

# **JURISMAT**

**Revista Jurídica do Instituto Superior Manuel Teixeira Gomes**

**N.º 13 – PORTIMÃO – MAIO 2021**

### **Ficha Técnica**

Título: JURISMAT – Revista Jurídica | Law Review – N.º 13  
Director: Alberto de Sá e Mello  
Edição: Centro de Estudos Avançados em Direito Francisco Suárez (ISMAT / ULHT / ULP)  
Instituto Superior Manuel Teixeira Gomes  
Rua Dr. Estêvão de Vasconcleos, 33 A  
8500-656 Portimão  
PORTUGAL

Edição on-line: <https://recil.grupolusofona.pt/>  
Catalogação: Latindex – folio 24241  
Correspondência: [info@ismat.pt](mailto:info@ismat.pt)  
Data: Maio 2021  
Tiragem: 100 exemplares  
ISSN: 2182-6900

## ÍNDICE

<b>PALAVRAS DE ABERTURA</b> .....	7
<b>ARTIGOS</b> .....	11
MARCOS EHRHARDT JR. & GABRIELA BUARQUE PEREIRA SILVA Contratos e Algoritmos: Alocação de Riscos, Discriminação e Necessidade de Supervisão por Humanos .....	13
CRISTINA ALVES BRAAMCAMP SOBRAL Novos Paradigmas do Direito .....	43
CARLOS FRAGA Sobre a Independência e Responsabilidade dos Juízes no Liberalismo (1820-1926) ....	61
ANTÓNIO BRAZ TEIXEIRA Lugar de José Frederico Laranjo no Krausismo Jurídico Português .....	81
M <sup>a</sup> TERESA CARRANCHO HERRERO La Necesaria Protección de los Bienes Culturales Inmuebles .....	93
MARIA DOS PRAZERES BELEZA Os Créditos compensatórios como reposição do equilíbrio entre os ex-cônjuges, em caso de divórcio .....	117
CATARINA SALGADO A residência alternada: melhor dos dois mundos... ou nem por isso... .....	135
HUGO CUNHA LANÇA Os Direitos dos Animais – efabulação ou realidade? .....	151
JOÃO ALMEIDA VIDAL Plataformas digitais de alojamento: uma análise luso-espanhola sob a perspectiva da responsabilidade civil .....	181
JOAQUÍN GARCÍA MURCIA, IVÁN ANTONIO RODRIGUEZ CARDO & DIEGO ÁLVAREZ ALONSO La prestación de trabajo a través de plataformas digitales en el sistema español: A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de Septiembre de 2020 .....	221
JOSÉ ANTÓNIO LOPES COELHO Breve apreciação sobre o desemprego atual .....	243
YOUNESS BENDAHMANE Entreprises : De quelques aspects des risques juridiques à l’heure du COVID .....	265

MARIA DE FÁTIMA CABRITA MENDES	
A Proposta da Comissão Europeia – <i>Digital Markets Act</i> : Eficácia para a resolução dos efeitos lesivos originados pelos gigantes tecnológicos na União Europeia .....	273
MARIA MIGUEL CARVALHO	
O pedido de registo de marcas «COVID» .....	295
ALBERTO DE SÁ E MELLO	
O direito exclusivo dos autores e as exceções a favor de bibliotecas, museus, arquivos e demais instituições culturais – Estudo de Direito Comparado dos regimes português e espanhol – Uma proposta para a transposição dos artigos 6.º a 8.º da Directiva 2019/790 (UE) .....	317
VÍTOR MATOS	
Medidas Cautelares de Polícia para os Crimes Praticados por Meios Informáticos – Dificuldades Inerentes à Prova Digital.....	345
SAÏD AZZI & YOUNESS BENDAHMANE	
La protection pénale de la dissolution de la société en droit marocain .....	383
JORGE GODINHO	
Arguição da dissertação de doutoramento de António Jorge Rocha Lé, Casinos em Portugal — percursos e alterações (1927-2015), na Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra, em 22 de Fevereiro de 2021 .....	391
<b>ARTIGOS DE ESTUDANTES DO CURSO DE DIREITO DO ISMAT .....</b>	<b>399</b>
CAROLLINE SOARES	
Vicissitudes no Contrato de Locação – transmissão da posição contratual em âmbito de arrendamento urbano .....	401
LÚCIA COSTA	
A Venda de Pais a Filhos e Avós a Netos (Uma reflexão sobre o artigo 877º do Código Civil) .....	417
PEDRO MIGUEL COSTA DE AZEVEDO	
Harmonização Fiscal da Tributação Direta .....	433
MANUEL CATARINO	
Breve Introdução ao Direito Terrestre do Espaço Exterior .....	447

