seja por meio de negociação própria, seja por meio da aceitação pura e simples das condições constantes do anúncio veiculado. O valor a ser pago por aquele que usa o imóvel está atrelado à duração desse uso, o que, além de corresponder ao livre acordo entre as partes, é próprio da locação.⁴⁷

81. A natureza locatícia do contrato sob análise fica ainda mais clara quando se recorda que a própria Lei do Inquilinato prevê, expressamente, na linha da prática há muito consolidada no Direito brasileiro⁴⁸, a subespécie de locação denominada “para temporada”, correspondente àquela que, destinada aos usos mais diversos, não ultrapasse o prazo de 90 (noventa) dias.⁴⁹ Evidentemente que, uma vez que seu único requisito é o prazo já referido, qualquer locação por prazo inferior é lícita. É possível, portanto, a

dia útil do mês seguinte ao vencido, no imóvel locado, quando outro local não tiver sido indicado no contrato; II – servir-se do imóvel para o uso convencionado ou presumido, compatível com a natureza deste e com o fim a que se destina, devendo tratá-lo com o mesmo cuidado como se fosse seu; III – restituir o imóvel, finda a locação, no estado em que o recebeu, salvo as deteriorações decorrentes do seu uso normal; (...) V – não modificar a forma interna ou externa do imóvel sem o consentimento prévio e por escrito do locador; (...)”

⁴⁶ Art. 17, Lei 8.245/91: “É livre a convenção do aluguel, vedada a sua estipulação em moeda estrangeira e a sua vinculação à variação cambial ou ao salário mínimo.”

⁴⁷ Art. 3º, Lei 8.245/91: “O contrato de locação pode ser ajustado por qualquer prazo, dependendo de vênua conjugal, se igual ou superior a dez anos”.

⁴⁸ TOMASETTI Jr., Alcides. Art. 1º. In: OLIVEIRA, Juarez (coord.). Comentários à lei de locação, cit., p. 20.

⁴⁹ Artigo 48, Lei 8.245/91: “Considera-se locação para temporada aquela destinada à residência temporária do locatário, para prática de lazer, realização de cursos, tratamento de saúde, feitura de obras em seu imóvel, e outros fatos que decorrem tão-somente de determinado tempo, e contratada por prazo não superior a noventa dias, esteja ou não mobiliado o imóvel. Parágrafo único. No caso de a locação envolver imóvel mobiliado, constará do contrato, obrigatoriamente, a descrição dos móveis e utensílios que o guarnecem, bem como o estado em que se encontram.”

locação de imóvel por uma noite e, conseqüentemente, a remuneração levará em consideração essa única noite. Não por acaso, refere-se que tal modalidade de locação é caracterizada exatamente por sua “alta rotatividade”.⁵⁰

82. Reforça ainda mais essa natureza jurídica a inaplicabilidade da caracterização do contrato em questão como um “contrato de hospedagem”.

83. A esse respeito, é necessário ter em consideração que a Lei 8.245/91 excluiu expressamente do seu âmbito de aplicação “as locações (...) em *apart-hotéis*, hotéis-residência ou equiparados”. E não poderia ser diferente, pois nesses casos não se está apenas diante de uma obrigação principal de dar do locador, mas também – e sobretudo – de um conjunto de obrigações de fazer, consistente na prestação de “serviços regulares a seus usuários” (Lei 8.245/91, art. 1º, parágrafo único, alínea “a”, nº 4).

84. Com efeito, a própria Lei Geral do Turismo (Lei 11.771, de 17 de setembro de 2008) prevê, em seu artigo 23, que os meios de hospedagem são somente aqueles destinados a prestar, além de alojamento temporário, “outros *serviços necessários* aos usuários, denominados de serviços de hospedagem” (grifou-se).

85. O contrato de hospedagem, portanto, não está vinculado apenas a uma obrigação de ceder o uso de um imóvel; está vinculado, também, diretamente, à prestação de uma série de serviços. É por isso

⁵⁰ SOUZA, Sylvio Capanema de. A Lei do Inquilinato, cit., p. 220.



mesmo que, na sempre presente lição de Pontes de Miranda, o contrato de hospedagem se caracteriza por ser um contrato em que uma das partes, “o hospedeiro, se vincula, mediante contraprestação, quase sempre promessa de contraprestação, a dar a outrem, o hóspede, alojamento e, por vezes, comida, com os serviços indispensáveis ou indispensáveis e voluptuários”.⁵¹

86. Ainda segundo Pontes de Miranda, é “grandê a variedade de prestações que se fazem de imediato, ou que se prometem no contrato de hospedagem”, sendo que tais prestações “não podem ser tidas por acessórias ou subordinadas à de instalação do hóspede.”⁵² Ou seja, no contrato de hospedagem, a prestação de serviços constitui uma das obrigações principais, ao lado da disponibilização do imóvel para uso temporário. Nesse sentido, há locação sem serviços, mas não há contrato de hospedagem sem eles.

87. Esses serviços correspondem à alimentação, lavanderia, limpeza (abrangendo a da unidade propriamente dita, bem como a troca de utensílios de toalete, toalhas e roupa de cama), portaria, carregamento de bagagens, central de recados, *concierge* etc. Além disso, o contrato de hotelaria tende a oferecer à disposição dos hóspedes algumas facilidades

⁵¹ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, v. XLVI. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, § 5.028, n. 1, p. 298.

⁵² MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, v. XLVI. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, § 5.028, n. 1, p. 298. No mesmo sentido, Bruno Miragem refere que “na locação apenas se transmite posse e com ela o uso da coisa”, enquanto que “na hospedagem são oferecidos serviços”. E o autor vai além: “o típico da hospedagem é a multiplicidade de prestações”, sendo certo que “a oferta dos serviços por estabelecimentos de hospedagem é ampla e geral”. MIRAGEM, Bruno. Serviços turísticos, espetáculos esportivos e culturais no mercado de consumo: a proteção do consumidor nas atividades de lazer e entretenimento. In: *Revista de Direito do Consumidor*, v. 85/2013, p. 67-113.



que, muito embora sejam atualmente encontráveis em condomínios de apartamento, são próprias da estrutura arquitetônica dos hotéis. É o caso de salas de jogos, de reuniões, de ginástica, piscina, cofre etc. Tudo isso – ainda que haja significativas variações vinculadas à espécie e à qualidade da hospedagem – está à disposição dos hóspedes, mas não se encontra na locação, ao menos de uma forma integrada. Nesta, em essência, não há serviço. Já no contrato de hospedagem ocorre exatamente o contrário. Os serviços fazem parte da essência desses contratos, conquanto alguns desses serviços ou facilidades possam ser cobrados separadamente, conforme o uso.⁵³

88. Evidentemente, tais serviços – ou outros similares – não são essenciais em contratos de locação. São eles (*rectius*, a existência e disponibilização deles) que diferenciam o contrato de locação do contrato de hospedagem. São eles que, compreendidos de uma forma unitária em conjunto com a disponibilização do local, identificam o contrato de hospedagem.⁵⁴

89. Cabe destacar que os serviços que correspondem à hotelaria e, portanto, ao contrato de hospedagem não possuem natureza eventual. Ao contrário, grande parte desses serviços e facilidades não só se visualizam no contrato em si, mas também chegam a se refletir, não raro, na própria estrutura arquitetônica que corporifica o empreendimento hoteleiro. A

⁵³ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, v. XLVI. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, § 5.028, n. 1, p. 299.

⁵⁴ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, v. XLVI. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, § 5.029, n. 1, p. 317-318.



locação, eventualmente, pode envolver alguns serviços, mas estes serão complementares, secundários, incapazes de configurar a essência das prestações principais. Pontes de Miranda bem apanhou o tema, ao declarar:

“O serviço não é prestado secundária ou de acôrdo adjecto. O locador de cômodo que admite dar café ao locatário, ou ordenar que lhe lustre os calçados ou lhe passem a ferro as roupas, não se faz hospedeiro (...). O que é preciso é que haja prestação do *locus* e dos serviços próprios, de jeito que a posse do cliente seja a de hóspede, e não a de locatário, e nessa posse, portanto, haja as intercorrências legítimas do hospedeiro: êle deu a posse imediata ao hóspede, mas tem deveres – e em consequência direitos – que o locador não tem. O hóspede passa a estar em sua casa, como estaria o locatário, sem que deixe de estar em sua casa o hospedeiro.”⁵⁵

90. Desse modo, pode ocorrer que um contrato seja chamado de “locação”, mas envolva uma série de serviços complementares que se inserem entre as obrigações principais do contrato de hospedagem. Neste caso, locação não haverá, mas sim hospedagem. Da mesma forma, caso se chame de “hospedagem” apenas o oferecimento para a utilização temporária de um imóvel, sem que sejam disponibilizados serviços

⁵⁵ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, v. XLVI. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, § 5.029, n. 1, p. 319. Também à página 321 é, novamente, referida expressamente a essencialidade da prestação de serviços para a caracterização do contrato de hospedagem. Sylvio Capanema de Souza também é expresso ao referir que há “uma conjugação de dois contratos típicos, um de locação de coisa, e outro de prestação de serviços, a gerar um terceiro, que não se subordina à legislação inquilinatória”. SOUZA, Sylvio Capanema de. *A Lei do Inquilinato*, cit., p. 20.



complementares que, junto à utilização do imóvel, correspondem a uma unidade prestacional, não haverá hospedagem, mas sim locação.⁵⁶

91. Demonstrativo dessa distinção entre os contratos encontra-se na atribuição de responsabilidade pelo furto de objetos no interior do imóvel cujo uso foi cedido. Essa responsabilidade é distinta, conforme se trate de locação ou hospedagem. Isso, porque “a custódia direta e, mais do que ela, a custódia indireta (ou seja, custódia dos bens que o hóspede tem nos aposentos) exigem um particular cuidado do hospedeiro”⁵⁷, o que não se verifica no contrato de locação.

92. A antiga regra sobre a responsabilidade dos hospedeiros, que é aceita em praticamente todos os ordenamentos jurídicos ocidentais, reflete o fato de que o hospedeiro possui amplo acesso ao quarto do hóspede, acesso que é necessário para a prestação dos diversos serviços que compõem a hospedagem, como, por exemplo, a limpeza e a arrumação do quarto, assim como o suprimento periódico de bens consumíveis (bebidas

⁵⁶ Nesse sentido já se pronunciou o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Vide, entre outros: “Ainda que alguns desses serviços existam em prol dos condôminos em geral e, por via de consequência, os locatários da ré acabem por deles usufruir, não se trata de serviços existentes com caráter contraprestacional tal como em hotéis ou pousadas. O uso é incidental e eventual, tanto que, em seu anúncio, a ré sequer menciona a existência deles (fls. 47). (...) Não se ignora que a ré acaba por se utilizar dos funcionários do condomínio como forma de auxílio para receber os locatários, o que é demonstrado pelos e-mails de fls. 48 e seguintes. Contudo, trata-se de apoio dos funcionários que estaria à disposição do proprietário se ele residisse no imóvel, ou de um locatário mais perene. Não há motivos, portanto, para excluir o mesmo auxílio somente porque há mais de um locatário em um espaço curto de tempo. Em outras palavras, a garagem, a lavanderia, o elevador, tudo seria utilizado de qualquer jeito caso a proprietária e sua família residissem na unidade.” TJSP, 38ª Câmara Extraordinária de Direito Privado, Apelação 1009601-48.2016.8.26.0100, Relator Des. Hugo Crepaldi, julgado em 26/10/2017.

⁵⁷ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, v. XLVI. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, § 5.027, n. 1, p. 289-290.



no frigobar, sabonetes e shampoos etc.) e a entrega de correspondência e mensagens. Como afirmou o Tribunal de Apelação de Nova Iorque no célebre caso *Adams v. New Jersey Steamboat Company*, o princípio de que os hoteleiros devem responder pela segurança do dinheiro e bens particulares dos hóspedes decorre do fato de que, nos contratos de hospedagem, o hóspede deposita confiança extraordinária no hospedeiro e nos funcionários que prestam serviços em seu nome dentro da unidade habitacional privadamente utilizada pelo hóspede, pois ambas as partes sabem que o hospedeiro tem o direito de acessar livremente a unidade para a prestação de serviços ínsitos à hotelaria.⁵⁸

93. Mais uma vez: não é disso que se trata quando ocorre a locação. Nela, o locador (ainda que possua as chaves do imóvel e possa, por isso, ter acesso a ele) não necessita ingressar no imóvel durante a locação. Ao contrário, pressupõe-se que o locador não frequente o imóvel locado. A ausência de serviços complementares é o veículo essencial dessa pressuposição.⁵⁹

⁵⁸ *Adams v. New Jersey Steamboat Company* 151 NY 163 (1896), p 166 (no voto do relator, Justice O'Brien).

⁵⁹ Cf. ainda MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, v. XLVI. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, § 5.027, n. 1, p. 289 e s. Na mesma linha, bem sintetiza Paulo Jorge Scartezini Guimarães: "São elementos básicos para a existência de um contrato de hospedagem a indicação da coisa (quarto/apartamento/suíte/chalé etc.), os serviços oferecidos e o valor da diária. (...) Para que haja contrato de hospedagem não basta o locus, já que quem aluga apenas um quarto ou um apartamento é locatário. Quem hospeda oferece mais que o espaço para acomodação; disponibiliza serviços. Não há uma hierarquia entre as obrigações de dar (a coisa) e fazer (serviços); têm elas a mesma importância. É nessa soma de obrigações que se encontra a distinção entre locação e hospedagem." Cf. GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini. *Dos contratos de hospedagem, de transporte de passageiros e de turismo*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 15.



94. Diante disso, analisadas as características do contrato celebrado pelos usuários da plataforma Airbnb entre si, constata-se que aqueles contratos não só correspondem à locação, como também se afastam da hospedagem, essencialmente porque, neles, inexistem prestação de serviços com caráter contraprestacional.

95. Tais serviços, como visto, não são incluídos no âmbito dos contratos celebrados entre os usuários da plataforma Airbnb.

96. Duas últimas considerações devem ser feitas, especificamente quanto a disposições constantes da Lei Geral do Turismo (Lei 11.711/2008).

97. A primeira delas diz respeito à remuneração. O artigo 23 da referida Lei exige, para a caracterização da hospedagem, que o pagamento se dê em forma de “diária”. Ocorre que o inverso não é verdadeiro; isto é, o fato de a cobrança ser feita por diária não transforma, automaticamente, um contrato de locação em hospedagem, tanto que, como visto, a própria Lei do Inquilinato não veda essa prática e tampouco veda que a locação de um imóvel se dê por apenas um dia.⁶⁰ Por isso, o fato de o anúncio veiculado na plataforma Airbnb fazer referência ao preço para cada noite não é suficiente para caracterizar o contrato celebrado entre os usuários como de hospedagem.

98. A segunda delas diz respeito à possibilidade de que agências de turismo intermediem a oferta de acomodações e outros serviços em meios

⁶⁰ Do condicional “Se X é um contrato de hospedagem, então a cobrança em X é diária” não se segue o condicional “Se a cobrança em X é diária, então X é um contrato de hospedagem”. Trata-se aqui da falácia formal chamada de “conversão ilícita”. Cf. HAMBLIN, Charles Leonard. *Fallacies*. Methuen Books, 1970, p. 232.



de hospedagem (art. 27, § 3º, II, da Lei 11.711/2008 – Lei Geral de Turismo). Os contratos são celebrados diretamente entre o usuário-anunciante e o usuário-interessado. O que há é a disponibilização de um ambiente que favorece essas contratações, já que quem acessa a plataforma já está predisposto a contratar. Não há, portanto, envolvimento de terceiros especializados na prestação de intermediação para celebração de negócios, o que mais uma vez vai ao encontro da distinção entre os contratos.

d. Conclusões parciais

99. A análise de cada um dos contratos que correspondem ao uso da plataforma Airbnb permite concluir que, em primeiro lugar, trata-se de contratos individualizados e distintos, sendo dois contratos de prestação de serviço, e um contrato de locação, este celebrado entre os usuários da plataforma Airbnb entre si.

100. Esses contratos são típicos, conquanto possam ser considerados por alguns como atípicos, em decorrência de ser ainda incomum o ambiente em que esses contratos se realizam. No entanto, como já referido, não se pode confundir a novidade do cenário em que se aplicam as categorias jurídicas com a atipicidade das categorias jurídicas que se aplicam sobre um dado cenário. A tipicidade (jurídica) dos contratos aqui referidos é constatada pela conformação do modelo concreto àquele genérico previsto em lei. A novidade do cenário não altera essa circunstância.

101. Nesse âmbito, ganha em importância a verificação de que os elementos característicos do contrato celebrado entre os usuários do Airbnb



não se confunde com contrato de hospedagem. Por um lado, encontram-se concretizados os elementos do contrato de locação. Por outro, não se verificam os elementos conformadores da hospedagem. Em síntese, salvo exceções de casos concretos, não há serviço vinculado ao uso temporário do imóvel.

102. Não há que se discutir, portanto, sobre a eventual vedação ao uso do imóvel como hospedagem, como alegadamente têm feito alguns condomínios. Simplesmente, não se trata de hospedagem. Com efeito, ver hospedagem no mero uso temporário e rotativo de pessoas em um mesmo imóvel é desconhecer o que estabelece o Direito brasileiro, ao regular a locação para temporada na Lei 8.245/91 (artigos 48-50).