# **Plataformas digitais de alojamento: uma análise luso-espanhola sob a perspectiva da responsabilidade civil**

JOÃO ALMEIDA VIDAL \*

**Resumo:** Este artigo tem como objetivo analisar as questões de responsabilidade civil nascidas das novas formas de contratação de serviços turísticos e, em particular, do chamado turismo colaborativo aplicado ao alojamento turístico, tudo desde uma perspectiva de direito europeu. Assim, procurar-se-ão apresentar as características principais do turismo colaborativo, averiguar a correção desta designação e estabelecer as implicações destas novas formas de contratação no campo da responsabilidade civil subjetiva e objetiva, na relação que se estabelece entre intermediários e utilizadores de plataformas digitais para arrendamento de alojamento turístico. Como decorrência lógica da investigação realizada, e porque a relação que nos ocupa apresenta contornos jurídicos inovadores e sem paralelo noutros institutos jurídicos, defenderemos o alargamento da responsabilidade civil objetiva aos titulares das plataformas digitais de arrendamento para fins turísticos, desde que a própria plataforma digital tenha intenção de lucro.

**Abstract:** This article aims to analyze the issues of civil liability arising from the new forms of contracting tourism services and, in particular, the so-called collaborative tourism applied to tourist accommodation, all from an European law perspective. Thus, it will seek to present the main features of collaborative

---

JURISMAT, Portimão, 2021, n.º 13, pp. 181-219.

\* Professor auxiliar convidado do ISMAT e da Universidade do Algarve; Advogado.

tourism, find out the correctness of this designation and establish the implications of these new forms of contracting in the field of subjective and objective (strict) civil liability, in the relationship established between intermediaries and users of digital platforms for renting holiday homes. As a logical consequence of the research carried out, and because the relationship we are dealing with has multiple innovative factors with an unparalleled legal framework in other legal institutes, we will defend the extension of objective civil liability to the holders of tourist rental platforms, provided that the digital platform itself has a profit purpose.

**Palavras-chave:** turismo colaborativo; alojamento turístico; responsabilidade civil; responsabilidade objetiva; intermediários; utilizadores.

**Key-words:** collaborative tourism; tourist accommodation; civil liability; objective liability; intermediates; users.

**Sumário:** I. Introdução. II. O conceito de turismo colaborativo. III. O turismo colaborativo e o alojamento turístico. IV. O fenómeno em Portugal e Espanha. V. As relações contratuais estabelecidas entre plataformas e utilizadores. VI. A proteção do consumidor. VII. A responsabilidade das plataformas digitais. VIII. A responsabilidade contratual das plataformas digitais: a) Os seguros oferecidos pelas plataformas digitais. IX. A insuficiência dos modelos de responsabilidade existentes. X. Posição adotada: a) O papel da confiança; b) O contributo da análise económica do Direito; c) A adoção de um sistema de responsabilidade civil objetiva; d) A distinção baseada na intenção de lucro; e) Os beneficiários da responsabilidade objetiva; f) A virtualidade moderadora da posição adotada; g) A necessária exigência de um seguro de responsabilidade civil obrigatório; h) Síntese.