B.

A POSSIBILIDADE DE OS CONDOMÍNIOS VEDAREM A CELEBRAÇÃO DESSES CONTRATOS

103. A ideia de propriedade como um direito garantido igualmente a todos os membros da comunidade política que o detenha corresponde a um dos conceitos mais relevantes e básicos para o direito moderno, estabelecendo-se como uma das molas mestras do sistema jurídico pós-Revolução Francesa.

104. Jean Etienne Marie Portalis, no seu famoso *Discurso Preliminar ao Código Civil Francês*, depois de indicar como o *Code Napoléon* havia alterado a matriz fragmentária e a vinculação às subjetividades do proprietário, típicas do regramento dos bens no Antigo Regime, afirma que o direito de propriedade é uma “instituição direta da natureza”, na medida em que é o veículo fundamental para a realização das necessidades básicas



dos indivíduos.⁶¹ Digno de nota é que Portalis dedica poucas linhas do seu discurso a tratar do direito de propriedade. Seguramente, o motivo é simples: diante da evidência de tamanha relevância como base do sistema, não se fazia necessário discutir sobre aquilo que era, então, tão óbvio.

105. No entanto, a construção do conceito de propriedade moderna – ao que também se agrega o conceito de posse – nada teve de óbvio. Ao contrário, essa construção, tanto teórica quanto histórica, foi lenta e demandou diversos e profundos desenvolvimentos acadêmicos, notadamente para adequar, sob conceitos gerais amplos como o de propriedade e de posse, realidades muitas vezes díspares.⁶²

106. O manejo desses conceitos não foi facilitado ao longo do Século XX, especialmente depois que a Constituição de Weimar, que extinguiu o Império Alemão em 1919, introduziu as bases daquilo que, posteriormente, iria se cristalizar sob a expressão “função social da propriedade”.⁶³ Em essência, a noção de função social da propriedade é simples: trata-se de

⁶¹ PORTALIS, Jean Etienne Marie. *Discurso preliminar al Código Civil francés*. Introdução e tradução de CREMADES, I; GUTIÉRREZ-MASSON, L. Madri: Civitas, 1997, p. 102. Sobre a classificação dos bens e as suas relações com a condição social das pessoas a eles vinculadas (nobres ou plebeus), ver p. 89.

⁶² Entre outros, cf. GROSSI, Paolo. Un paradiso per Pothier (Robert-Joseph Pothier e la proprietà ‘moderna’). *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, n. 14, 1985, p. 401 ss.; GORDLEY, James. *Foundations of private law: property, tort, contract, unjust enrichment*. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 49 ss.

⁶³ O art. 153 da Constituição de Weimar afirmava que a propriedade (privada) gera deveres (*Eigentum verpflichtet*). A inserção deste dispositivo deu voz legislativa ao esforço doutrinário de, entre outros, Otto von Gierke, cuja clássico texto sobre a função social do direito privado expressamente refere: “O direito de propriedade sem deveres não possui qualquer futuro!” (No original “Das pflichtenlose Eigentum hat keine Zukunft!”) Cf. GIERKE, Otto von. *Die Soziale Aufgabe des Privatrechts*. Berlin: Springer, 1889, p. 18.



garantir que o exercício da propriedade observe certos ônus com a coletividade, impostos pelo Estado, do que não decorre nenhuma espécie de eliminação dos poderes do proprietário.⁶⁴ O próprio von Gierke, o pai da ideia de função social no Direito Privado, não via a função social da propriedade como uma contraposição ao poder do proprietário. Ao contrário, sua maior preocupação era a de limitar a fragmentação voluntária do direito de propriedade pelo proprietário, de modo a procurar conservar a sua integridade – e a utilidade (social) do bem – na maior medida possível.⁶⁵

107. Todavia, se a noção em si mesma é simples, em sua concretização ela revela sua dificuldade. Qual a conduta devida? Quais os limites? Quais as consequências jurídicas vinculadas? Todas essas questões continuam sendo objeto de análise, sobretudo no âmbito acadêmico.

108. Neste âmbito, mais recentemente, discute-se também acerca do elemento nuclear do direito de propriedade. Alguns autores têm proposto a chamada concepção de propriedade como um “direito a excluir”. Segundo eles, o que polarizaria todo o direito de propriedade é o objetivo último de excluir outros, ou seja, os demais membros da sociedade, da utilização, do gozo e da fruição do bem.⁶⁶ Esta exclusão dos outros criaria

⁶⁴ GOMES, Orlando. Novas dimensões da propriedade privada. In: GOMES, Orlando. *Ensaio de Direito Civil e de Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Aide, 1986, p. 85 ss., p. 90.

⁶⁵ GIERKE, Otto von. *Die Soziale Aufgabe*, cit., p. 23.

⁶⁶ Entre outros, cf. SMITH, Henry E. Exclusion and Property Rules in the Law of Nuisance. *Virginia Law Review*, n. 90, 2004, p. 987; PENNER, J. E. *The Idea of Property in Law*. New York: Oxford University Press, 1997, passim. Aqui, ressalte-se o contraste com a opinião de von Gierke, op. cit., p. 20.



um “espaço” para o proprietário que, livre do dever de abstenção imposto a todos os demais, pode, ele próprio, usar, gozar e fruir do bem.

109. Outros autores, por sua vez, têm sustentado que o que polariza e dá sentido ao feixe de situações jurídicas subjetivas que se agregam em um direito de propriedade é a finalidade de se atribuir a alguém o poder de estabelecer a “agenda” de utilização do respectivo bem.⁶⁷ Isso explicaria o porquê de um proprietário poder transmitir temporariamente diversos direitos (por exemplo, por meio de locação) e ficar, ele próprio, excluído do uso, gozo e fruição do bem por certos períodos. O que importa é que a utilização do bem, o seu “destino”, seja decidido primariamente não por terceiros, mas pelo titulado para isso, ou seja, o proprietário. Obviamente, haverá situações em que outros tomarão decisões sobre o bem (por exemplo, um inquilino, ou um usufrutuário), mas essas decisões, de modo geral, se reconduzem a uma decisão do proprietário.

110. Descabe aqui entrar nessas discussões de cunho teórico, mas sim perceber que, nelas, a figura do proprietário exerce um papel central. Seja porque ele tem o poder de excluir, seja porque ele tem o poder de estabelecer a “agenda” do bem, é o proprietário aquele que, em primeiro lugar, delibera sobre a coisa e retira, dela, as suas benesses. Tratar da propriedade sem respeitar esse elemento essencial acaba por representar uma grave falha analítica: a de alterar a natureza do objeto analisado por meio da errônea descrição desse mesmo objeto.

⁶⁷ Cf. KATZ, L. Exclusion and exclusivity in property law. *University of Toronto Law Journal*, n. 58, 2008, p. 275. Em sentido similar, MICHELON, Cláudio. What has Private Law ever done for justice? *Edinburgh Law Review*, n. 22.3, p. 329-346.



111. Por certo, os direitos e faculdades do proprietário não são ilimitadas ou irrestritas. Com efeito, nenhum direito desconhece limites e restrições e com o direito de propriedade não poderia ser diferente. Porém, essas limitações e restrições se estabelecem sobre uma matriz técnica que não se pode desconhecer. É essa matriz que garante um conjunto de direitos ao proprietário.

112. Para o que interessa ao presente parecer, são sobretudo as noções de limitação e de restrição ao direito de propriedade que devem ser abordadas, na medida em que elas se mostram peça chave à compreensão da juridicidade da conduta de certos condomínios que visam a restringir o uso dos imóveis de alguns proprietários.

113. Nesse contexto, é compreensível que situações novas – como é o caso das plataformas *online* aqui discutidas – possam gerar alguns espaços de dúvidas. Analisado o Direito Civil com atenção, no entanto, essas dúvidas se dissipam. As limitações e restrições ao direito de propriedade são conceitos técnicos antigos e conhecidos. Mais uma vez, o novo pode ser o cenário e, não, as ferramentas de análise. Estas são suficientemente conhecidas.

114. Cabe exercer a tarefa que, como visto acima, é própria do jurista: aplicar as conhecidas ferramentas técnicas aos casos concretos, ainda que novo seja o cenário envolvido.

1. Condições ao direito de propriedade: limitações e restrições

115. Como já referido, todo o direito subjetivo possui limites e restrições. Não há direitos ilimitados. Tampouco o direito à vida o é, como



bem demonstra, em certos casos, o exercício lícito da legítima defesa. Algumas constringões aos direitos decorrem do seu próprio escopo interno. Um crédito de 100, por exemplo, é de 100 e, não, de 101 ou mais. Além disso, um crédito prescrito deixa de ter pretensão. Passado o tempo previsto na norma abstrata para a prescrição, uma das virtualidades daquele crédito deixa de existir. O crédito passa a ter um limite, interno, decorrente do seu próprio regime.

116. Há, porém, constringões aos direitos que são externas a eles. O direito ao uso da via pública – bem público de uso comum – para fins de estacionamento pressupõe que haja vaga disponível. Não havendo vaga, o exercício do direito fica constrito, não por uma razão interna ao próprio direito, mas sim por uma realidade externa a ele. A ausência da referida vaga, por sua vez, pode decorrer da ocupação prévia, mas também pode decorrer de um ato administrativo, que retirou a possibilidade de uso de vagas em determinado local.

117. Diante da diversidade de razões que ensejam a constringão de direitos, Pontes de Miranda sugere uma distinção entre as hipóteses de constringão ao direito de propriedade que facilita a compreensão do todo. Segundo ele, haveria “limitações ao direito de propriedade” e “restringões ao direito de propriedade”. As *limitações* seriam baseadas na lei geral (aqui entendida de modo *lato*, para abarcar também a Constituição) e, portanto, tenderiam a atingir a estrutura interna do direito de propriedade. Já as *restringões* não passariam pelo crivo do legislador, mas decorreriam da



autonomia privada ou de atos administrativos.⁶⁸ Exemplo de restrições encontram-se na servidão ou no usufruto.

118. Essa distinção entre “limitação” e “restrição” não é usual na doutrina⁶⁹ e, utilizada com muito rigor, ela tende a gerar mais problemas do que soluções. Ocorre que a exata determinação do que, em concreto, corresponderia a uma limitação ou a uma restrição enseja certas dificuldades e, por sua vez, a segregação não gera maiores desdobramentos eficaciais. A grande virtude é didática e vinculada à condição, que ela possibilita, de mais bem se identificarem as fontes das constringências ao direito ao direito de propriedade.

119. Em razão dessa vantagem didática, essa forma de distinção será utilizada a seguir.

2. Limitações ao direito de propriedade: a possibilidade de locar no caso concreto

120. Não há limitação ao direito de propriedade que impeça o locador de locar seu imóvel localizado em condomínio. Ao contrário, tal direito é expressamente autorizado pela legislação. É o que se será demonstrado a seguir.

⁶⁸ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 4. ed. T. XI. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 18.

⁶⁹ Mais recentemente a acolheu PENTEADO, Luciano de Camargo. *Direito das coisas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 194-197.



a. As limitações ao direito de propriedade

121. Por limitações ao direito de propriedade, quer-se referir às restrições, reduções de escopo do direito de propriedade decorrentes da atuação legislativa, seja em leis propriamente ditas, seja na Constituição. Em outras palavras, as limitações correspondem à conformação dada ao direito em questão. Por um lado, a atividade legislativa, ao definir direitos, estabelece certo escopo. Por outro, as limitações podem moldá-lo.

122. A interação entre escopo e respectivas limitações é dinâmica. Ambos são efeitos de normas jurídicas, cujos respectivos textos-fonte demandam interpretação. O escopo delimitado pelo legislador serve de base à interpretação das limitações, assim como estas servem à interpretação daquele. Não fosse assim, a norma que estabelece o escopo de um direito estabeleceria a sua própria limitação, assim como a norma que estabelecesse a limitação ditaria, por si só, o escopo do direito. Não é disso que se trata, nem é essa a conformação do sistema jurídico que se pode admitir. Entre as normas que estabelecem o escopo de um direito e aquelas que estabelecem as suas limitações, não há relação de exclusão, mas de complementariedade. Uma conforma a outra.

123. No plano constitucional, a função social da propriedade – prevista no art. 5º, XXII, XXIII e XIV e art. 170, II e III – corresponde ao principal elemento limitador do direito de propriedade. Essa função social da propriedade foi, posteriormente, também delimitada no Código Civil (art. 1.228, § 1.º).⁷⁰ A ideia consubstanciada nessa expressão indica a necessidade

⁷⁰ O art. 1.228 do Código Civil, ao mesmo tempo em que define o direito de propriedade a partir das faculdades de uso, gozo, disposição e reivindicação, estabelece a necessidade do seu



de se considerar a propriedade privada não mais como um direito cujo exercício desconsidera todo e qualquer outro interesse senão o do proprietário. O exercício do direito de propriedade, em razão disso, deverá ser compatibilizado “com interesses não proprietários: há que se respeitar o meio ambiente, há que tornar produtivo o imóvel rural, visando a produção de alimentos e criação de riquezas, há que se proteger os trabalhadores rurais, etc.”.⁷¹

124. Por isso mesmo, a Constituição de 1988 procura indicar não apenas os interesses a serem levados em conta para que a função social seja cumprida, distinguindo-os no âmbito rural e urbano, como também as consequências vinculadas ao descumprimento da função social. Exemplo de tais consequências são a desapropriação por interesse social, seja para fins de reforma agrária, seja para fins de reforma urbana, e a incidência, ou não, de determinados impostos sobre determinados imóveis, conforme se verifique o cumprimento da sua função social (artigos 153, 182, 184, 185 e 186).

125. Não se pode esquecer, no entanto, que a existência de uma função social da propriedade não é incompatível com a natureza individual da propriedade. A propriedade segue sendo um direito subjetivo por

exercício conforme determinados preceitos (a observância à finalidade econômica e social da propriedade; a preservação da flora, da fauna, das belezas naturais, do equilíbrio ecológico, do patrimônio histórico e artístico, das águas e da qualidade do ar; a vedação à prática de atos com intenção de prejudicar outras pessoas). Referido dispositivo ainda trata das hipóteses de desapropriação por necessidade pública, utilidade pública e interesse social, bem como às hipóteses de desapropriação privada.

⁷¹ FACCHINI NETO, Eugenio. Comentário ao art. 170, III. In CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1800.



excelência, cabendo ao indivíduo-proprietário, em um primeiro plano, a liberdade para estabelecer a destinação a ser dada ao bem.

126. Como bem refere Eros Roberto Grau, “enquanto instrumento a garantir a subsistência individual e familiar – a dignidade da pessoa humana, pois – a propriedade consiste em um direito individual e, iniludivelmente, cumpre função individual”⁷². Não há, no âmbito da função social, um conflito entre sociedade e indivíduo. O télos social incluído na atuação do proprietário por meio da função social abrange o indivíduo. A retirada, para si próprio, de benesses decorrentes do bem objeto da propriedade é, também, exercício da função social. Exemplo disso pode ser visto na própria Constituição, cujo art. 185 define como insuscetível de desapropriação para fins de reforma agrária a pequena e média propriedade rural, desde que seu proprietário não possua outra. Nele, resta claro que a proteção dos interesses individuais em nada discrepa da realização de interesses sociais.

127. Em essência, cabe fundamentalmente ao legislador estabelecer parâmetros que determinem deveres ativos do proprietário, emanados da noção de função social, bem como suas consequências.

128. Da mesma forma, cabe ao legislador – tal como demonstra o art. 184 da Constituição – estabelecer parâmetros em que a realização da função social ocorrerá pelo exercício de determinadas competências e/ou poderes individuais.

⁷² GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 233.



129. No plano legal, o principal elemento limitador da propriedade decorre de si própria, ou seja, da interação entre iguais direitos. Trata-se dos direitos de vizinhança.

130. A expressão “Direitos de Vizinhança” refere-se às limitações legais impostas ao direito de propriedade “tendo em vista os conflitos que podem resultar da proximidade dos prédios”⁷³ – sendo que a palavra “prédio” é utilizada, aqui, em sentido lato, não se fazendo distinções entre imóveis urbanos ou rurais, residenciais, comerciais ou industriais. Tenciona-se, assim, um duplo aspecto de regulação, tanto das relações de vizinhança quanto dos direitos e deveres delas decorrentes.

131. A necessidade de regulação de tais relações decorre, na feliz expressão do clássico no tema entre nós, San Tiago Dantas, de uma “continuidade indestrutível” existente entre bens imóveis.⁷⁴ Se uma coisa móvel pode ser isolada, materialmente, de outras em razão dos limites de sua superfície, o mesmo não ocorre com as coisas imóveis: estas são divididas a partir de uma conveniência das pessoas e, como consequência, comunicam-se com outros objetos tanto horizontalmente, quanto verticalmente. É em decorrência dessa “continuidade indestrutível” que surgem as interferências de uma propriedade em outra, a causar o conflito de vizinhança.

⁷³ GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 21. ed., rev. e atual. por FACHIN, Luiz Edson. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 203. No mesmo sentido, PENTEADO, Luciano de Camargo. *Direito das coisas*, cit., p. 414.

⁷⁴ DANTAS, Francisco Clementino San Tiago. *O conflito de vizinhança e sua composição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972, p. 17-18.