## I. Introdução

O século XXI viu nascer ou, pelo menos, desenvolver, novas formas de interação entre as pessoas, as mais das vezes potenciadas pelo gigantesco salto tecnológico a que se assistiu nestes primeiros anos do século em curso. Realidades que fazem hoje parte do dia a dia da maior parte das pessoas não eram sequer sonhadas uma década atrás. E se fizermos o exercício de recuar um pouco mais, o fosso cresce e adensa-se enormemente. Este estado de coisas propiciou o aparecimento de novas formas de negócio, muito assentes na facilidade de comunicação gerada pela tecnologia, e, concomitantemente, determinou um necessário desequilíbrio nos processos clássicos de assegurar a responsabilização dos agentes causadores de danos no âmbito dos negócios jurídicos realizados e/ou a realizar. Esta constatação motivou a presente

reflexão, porquanto nos pareceu relevante aferir da suficiência e operatividade dos mecanismos para garantir a segurança do comércio jurídico e das pessoas envolvidas em complexos esquemas negociais, mas com uma aparência simples e extraordinariamente apelativa. O conceito que melhor definirá estas novas formas de contratar será o de “economia colaborativa”, pese embora a extrema dificuldade conceptual que o mesmo encerra. Dentro do guarda-chuva amplo que é a economia colaborativa, debruçar-nos-emos sobre uma especial atividade desta, o turismo colaborativo e o conseqüente arrendamento “colaborativo”<sup>1</sup> de imóveis para fins turísticos, que representa já uma porção significativa dos negócios de alojamento realizados. Assim, procurar-se-á apresentar as principais características do turismo colaborativo e suas implicações no campo da responsabilidade civil subjetiva e objetiva, especialmente na relação estabelecida entre intermediários e usuários de plataformas de turismo colaborativo para alojamento turístico (alojamento local) e, dentro destas, relativamente às que operam com intenção de lucro.<sup>2</sup> De facto, estamos em crer que o aprofundamento deste tema irá pôr em evidência a necessidade de regular os problemas de responsabilidade de forma diversa de outras situações, seja porque o ponto de partida é diferente, seja porque os efeitos dos mecanismos tradicionais geralmente não resolvem o problema de forma satisfatória.

## II. O Conceito de Turismo Colaborativo

O turismo é a atividade económica que trata da produção e distribuição de bens e serviços que tornam possíveis os benefícios esperados pelos turistas,<sup>3</sup> pelo que os principais objetivos económicos do turismo serão a maximização da utilidade dos bens e serviços postos à disposição do turista, a maximização dos lucros das empresas que produzem esses bens e prestam esses serviços, e ainda a maximização dos impactos dos gastos turísticos sobre uma determinada comunidade, região ou país. Acresce que o peso económico do turismo tem vindo consistentemente a crescer. Dados de um estudo do Conselho Mundial de Viagens e Turismo (WTTC, na sigla em inglês), e que pode ser consultado no sítio desta instituição<sup>4</sup> mostram que, em

<sup>1</sup> Colocamos entre aspas porque, como veremos adiante, nem toda esta atividade é realmente colaborativa.

<sup>2</sup> Como igualmente veremos, a distinção entre as plataformas com e sem intenção de lucro será crucial para o regime de responsabilidade a implementar.

<sup>3</sup> Adianta-se já aqui que esta definição encerra em si, de forma indelével, que o alojamento dito colaborativo (alojamento local na definição legal em Portugal, ou *alquiler de viviendas vacacionales* em Espanha) é um verdadeiro produto turístico e faz parte da oferta turística de um dado destino ou região.

<sup>4</sup> <https://www.wttc.org/-/media/files/reports/economic-impact-research/countries-2018/portugal2018.pdf>; <https://www.wttc.org/-/media/files/reports/economic-impact-research/countries-2018/spain2018.pdf>; <https://www.wttc.org/-/media/files/reports/economic-impact-research/regions-2018/europe2018.pdf>; <https://www.wttc.org/-/media/files/reports/economic-impact-research/regions-2018/world2018.pdf>

Portugal e Espanha, o Turismo tem um valor significativo para a economia, designadamente nas áreas do emprego, exportações e investimento. Este estudo, que analisa o impacto económico do sector do turismo em 184 países, concluiu, por referência a dados de 2017, que o contributo do turismo para o Produto Interno Bruto (PIB) foi de 6,8% em Portugal, de 5,4% em Espanha, enquanto que na Europa foi de 3,6%, e no mundo de 3,2%.