132. A vizinhança é, pois, um fato social: trata-se de uma “relação de continuidade e dependência natural entre prédios de diferentes donos”. Enquanto a característica de fato social não se altera com o decurso do tempo, o mesmo não pode ser dito quanto ao conflito que dela surge, que “muda de época para época, ao menos quanto ao seu caso ou aspecto dominante”.⁷⁵ Por isso mesmo, San Tiago Dantas afirma serem:

“incontáveis os atos do homem que, embora praticados no interior de um imóvel, vão ter os seus efeitos propagados até os imóveis adjacentes. Ruídos que se produzem num prédio e que se ouvem nos mais próximos, vapores e fumaças que exalam e que impregnam a atmosfera circunstante, vibrações que a continuidade do solo transmite a prédios distantes, objetos que caem além da divisa, águas que escorrem segundo o declive atravessando a linha lindeira, prédios que se erguem tirando a luz, a vista ou o ar de um vizinho mais próximo, janelas que se abrem devassando a intimidade de uma moradia, atos indecorosos praticados com a publicidade necessária para constranger os que vivem nas cercanias, tudo decorre da união material que a natureza estabelece entre os prédios, e que introduz uma certa comunhão entre os vários proprietários, de tal maneira lhe são reversíveis os seus próprios atos”.⁷⁶

133. A expressão “Direitos de Vizinhança” abrange, portanto, “uma gama enorme de situações jurídicas vicinais bastante heterogêneas”⁷⁷, e

⁷⁵ DANTAS, Francisco Clementino San Tiago. O conflito de vizinhança, cit., p. 15.

⁷⁶ DANTAS, Francisco Clementino San Tiago. O conflito de vizinhança, cit., p. 18.

⁷⁷ PENTEADO, Luciano de Camargo. Direito das coisas, cit., p. 399.



com ela busca-se regular direitos e deveres decorrentes de atos de um proprietário/possuidor que possam repercutir e, com isso, causar prejuízos ou incômodos a prédios vizinhos.⁷⁸

134. Essa gama de situações jurídicas heterogêneas confirma o que se afirmou anteriormente, no sentido de que o enfrentamento jurídico de questões novas, ou de novos campos de atuação humana, não é novidade para o jurista, cabendo a ele bem compreender os novos fenômenos a partir das categorias jurídicas existentes.

135. Ideia inerente à expressão “Direitos de Vizinhança” é a sua bilateralidade, afetando, abstratamente, todos os vizinhos. É que, se assim não fosse, cada proprietário/possuidor invocaria o seu direito de propriedade, tanto em seu aspecto positivo (no sentido de dispor da sua propriedade da forma que melhor lhe aprouvesse), quanto em seu aspecto negativo (no sentido de evitar interferências externas). Nessa situação, “para defender um dos aspectos fundamentais da propriedade (o seu lado negativo), temos de aniquilar o outro (o lado positivo)”, medida essa que não se coaduna com a própria noção de direito de propriedade, que restaria (ao menos economicamente) desvalorizada.⁷⁹

136. Em razão disso, a análise da sistematização dada à matéria pela codificação é de importância fundamental. No âmbito do Direito brasileiro, o Código Civil de 2002 disciplinou a matéria a partir de diferentes preceitos,

⁷⁸ GOMES, Orlando. *Direitos reais*, cit., p. 204.

⁷⁹ DANTAS, Francisco Clementino San Tiago. *O conflito de vizinhança*, cit., p. 17-20. No mesmo sentido, GORDLEY, James. *Foundations of private law*, cit., p. 70.



quais sejam: (i) o uso anormal/nocivo da propriedade, (ii) as árvores limítrofes, (iii) a passagem forçada, (iv) a passagem de cabos e tubulações, (v) as águas, (vi) os limites entre prédios, (vii) o direito de tapagem e (viii) o direito de construir.

137. Para os fins deste parecer, interessa especialmente a modalidade de uso anormal/nocivo da propriedade, a qual configura o que se pode denominar “princípio geral” em matéria de direitos de vizinhança. A sua importância reside no fato de sua caracterização, prevista no art. 1.277, *caput*, do Código Civil de 2002⁸⁰, ser semelhante à disposição prevista no art. 1.336, inciso IV, do Código Civil de 2002⁸¹, que trata especificamente dos deveres aos quais estão submetidos os proprietários/possuidores de unidades em condomínios, notadamente edifícios.

b. A inaplicabilidade das limitações

138. As questões que se levantam dizem respeito a saber se a utilização de plataformas *online* ao estilo do Airbnb enseja algum tipo de uso anormal da propriedade, passível de ensejar vedações decorrentes da função social da propriedade ou do direito de vizinhança.

⁸⁰ Art. 1.277, Código Civil de 2002. O proprietário ou o possuidor de um prédio tem o direito de fazer cessar as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde dos que o habitam, provocadas pela utilização de propriedade vizinha. Parágrafo único. Proíbem-se as interferências considerando-se a natureza da utilização, a localização do prédio, atendidas as normas que distribuem as edificações em zonas, e os limites ordinários de tolerância dos moradores da vizinhança.

⁸¹ Art. 1.336, Código Civil de 2002. São deveres do condômino: (...) IV – dar às suas partes a mesma destinação que tem a edificação, e não as utilizar de maneira prejudicial ao sossego, salubridade e segurança dos possuidores, ou aos bons costumes.



139. Com relação à função social da propriedade, a resposta é mais simples. Como se viu, a função social da propriedade não serve para restringir toda e qualquer espécie de utilização da propriedade e tampouco aniquilar os poderes de disposição do proprietário. Sua atuação é pontual e se relaciona aos efeitos sociais do uso do bem. Por sua vez, cabe fundamentalmente ao legislador estabelecer o modo de exercício que realiza (positivamente) ou que atinge (negativamente) a função social da propriedade. Cabe ao legislador, também, em primeiro plano, estabelecer as sanções aplicáveis.

140. Além disso, a função social da propriedade não se confunde com a proteção de qualquer espécie de coletivismo. O fato de haver uma coletividade envolvida, como é o caso do condomínio, não significa que esta possua – somente por se tratar de uma coletividade – alguma espécie de proteção especial em relação àquela atribuída ao proprietário. Se a função social da propriedade autorizasse que qualquer coletividade envolvida pudesse sobrepujar os interesses do proprietário ou mesmo substituí-los pela vontade coletiva, então toda a propriedade individual, dentro de um condomínio, tornar-se-ia propriedade condominial. A função social da propriedade, desse modo, não vai tão longe.

141. Tanto em propriedades insertas em condomínio, quanto em qualquer outra espécie de propriedade, a função social da propriedade não aniquila os poderes e tampouco o papel central exercido pelo proprietário. Segue ele gozando de um amplo poder de deliberação sobre os destinos do bem, respeitados, evidentemente, os ditames estabelecidos pelo ordenamento jurídico.



142. Um desses ditames é de particular relevância no caso concreto, mas cabe voltar-se a ele depois de analisarem-se as limitações decorrentes dos direitos de vizinhança.

143. No que respeita aos direitos de vizinhança, importa analisar se a locação feita pelo proprietário, por intermédio de plataformas *online* especializadas, pode configurar uso nocivo, anormal ou irregular, a irradiar consequências restritivas próprias. Para tanto, importa perceber que nem toda a conduta que cause incômodo aos vizinhos é, por si, uso nocivo, anormal ou irregular. O condômino que toma aulas de piano ou saxofone durante o horário permitido e dentro dos índices de ruídos autorizados causa incômodo, mas seu uso não é irregular. O proprietário que realiza obras de reforma no seu apartamento causa incômodo, mas a sua obra não corresponde, por si, a um uso irregular. O vizinho que tem filho portador de necessidades especiais e, que, por isso, usa com mais frequência e mais devagar o elevador do prédio pode causar incômodo aos demais, mas nada há de irregular no seu uso.

144. Cabe perceber que esses incômodos relacionam-se ao núcleo de proteção dos direitos de vizinhança, ou seja, a saúde, a segurança e o sossego. Chegar à noite e abrir a garagem, pondo em exposição o prédio, pode aumentar os riscos de segurança, mas o uso não é irregular. Do mesmo modo, ser portador de uma doença contagiosa aumenta os riscos contrários à saúde aos demais condôminos, mas disso não decorre, por si, a irregularidade do uso das áreas comuns do prédio.



145. Em qualquer uma das situações acima, identifica-se que há um núcleo protegido pelo direito de propriedade mesmo diante das limitações decorrentes dos direitos de vizinhança. Esse núcleo diz respeito àquelas condutas que, conquanto possam atingir os interesses dos demais vizinhos, devem ser toleradas por eles. O próprio Código Civil é expresso nesse sentido, ao determinar, no parágrafo único do art. 1.277, que se devem observar os “limites ordinários de tolerância dos moradores da vizinhança”. Ainda que essa avaliação envolva um certo grau de subjetividade, certo é que o direito objetivo estabelece parâmetros *apriorísticos* para essa análise. Em outras palavras: aquilo que é expressamente permitido pelo ordenamento jurídico não pode ser, igualmente e ao mesmo tempo, proibido pelo direito de vizinhança, devendo ser interpretado como “limites ordinários de tolerância”.

146. Com essas considerações, cabe retomar os ditames jurídicos antes referidos.

147. Em termos de limitação ao direito de propriedade, verifica-se que o próprio ordenamento expressamente autoriza a locação para temporada, permitindo que ela ocorra em períodos mínimos, desde que respeitado o limite de 90 (noventa) dias.⁸² Ou seja, o próprio ordenamento pré-autoriza a realização de tais locações, sem nenhuma limitação. O direito de propriedade de imóvel urbano, assim, já se estabelece com esse poder que lhe é inerente, pois fruto da manifestação específica e competente do

⁸² Registra-se que a plataforma Airbnb aceita locações por períodos superiores a 90 dias. No entanto, foca-se aqui em locações para temporada não só em razão do conteúdo da consulta, mas sobretudo porque essas locações são os principais alvos dos condomínios que se têm voltado contra as locações por meio de plataformas *online*.



legislador. Esse poder é do proprietário pois assim dispôs o legislador. É a partir desse marco que as limitações devem ser vistas, não o contrário.

148. A locação de um imóvel para um período curto, assim como a sucessão dessas operações, correspondem a emanações lícitas da propriedade, cujos efeitos têm de ser tolerados por terceiros, notadamente vizinhos e condôminos.

149. Poder-se-ia alegar que o legislador, ao regular a locação para temporada, apenas dispôs sobre um contrato e, não, sobre o direito de propriedade. O argumento, no entanto, é tortuoso e não pode ser aceito. Ao dispor sobre a locação para temporada, o legislador atribuiu um direito a todo aquele que possui poder de disposição sobre o uso de imóveis urbanos. Deu esse poder ao usufrutuário e ao comodatário, assim como deu esse poder àquele que, mais usualmente, loca os imóveis, o proprietário. Nesse sentido, ao regular sobre o modo como determinados imóveis podem ser locados, o legislador, indiretamente, regulou a propriedade, atribuindo, a ela, certos poderes particulares.

150. O legislador, assim, conformou o direito de propriedade no Brasil autorizando expressamente a locação para temporada. Esta locação, portanto, é plenamente regular e corresponde ao exercício legítimo do direito de propriedade.

151. Nesse sentido, resta claro que não há limitação ao direito de propriedade, mas, sim, manifesta permissão jurídica para a prática.

152. Veja-se que o legislador poderia ter conformado o direito de propriedade de outra forma. Um caso recente de limitação ao direito de



propriedade bem demonstra. Trata-se das alterações trazidas ao art. 1.331, § 1º, do Código Civil pela Lei 12.607/2012, que restringiu a possibilidade de venda e de locação de espaços de garagem em condomínios apenas a membros do próprio condomínio, “salvo autorização expressa na convenção de condomínio”. Ao assim agir, o legislador interveio diretamente no direito de propriedade de imóveis localizados em condomínios edilícios, limitando-o em certas situações e permitindo a utilização pontual da autonomia privada para deliberar em sentido contrário. Aqui cabe perceber que foi o legislador que interveio, não os condomínios. Salvo em situações particulares, que serão vistas a seguir, não cabe aos condomínios *moldar* a propriedade alheia, reservando-se ao legislador federal, nos termos da Constituição da República, art. 22, I, a competência para fazê-lo.

3. Restrições ao direito de propriedade: a possibilidade de locar no caso concreto

153. Da mesma forma, não há restrições ao direito de propriedade passíveis de decorrer de regramentos condominiais. Falta competência aos condomínios para reger o tema. Além disso, ainda que essa competência existisse, a vedação seria desproporcional. É o que se passa a demonstrar.

a. As restrições ao direito de propriedade

154. Restrições ao direito de propriedade podem ser compreendidas, como visto acima, como constrições do direito decorrentes de fatores distintos da atuação do legislador, de modo que não alteram a natureza do direito, mas atingem o seu exercício.



155. A fonte principal dessas restrições é a autonomia privada. Cabe ao proprietário restringir a utilização do bem, por meio da constituição de outros direitos reais sobre ele (servidões, usufruto, uso etc.) ou pela constituição de garantias (hipoteca), ou, ainda, pela aplicação de cláusulas restritivas, como a de inalienabilidade.

156. Mas também terceiros podem estabelecer restrições. Exemplo maior é o Estado que, no exercício do seu poder regulamentador ou do seu poder de polícia, não raro determina restrições ao exercício do direito de propriedade sobre certos bens. Além do Estado, os condomínios também se incluem aqui como fontes de restrição. Com efeito, ao disporem sobre horários de silêncio, sobre destinação de resíduos, sobre limpeza interna, sobre uso de áreas comuns, o condomínio regulamenta e, ao fazê-lo, muitas vezes restringe o direito de propriedade.

157. Em qualquer um desses casos de restrição da propriedade por terceiros, a questão que se põe diz respeito à respectiva competência – entendido este termo, aqui, como “medida de poder” – para emanar o ato restritivo. O Estado-Membro, por exemplo, não pode dispor sobre posturas municipais, da mesma forma que não cabe ao Município, nos termos da Constituição (art. 184), desapropriar para fins de reforma agrária. As restrições ao direito de propriedade pressupõem o *exercício legítimo* da competência específica, vale dizer, o exercício legítimo do poder jurídico de regulamentar o tema.

158. No caso de condomínios, essa competência é expressada na lei, relacionando-se com três elementos descritos nos artigos 1.277 e 1.336 do



Código Civil: a *segurança*, o *sossego* e a *saúde* (ou *salubridade*). Nesse sentido, as restrições ao direito de propriedade decorrentes de condomínios só se legitimam juridicamente na medida em que se sustentarem em um desses três critérios.

159. É exatamente nesse ponto que se encontra a inviabilidade de os condomínios restringirem a locação de unidades autônomas a terceiros, por meio de utilização de plataformas *online*. Essas locações não atingem, por si mesmas, a segurança, o sossego ou a saúde dos condôminos.

b. A inaplicabilidade das restrições

160. Veja-se. O maior afluxo de pessoas ao condomínio pode até incomodar alguns condôminos, mas não gera, por si, insegurança. Se há sistemas de proteção do prédio, por exemplo, cabe ao locador fazer com que esse sistema seja observado pelo locatário. Eventuais segredos ou códigos, se existirem, podem ser utilizados de modo particularizado, com as devidas identificações. Aliás, nenhuma diferença há, nessas hipóteses, entre as locações em questão e uma obra que precisa ser realizada em alguma unidade autônoma. Também não haveria entre o exercício da locação e o exercício do comodato a terceiros, cuja faculdade decorre inegavelmente do direito de propriedade.

161. Interessante perceber que o uso da plataforma Airbnb acaba também por gerar um certo grau de segurança, até mais elevado do que ocorre em outros casos similares, na medida em que os usuários são conhecidos e seus dados ficam devidamente registrados. Esse grau de



segurança propiciado pelas plataformas *online* é, não raro, menosprezado ou despercebido pelos próprios condomínios.

162. Da mesma forma como não atinge necessariamente a segurança, a locação para terceiros não atinge necessariamente o sossego dos condôminos. Esse sossego, vale lembrar, não é um direito absoluto e inquebrantável, mas se flexibiliza a partir de variações de horários e locais (*e. g.*, horário de uso de salão de festas, piscinas etc.). Em outras palavras, o direito ao sossego é matizado conforme as regras próprias do condomínio. Diante disso, não parece haver razão para, *aprioristicamente*, cogitar-se que o locatário de imóvel por meio de plataformas *online* iria, por isso, desrespeitar essas regras próprias. Além disso, caso haja o desrespeito, seja pelo locatário, seja por proprietário, a sanção prevista deve incidir. A fonte da posse daquele que descumpra a regra, para tanto, não faz nenhuma diferença.

163. Por fim, celebração de contratos de locação por meio de plataformas *online* também não provoca, por si, nenhum prejuízo à saúde dos demais moradores. Para aceitar essa vinculação, ter-se-ia de cogitar que os locatários em questão gerariam maior risco de enfermidade. Afora eventual preconceito ou discriminação, não se mostra condizente com os fatos, e tampouco com a lógica, que essa conclusão seja aceita. Locatários de imóveis por meio de plataformas *online* dificilmente poderão ser tidos, em razão do mecanismo de contratação, como pessoas dotadas de um especial risco à saúde alheia.