Dentro deste mundo de possibilidades surgiu a designada “*Economía Colaborativa*”(EC),<sup>5</sup> que se refere a modelos de negócio em que se realizam negócios jurídicos<sup>6</sup> mediante plataformas colaborativas que criam um mercado aberto para o uso temporário de bens ou serviços, normalmente oferecidos por particulares.<sup>7</sup> Este tipo de negócios implica, em geral e também no que ao alojamento turístico diz respeito,

<sup>5</sup> O conceito de economia colaborativa está longe de ser pacífico e parece ser um dado adquirido a falta de consenso quanto a este tema. A este respeito, e com toda a atualidade, ver Sara Rodríguez Marín; Alfredo Muñoz García, *Aspectos legales de la economía colaborativa y bajo demanda en plataformas digitales*, Bosch, Wolters Kluwer, 2018, págs. 16 e 17, onde se compilam alguns conceitos de economia colaborativa: “*Economía colaborativa es aquello que se ha hecho durante toda la vida con los círculos cercanos de familiares y amigos – compartir activos infrautilizados u ociosos como el coche, casa, objetos, conocimiento, dinero – y que ahora hacemos con desconocidos, apoyándonos en plataformas digitales que aportan elementos para generar confianza, tales como la reputación, basada en las valoraciones de los pares tras cada transacción realizada*”, “*La economía colaborativa es un modelo de producción económico inclusive basado en redes horizontales organizadas en comunidades de personas que generan abundancia a partir de un uso eficiente y/o sostenible de recursos, que promueve el consumo responsable y empodera al ciudadano para participar en la producción*” o “*La economía colaborativa la conforman aquellos modelos de producción, consumo o financiación que se basan en la intermediación entre la oferta y la demanda generada en relaciones entre iguales (P2P o B2B) o de particular a profesional a través de plataformas digitales que no prestan el servicio subyacente, generando un aprovechamiento eficiente y sostenible de los bienes y recursos ya existentes e infrautilizados, permitiendo utilizar, compartir, intercambiar o invertir los recursos o bienes, pudiendo existir o no una contraprestación entre los usuarios*”. Finalmente, e desde um ponto de vista académico e estritamente jurídico, a economia colaborativa será um “*Modelo de organización industrial en el que una plataforma electronica facilita la contratación de servicios, incluyendo el servicio de arrendamiento de bienes, ofertados por un grupo de usuarios (prestadores) y demandados por otro grupo de usuarios (consumidores)*”, que podemos encontrar em Montero Pascual, *La regulación de la economía colaborativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pág. 23.

<sup>6</sup> Como veremos adiante, este termo comumente usado parece-nos pouco esclarecedor da real natureza jurídica dos negócios jurídicos celebrados sob este guarda-chuva. Na realidade, em muitos dos negócios ditos “colaborativos”, não existe qualquer “colaboração” distinta da que existe em qualquer outro negócio jurídico normal.

<sup>7</sup> Seguimos de perto, por nos parecer o mais adequado, o conceito proposto pela Comissão Europeia. A nosso ver não colhem as críticas que têm sido feitas ao conceito, designadamente por restringir o mesmo a modelos de negócio quando pode haver economia colaborativa sem a busca do lucro. Com o devido respeito, tal conceito de negócio não tem a mínima consagração no universo jurídico, porquanto é pacífico que os negócios jurídicos podem ser gratuitos, como é o caso da doação ou do comodato, previstos, respetivamente, nos artigos 940º e ss. e 1129º e ss do Código Civil português, e artigos 618º e ss. e 1740º e ss. do Código Civil espanhol.

três tipos de agentes, a saber: i) prestadores de serviços que partilham ativos, recursos, tempo e/ou competências; ii) utilizadores desses serviços; iii) intermediários que, através de uma plataforma em linha, conectam os prestadores com os utilizadores e facilitam as transações entre eles. Aqui, se relativamente a prestadores de serviços e utilizadores de serviços o universo jurídico já possuía conceitos claros e seguros para os definir e caracterizar, o mesmo já não se pode dizer relativamente a esta nova classe de intermediários *em linha*. Neste sentido, intermediários são todos os que, através de uma plataforma em linha, conectam os prestadores de serviços com os utilizadores e facilitam as transações entre eles.<sup>8</sup>

O denominado turismo colaborativo é, pois uma forma distinta de contratar serviços turísticos, como o alojamento, através de uma plataforma em linha,<sup>9</sup> e não já através da clássica agência de viagens<sup>10</sup> ou do contacto direto com o prestador do serviço. É de salientar que a lei portuguesa expressamente menciona que o alojamento local não constitui oferta turística, mas esta declaração de pouco ou nada vale ante a materialidade subjacente que a contraria. Parece-nos evidente, quase como se de um facto público e notório se tratasse,<sup>11</sup> que a oferta de alojamento local<sup>12</sup> é, se não totalmente, maioritariamente turística, com um tremendo impacto social e económico nas regiões e países que a adoptaram. Do ponto de vista social, permite uma nova e, *quicá*, mais equitativa distribuição de riqueza, a par de propiciar uma nova fonte de receita para o Estado. Pelo lado económico, enquanto nova forma de criação de riqueza, tem representado, pelo menos no caso português, o estímulo mais desafiante e promissor da economia, com recordes a serem batidos todos os anos. Por fim, pelo lado jurídico, caberá aferir se a regulação existe, a existir, se é suficiente e, caso se identifiquem insuficiências no sistema, promover a sua superação.

Importa fazer uma referência aos diferentes tipos de plataforma desde a perspectiva de quem autorizam a utilizá-la. Algumas plataformas proíbem a utilização por alguém com intenção de lucrar com a sua utilização, como é o caso da Blablacar, outras montam toda a sua estratégia na diversidade de utilizadores, uns profissionais com total intenção de lucro, outros particulares sem essa intenção, como é o caso da

<sup>8</sup> Entre os múltiplos exemplos que se podiam dar, e apenas para o alojamento, temos: Airbnb, HomeAway, Rentalia, HouseTrip, Wimdu, Bedycasa, Only-Apartments...

<sup>9</sup> Na realidade, a economia colaborativa não exige, em absoluto, a existência de uma plataforma online. A economia colaborativa offline é uma realidade indiscutível e muito mais antiga, de que fazem parte, a título de exemplo, as hortas comunitárias, os espaços de coworking ou os grupos de consumo por trocas.

<sup>10</sup> Seja esta física ou uma OTA (*online travel agency*).

<sup>11</sup> E, portanto, dispensado de prova.

<sup>12</sup> Aqui, e de ora em diante, entendido como esta realidade de comercialização de alojamento turístico transversal em toda a Europa, independentemente do nome em concreto que assuma em distintos países.

Airbnb ou da HomeAway.<sup>13</sup> Com tal diversidade, acompanhamos integralmente Sara Rodríguez Marín<sup>14</sup> quando diz que “...partiendo de la base de que el término colaborativo puede decirlo todo sin decir nada, considero igualmente que no tiene relevancia jurídica alguna, pues no conduce al jurista a ningún conocimiento más profundo o detallado de la naturaleza o características de las actividades (sociales, mercantiles o de cualquier otra naturaleza)...”

Antecipamos já a nossa posição: as plataformas digitais mais relevantes<sup>15</sup> a operar no mercado do alojamento turístico (alojamento local), e que se dizem colaborativas, são tão colaborativas, no sentido económico da expressão, como qualquer outra empresa a operar num dado mercado.<sup>16</sup> Na realidade, estas plataformas criaram um negócio e exploram-no de forma agressiva e muito lucrativa. Tal facto não traz nenhuma novidade. O que é realmente novo é a vontade destas plataformas, destes negócios, beneficiarem de um regime jurídico distinto das outras iniciativas empresariais. Como veremos, não só tal é inaceitável, por absolutamente injustificado, como existem mesmo razões, que tentaremos demonstrar, para a aplicação a estas plataformas de um regime jurídico distinto e mais gravoso, no que respeita à sua responsabilidade.