164. Observados os fatos com desprendimento e com olhos descobertos de preconceitos, constata-se que não há elementos concretos – afora receios vagos ou incômodos subjetivos – que justifiquem as medidas restritivas adotadas por alguns condomínios ao modo ora discutido de contratação de locação. Ao contrário, a experiência demonstra que, muitas vezes, são os condôminos proprietários aqueles que mais geram problema à saúde, à segurança e ao sossego dos demais condôminos. Nesses casos, aliás, os efeitos tendem a ser muito mais graves, na medida em que os problemas vivenciados não serão passageiros, como os seriam nos casos de locação para temporada.

165. Ainda que assim não fosse, o exercício da competência dos condomínios para regular sobre o tema e, com isso, impedir os proprietários de locarem seus imóveis para temporada por meio de plataformas *online* esbarraria na ausência de proporcionalidade.

166. Como sabido, o chamado princípio (ou postulado) da proporcionalidade é um método de ponderação jurídica destinado a solver hipóteses de conflito de entre dois direitos. O *locus* usual de aplicação da proporcionalidade é o Direito Público, notadamente no âmbito dos conflitos de direitos fundamentais. No entanto, esse é apenas o espaço mais usual de aplicação, mas não o seu único espaço de aplicação. A proporcionalidade é meio de solver a questão do conflito de direitos e estes, evidentemente, não se limitam ao Direito Público ou aos direitos fundamentais.⁸³

⁸³ Nesse sentido, cf. HANAU, Hans. *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit als Schranke privater Gestaltunsmacht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2004. Em síntese, Hanau sustenta que o exercício da autonomia privada é o exercício de um poder de conformação ["Gestaltungsmacht"], de modo

167. O chamado “princípio da proporcionalidade” oferece critérios metodológico-normativos à concretização de presumíveis direitos decorrentes de textos dotados de força jurídica que, a partir de previsões em abstrato, possam revelar-se contraditórios. Não se trata, portanto, de comparar os bens e valores jurídicos em abstrato. Trata-se de um processo de concretização de normas abstratas, por meio da análise dos seus possíveis *efeitos* que uma dada interpretação poderia gerar sobre outros direitos circundantes que, em razão dessa interpretação, acabariam por ser limitados ou restritos.

168. O relevante é tomar em conta o grau de comprometimento admissível de um dos bens ou valores jurídicos que, frente a situações concretas, se põe em contradição com outros bens ou valores jurídicos.

169. É exatamente o que ocorre no tema da presente consulta. Nele, alguns condomínios pretendem, por diversos meios, restringir o uso do imóvel de propriedade privada em face de interesses distintos do proprietário. A questão é saber se essas medidas seriam proporcionais.⁸⁴

170. O princípio da proporcionalidade congrega três “máximas” que orientam o jurista na análise sobre a aceitabilidade de uma determinada intervenção de um terceiro (seja o Estado, outro indivíduo ou, como no caso

que ele próprio envolve a ponderação de direitos, notadamente os fundamentais. Por isso, há um necessário controle de razoabilidade do exercício desse poder conformativo.

⁸⁴ Com relação à proporcionalidade, seguir-se-á a formulação que se tornou mais usual na doutrina, qual seja, a de Robert Alexy. Cf. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte* Baden-Baden: Nomos, 1985, p. 81 ss.



concreto, o condomínio) no exercício de um direito, faculdade ou competência, quais sejam:

- (a) a proporcionalidade-adequação;⁸⁵
- (b) a proporcionalidade-necessidade;⁸⁶
- (c) a proporcionalidade em sentido estrito.⁸⁷

171. Segundo a proporcionalidade-adequação, se uma determinada ação implica o comprometimento de um dado direito (no caso concreto, o direito do proprietário de locar o seu imóvel para temporada), mas não é *adequada* para realizar outro valor (p. ex., algum interesse legítimo da maioria dos demais condôminos), essa ação não pode ser aceita juridicamente.

172. Conforme a proporcionalidade-necessidade, se houver dois ou mais meios de proteger um certo bem (por ex., algum interesse legítimo da maioria dos condôminos), sendo que um deles não gera efeitos negativos para o direito de um dos envolvidos (p. ex., o direito de locar do proprietário), ao passo que o outro meio acaba por gerar esse efeito negativo, não é juridicamente aceitável adotar o meio mais nocivo ao titular do direito fundamental.

173. Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito se consubstancia na chamada “máxima da ponderação”. Segundo Alexy, ao tratar de direitos fundamentais, essa máxima se revelaria no seguinte: “Quanto maior o grau de não-satisfação de um direito fundamental ou de

⁸⁵ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, cit., p 103.

⁸⁶ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, cit., p 101-103.

⁸⁷ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, cit., p 101-102.



detrimento a um direito fundamental, maior deve ser a importância de satisfazer o outro.”⁸⁸ Trata-se aqui de identificar as vantagens que uma determinada medida gera em relação ao titular de um direito e sopesá-las com o detrimento jurídico que sofrem os titulares de outros direitos envolvidos.

174. No caso concreto, a ideia de proporcionalidade auxilia a análise do tema, na medida em que o que se discute é, no fundo, a possibilidade de restringir-se o direito de locação do proprietário – direito que, lembra-se, fora expressamente autorizado legalmente – em face de uma deliberação condominial.

175. Aplicando-se ao caso as máximas da proporcionalidade, constata-se que as medidas indicadas como aquelas que vêm sendo adotadas por alguns condomínios não são proporcionais.

176. Em primeiro lugar, é questionável a *adequação* dessas medidas. Falta a elas a comprovação de que, ao restringir o direito do proprietário, estaria efetivamente sendo garantida a realização dos interesses à proteção da saúde, segurança e sossego. Em muitos casos, as alegações condominiais são fruto de cogitações ou até mesmo de preconceitos. Mas tais justificativas acabam por se mostrar insuficientes para comprovar que o interesse perseguido é realizável pelas medidas indicadas.

⁸⁸ Cf. ALEXY, Robert. On balancing and subsumption: a structural comparison. *Ratio Juris*, n. 16, 2003, p. 433-448, p. p. 436. Em sentido semelhante, RIVERS, J. Proportionality, discretion and the second Law of balancing. In: PAVLAKOS, G. (ed.). *Law, Rights and Discourse*. Oxford: Hart, 2007, p. 168-188, p. 171.

177. Com relação à *necessidade*, a questão que se levanta refere-se à existência de medidas menos restritivas, menos constrictivas do direito de gozo do proprietário. Analisando-se os contornos dos casos, parece, sim, existir tais medidas, notadamente aquelas de natureza sancionatória. Pode o condomínio sancionar o seu condômino que, por sua conduta ou de terceiros a ele vinculados, atinge a saúde, o sossego ou a segurança dos demais condôminos. Pode o condomínio aumentar o caráter sancionatório de certas medidas em caso de reincidência. Pode o condomínio restringir determinadas faculdades, caso nenhuma outra sanção tenha gerado resultado. O que, porém, mostra-se mais do que duvidosa é a restrição, de pronto e independentemente de qualquer sustentação empírica, do gozo da propriedade privada, sobretudo quando o legislador expressamente atribuiu certo direito ao proprietário que, por ora, alguns condomínios querem restringir.

178. O mesmo se pode dizer em relação à *proporcionalidade em sentido estrito*. Para ela, não se pode perder de vista que o direito brasileiro expressamente autoriza as locações para temporada. É esse direito que está sendo atingido pela atuação de alguns condomínios. Nada é dado em troca, porém. O condômino fica alijado da possibilidade de valer-se de meios atuais para realizar o gozo de seu bem. No entanto, não há nenhuma comprovação fática, ao menos que se tenha notícia, que comprove que o alijamento desse direito tenha o condão de realizar os desejos de certos condomínios. Falta aqui a noção de ponderação entre o que se perde e o que se ganha.

179. Diante disso, constata-se que, também pelos argumentos aqui referidos, falta ao condomínio a legitimidade para a adoção de medidas



constritivas. Em primeiro lugar, falta competência normativa para restringir a propriedade. Em segundo, falta, às medidas, proporcionalidade.⁸⁹ Diante disso, a restrição ao direito de propriedade não se faz viável.

180. Se isso não fosse suficiente, veja-se ainda que algumas medidas noticiadas demonstram excessos consideráveis dos condomínios, ensejando situações de constrangimento e restrições baseadas em presunções e preconceitos pouco ou nada justificáveis. Em alguns desses casos, pode-se até mesmo constar a existência de exercício abusivo de certas posições jurídicas por meio do condomínio.