Como se disse, as plataformas digitais são muitas vezes classificadas com base na intenção de lucro dos seus utilizadores. Entendemos que, no domínio das intenções de lucro e para além da capacidade explicativa desta classificação, há que buscar uma outra, baseada na intenção de lucro (ou ausência dela) das próprias plataformas digitais. Não o fazer é, em nossa opinião, olhar apenas para o acessório e não captar o essencial do problema. É olhar para uma realidade complexa ignorando uma parte dessa realidade e, ainda por cima, ignorando a parte que propicia a existência da própria realidade em análise. O conceito de lucro está bastante estudado na economia e parece-nos relevante repescar aqui as suas ideias básicas, para clarificar o que defendemos. Numa sociedade dita capitalista, os lucros e as perdas ocupam um lugar de destaque.<sup>17</sup> Os que organizam algum tipo de esforço de produção, fazem-no para maximizar os seus ganhos (lucros). Daqui decorre, sem surpresa, que os lucros constituem o retorno para os agentes económicos (investidores) que correm riscos. Esta

<sup>13</sup> Sendo que, e apesar do que se deixou escrito, a plataforma em si, mesmo a mais purista, tem uma estrutura empresarial e necessita de algum tipo de financiamento para sobreviver.

<sup>14</sup> Sara Rodríguez Marín; Alfredo Muñoz García, *ob. cit.*, pág. 48.

<sup>15</sup> A relevância a que nos referimos será sempre do ponto de vista económico.

<sup>16</sup> É verdade que, pelo menos algumas delas, poderão ter começado como verdadeiras plataformas colaborativas, mas rapidamente evoluíram para um modelo empresarial altamente especializado, e lucrativo. A Airbnb, por exemplo, nasceu da ideia dos seus fundadores de arrendar uma parte do apartamento que partilhavam, onde os hóspedes dormiam em colchões insufláveis. O nome da empresa vem daqui: air (dos colchões) bnb (bed and breakfast).

<sup>17</sup> Cfr., entre muitos outros, Lester Thurow (2000), *Lucros*, in Enciclopédia de Economia, Ed. portuguesa, Principia, 2000, págs. 66-70.

ideia tem por corolário a incerteza do investidor no momento de investir. O seu dinheiro pode multiplicar-se ou, ao invés, perder-se, dependendo da performance do negócio no qual decidiu investir. Com efeito, o conceito de lucro tem estado ligado, desde os princípios do século XX, aos conceitos de incerteza e risco, no sentido quase ético de que o que justifica o lucro será precisamente essa incerteza e esse risco, a possibilidade de ganhar, mas também de tudo perder.<sup>18</sup>

Ora é um facto evidente que as grandes plataformas digitais constituem um negócio, muito embora distinto nos seus contornos, a par de todos os outros negócios. E é igualmente evidente que o seu objetivo é remunerar, o melhor possível, os seus investidores. Por isso defendemos que a distinção que nos parece mais operativa, porque pode ser a fonte que justifica a aplicação de regimes jurídicos distintos, é a que divide as plataformas em dois grupos: as que têm uma intenção ou ânimo de lucro, elas próprias; e as que não têm essa intenção. É que classificar apenas pelas relativas posições dos utilizadores das plataformas deixa de fora precisamente a variável que mais nos preocupa: a plataforma. E tal operação parece-nos um erro lógico e metodológico intolerável.

### III. O Turismo Colaborativo e o Alojamento Turístico

Independentemente das querelas sobre o que deve, ou não, considerar-se colaborativo, aquilo a que nos habituámos a chamar turismo colaborativo teve, e continuará a ter, um impacto profundo no alojamento turístico. Como bem se tem sinalizado, esta nova forma de oferta de alojamento permitiu, entre outras coisas, aumentar exponencialmente a oferta do número de camas sem novas construções,<sup>19</sup> levar alojamento turístico a zonas pouco ou nada turísticas, rentabilizar os imóveis que, até aqui, tinham pouca ou nenhuma utilização e, embora ainda muito controverso, permitiu ao turista uma nova experiência, imergindo no lugar que escolheu como se de um autóctone se tratasse, sem o filtro criado pelas localizações concebidas para o turista. Estas vantagens, como não poderia deixar de ser, trazem também novos inconvenientes, como as reações adversas das populações e das comunidades de vizinhos à invasão do “seu” espaço por hordas de turistas,<sup>20</sup> ávidos de representarem um papel não turístico nos locais que visitam. Estes fenómenos têm-se verificado especialmen-

<sup>18</sup> Cfr., entre outros, J. Fred Weston, *The Profit Concept and Theory: A Restatement*, Journal of Political Economy Vol. 62, n.º 2, 1954, pp. 152-170; ou Frank Knight, *Risk, Uncertainty and Profit*, Boston, 1921.