181. É o que ocorre, por exemplo, com:

⁸⁹ Não há uma lapidação doutrinária acerca da qualificação jurídica dos atos e/ou negócios jurídicos que não observam a proporcionalidade. Nada obstante, não se visualiza, nesses casos, uma atuação sobre o plano da validade, mas, sim, sobre o da eficácia. O ato ou negócio jurídico desproporcional é, desse modo, existente e válido, mas tem restrita a sua eficácia. O campo aplicável é o da licitude da *conduta* e, não, do objeto do negócio, à semelhança do que ocorre nos casos de abuso de direito. Caso nesse sentido foi julgado recentemente pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, muito embora sem a referência à proporcionalidade. No Recurso Especial 1.783.076-DF, discutiu-se sobre a possibilidade de normas condominiais vedarem que condôminos possuam animais de estimação nas suas unidades autônomas. Com fundamento na “razoabilidade”, entendeu a Terceira Turma que a norma condominial que vedava tal possibilidade não era aplicável ao caso concreto, já que o animal em questão, uma gata, não causava transtorno aos demais moradores. Vale perceber que a norma em si não foi inquinada de inválida, mas foi considerada ilícita (campo da eficácia) a conduta que impôs a sua aplicação sem temperamentos em relação às circunstâncias do caso. No que importa destacar, lê-se da ementa: “RECURSO ESPECIAL. CONDOMÍNIO. ANIMAIS. CONVENÇÃO. REGIMENTO INTERNO. PROIBIÇÃO. FLEXIBILIZAÇÃO. POSSIBILIDADE. (...) 5. Se a convenção proíbe a criação e a guarda de animais de quaisquer espécies, a restrição pode se revelar desarrazoada, haja vista determinados animais não apresentarem risco à incolumidade e à tranquilidade dos demais moradores e dos frequentadores ocasionais do condomínio. 6. Na hipótese, a restrição imposta ao condômino não se mostra legítima, visto que condomínio não demonstrou nenhum fato concreto apto a comprovar que o animal (gato) provoque prejuízos à segurança, à higiene, à saúde e ao sossego.” (Rel. Min. Villas Boas Cueva, j. 14 de maio de 2019).

- (a) a cobrança de taxa condominial extra para proprietários que disponibilizam sua unidade para locação por temporada, em geral, ou via aplicativo, em particular;
- (b) a formulação de exigências burocráticas que visam a dificultar ou impossibilitar a locação por temporada por meio da plataforma (e.g. a exigência de entrega de documentos autenticados do locatário com determinada antecedência);
- (c) a limitação de acesso de locatários de aluguel por temporada a áreas comuns do condomínio.

182. Salvo circunstâncias particulares que, no caso concreto, comprovem o oposto, todas essas condutas revelam a ausência de causalidade entre o ato restritivo à propriedade e a garantia efetiva de proteção à saúde, ao sossego e à segurança dos condôminos. Isso porque, como se disse, não há nenhuma comprovação de que o locatário de imóvel que celebra o contrato via plataforma *online* tenha uma conduta mais deletéria à saúde, à segurança e ao sossego dos demais condôminos do que aquele outro locatário que obteve acesso ao imóvel por qualquer outro meio. Tampouco a extensão do tempo de locação corresponde a alguma espécie de garantia apriorística de realização dos interesses juridicamente protegidos dos condôminos. Ao contrário, como já exposto, é muito mais negativo ao condomínio a posse longa de um possuidor (proprietário, comodatário, locatário etc.) que descumpra regras de saúde, segurança e sossego do que locações sucessivas e por curto período.

183. Analisados os fatos de forma mais atenta, constata-se que, salvo comprovações concretas, as restrições aplicadas aos proprietários que



locam seus imóveis via plataformas *online* não se sustentam, por ausência de conexão lógica entre os objetivos perseguidos e a restrição imposta. A restrição, portanto, acaba por se ver destituída de fundamento jurídico e, assim, acaba por concretizar conduta abusiva.

184. Ocorre que o exercício da competência restritiva à propriedade alegadamente destinada a proteger a saúde, a segurança e o sossego dos condôminos não se mostra apta a realizar tal proteção, ao menos pelo que se tem observado. Desse modo, não se realiza o fim econômico ou social da regra que estabelece a competência regulatória restritiva dos condomínios. Como corolário, concretiza-se a ilicitude corporificada no abuso do direito, nos exatos termos do art. 187 do Código Civil.⁹⁰

186. Caso isso ocorra e caso danos sejam impostos aos condôminos e/ou aos locatários, haverá não só ato ilícito, mas também dano indenizável, a ser reparado ao proprietário e/ou ao locatário (conforme o caso e a medida concreta adotada) pelo condomínio ou pelo executante da medida. Conquanto as consequências específicas demandem a análise do caso concreto, a hipótese se põe, sem dúvida, em tese. Em outras palavras: a conduta restritiva de alguns condomínios, como as referidas acima, pode ensejar abuso de direito e, como tal, ilícito gerador de uma série de medidas jurídicas, desde tutela inibitória, possessória e de imposição de obrigação de fazer, até tutela indenizatória.

⁹⁰ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.



187. A conclusão dessa análise, portanto, permite conduzir à resposta aos quesitos.

II

RESPOSTA AOS QUESITOS

1. Se fosse aplicável o Direito brasileiro para qualificar as relações contratuais existentes entre o Airbnb e seus usuários, assim como entre os usuários do Airbnb entre si, quais seriam essas relações contratuais? Seriam elas típicas ou atípicas?

As relações contratuais entre o Airbnb e seus usuários são qualificadas pelo Direito irlandês. De todo modo, pode-se perceber tratar-se de relações contratuais distintas. Fossem elas regidas pelo Direito brasileiro, seria possível qualificá-las do seguinte modo: a relação entre o Airbnb e o usuário-anunciante corporificaria um contrato típico de prestação de serviços e o mesmo ocorreria em relação ao contrato celebrado entre o Airbnb e o usuário interessado em utilizar temporariamente um imóvel de terceiro. Há distinções entre esses contratos, tanto no que respeita ao escopo quanto no que diz com a remuneração. Porém, ambos seriam contratos típicos de prestação de serviços.

Por sua vez, o contrato celebrado pelos usuários da plataforma entre si é um contrato de locação, normalmente – mas não necessariamente – por temporada, igualmente típico e fundado na Lei do Inquilinato (Lei 8.245/91),



salvo se, por determinação do direito privado brasileiro, outro direito reger a relação em particular.

2. Considerado especificamente o contrato celebrado pelos usuários entre si para a utilização temporária de um imóvel, seria este contrato de locação ou de hospedagem? Por quê?

O contrato é de locação. Salvo exceções que decorrerão da autonomia das partes, o modelo previsto pela plataforma Airbnb é de um contrato de locação, pelo qual uma parte cede temporariamente o uso de um imóvel e a outra se compromete a pagar por isso uma determinada prestação em dinheiro. À exceção desses acertos particulares, não há serviços do locador envolvidos nas suas prestações, mas sim obrigações de dar. Exatamente por isso, não se realiza o suporte fático do contrato de hospedagem.

3. Podem os condomínios vedar a utilização por terceiros de imóveis de seus condôminos? Se sim, sob qual fundamento?

Os condomínios não podem vedar o aluguel da unidade autônoma, objeto do direito de propriedade alheio. Em primeiro lugar, há expressa disposição legal autorizativa na Lei do Inquilinato. Em segundo, o condomínio não tem competência para regular tal matéria.



4. São lícitas as medidas que, apesar de não vedarem a contratação, restringem a utilização de áreas condominiais para aqueles que contratam o uso temporário de imóveis por meio da plataforma Airbnb?

Não são. Salvo argumento comprobatório adicional, tais medidas também representam o exercício de uma competência (entendida como “medida de poder”) que os condomínios não possuem. Além disso, são desproporcionais. Em alguns casos, podem configurar, inclusive, abuso de direito.

5. A existência de lei federal que autoriza, sem restrições, a locação de imóveis urbanos para temporada é um critério de avaliação da juridicidade dos contratos celebrados por meio da plataforma Airbnb, quando se tratar de locações por períodos curtos?

Sim. O legislador conformou o direito de propriedade estabelecendo essa faculdade ao proprietário e a todo aquele que esteja na condição de legitimado à locação. Toda e qualquer avaliação de medidas constritivas do direito de propriedade deve levar em conta que o legislador, de modo genérico, autorizou expressamente a locação para temporada, não restringindo o período mínimo de ocupação. Desprezar esse fato significa desprezar o papel central da legislação para organização do ordenamento jurídico. Por certo, os usuários da plataforma Airbnb poderão utilizá-la para locações por período superior aos 90 (noventa) dias previstos para a locação para temporada. No entanto, essas situações são menos agudas, já que vêm enfrentando menos restrições dos condomínios. É no âmbito das locações



mais curtas que as disposições autorizativas constantes da Lei 8.245/91 se fazem sentir com mais força.

* * *

Feitos os esclarecimentos acima e respondidos os quesitos que me foram formulados, entendo concluída a tarefa que honrosamente me foi confiada.

É este, portanto, o parecer.

Porto Alegre, 14 de junho de 2019.


Jorge Cesa Ferreira da Silva