<sup>19</sup> Os números impressionam. Na Airbnb temos 640.000 anfitriões (prestadores de serviços) em 65.000 cidades e 191 países, e 150 milhões de utilizadores dos serviços. Na HomeAway 2.000.000 de imóveis disponíveis, em 190 países e 45 milhões de utilizadores dos serviços.

<sup>20</sup> Colateralmente, a efetiva e significativa redução do custo do alojamento oferecido por estes novos canais abriu o mercado das viagens a pessoas que, de outro modo, a ele não poderiam aceder. Daí o termo utilizado de “hordas”.

te nas grandes cidades, muito atrativas ao turismo, e casos como o de Barcelona, onde as manifestações anti-turista alcançaram já uma enorme magnitude, tendem a replicar-se.<sup>21</sup>

No que ao alojamento turístico diz respeito e que, por isso, mais nos interessa, a relação que se estabelece entre os diversos intervenientes é triangular,<sup>22</sup> comportando relações recíprocas em cada face do triângulo,<sup>23</sup> conforme se ilustra na Figura seguinte:

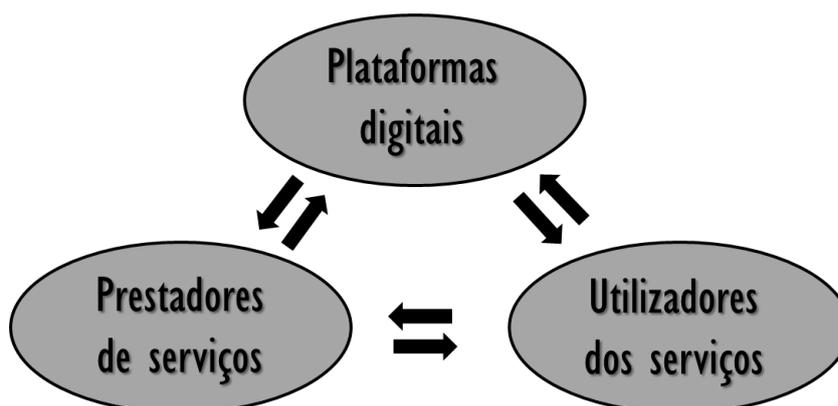


Figura 1: Relação entre os diversos intervenientes no alojamento colaborativo  
Fonte: Elaboração própria

<sup>21</sup> Sem pretender ser exaustivo, e para além de Barcelona, o fenómeno tem acontecido, por exemplo, em Palma de Maiorca, Santander, Veneza ou Dubrovnik. A gravidade destas manifestações igualmente levou o Secretário-Geral da Organização Mundial de Turismo a tomar uma posição pública, que considerou ser fundamental o envolvimento de todos, governos, empresas, comunidades e turistas, para ultrapassar este problema. Nas suas palavras, “*Assegurar que o turismo é uma experiência enriquecedora para os visitantes e anfitriões exige políticas e práticas de turismo fortes e sustentáveis, bem como o envolvimento dos governos e administrações locais, das empresas do setor privado, das comunidades locais e dos próprios turistas*”.

<sup>22</sup> Sendo a relação triangular, enfatizamos uma vez mais a ausência de sentido de procurar classificar e regular este universo apenas com recurso a um dos lados do triângulo.

<sup>23</sup> Este tipo de mercado é usualmente denominado de multilateral, potenciado pelos efeitos de rede do sistema.

Aqui chegados, e tendo presente tudo o que *supra* afirmámos, importa concluir sobre a natureza jurídica das plataformas digitais que se dedicam à comercialização de alojamento local que, como igualmente vimos, não pode deixar de ser considerado turístico. E, cremos, tal conclusão não oferece dúvidas: as plataformas digitais que criaram e se dedicam a este negócio, com intenção de lucro, impondo a todos os seus utilizadores extensos contratos de adesão leoninos, que controlam e definem todo o processo das relações que estabelecem com os utilizadores, não podem classificar-se como pertencendo a qualquer forma colaborativa de interação económica. Estas plataformas são, pois, empresas que atingiram já um enorme gigantismo,<sup>24</sup> quer em volume de faturação, quer em número de clientes, e que em nada diferem de qualquer outra empresa a operar num determinado mercado concorrencial. Esta conclusão, que é hoje, cremos, consensual, determinará também as escolhas que terão que ser feitas quanto ao seu regime jurídico e até onde deve o Direito interferir para equilibrar uma relação jurídica que, não tememos afirmar, se encontra com um profundo e insustentável desequilíbrio. O que acabámos de dizer não significa, no entanto, que não nos continuemos a referir ao longo deste artigo a plataformas colaborativas ou turismo colaborativo. Estas designações entraram já no nosso léxico e têm a virtualidade de colocar o leitor, de forma rápida e razoavelmente precisa, no universo destas novas formas de contratação. Fica, portanto, a assunção de que quando e sempre que o fizermos não estamos a infletir a nossa posição, mas tão só a utilizar uma denominação a que já nos habituámos.

#### IV. O Fenómeno em Portugal e Espanha

O alojamento local (AL) está atualmente regulado, em Portugal,<sup>25</sup> pelo Decreto-Lei n.º 128/2014, de 29 de Agosto, entretanto alterado pelo Decreto-Lei n.º 63/2015, de 23 de Abril e pela Lei n.º 62/2018, de 22 de Agosto. Esta figura jurídica foi criada, em Portugal, pelo Decreto-Lei n.º 39/2008, de 7 de março, alterado pelos Decretos-Lei n.ºs 228/2009, de 14 de setembro, e 15/2014, de 23 de janeiro,<sup>26</sup> para permitir a prestação de serviços de alojamento temporário em estabelecimentos que não reunissem os requisitos legalmente exigidos para os empreendimentos turísticos. E é o

<sup>24</sup> Recuperamos os números que já apresentámos: a Airbnb tem 640.000 anfitriões (prestadores de serviços) em 65.000 cidades e 191 países, e 150 milhões de utilizadores dos serviços; a Home-Away 2.000.000 de imóveis disponíveis, em 190 países e 45 milhões de utilizadores dos serviços.

<sup>25</sup> Em Espanha não existe, pelo menos ainda, um *nomen juris* específico para esta forma de contratação de alojamento e é normalmente designado por *alquiler de viviendas vacacionales*.

<sup>26</sup> Esta rápida sucessão de diplomas legais a regular a mesma matéria (só em 2014 houve uma alteração à lei anterior e uma nova lei que revogou a anterior) tem, para nós, uma clara explicação: o surgimento das plataformas digitais colaborativas, que projetaram este tipo de alojamento para uma realidade que, aquando do primeiro diploma aprovado, ninguém imaginava ser possível.

próprio diploma que esclarece que se procurou enquadrar uma série de realidades que ofereciam serviços de alojamento a turistas<sup>27</sup> sem qualquer formalismo e à margem da lei, acautelando, ao mesmo tempo, que alguns dos empreendimentos extintos pelo Decreto-Lei n.º 39/2008, de 7 de março (nomeadamente, pensões, motéis, albergarias e estalagens) e que não reuniam condições para serem empreendimentos turísticos, pudessem ainda assim continuar a prestar serviços de alojamento, por forma a evitar o respetivo encerramento com todas as consequências negativas associadas. A par destas razões, que não se discutem, estiveram ainda outras, designadamente de natureza fiscal. Este tipo de alojamento, em especial nas regiões mais turísticas, operava normalmente num mercado desregulamentado e, por isso, escapava às malhas do controlo fiscal. A “nova” figura criada, estabelecendo uma obrigatoriedade de registo e a necessidade de uma declaração de exercício de atividade específica, retirou da clandestinidade milhares de camas oferecidas como alojamento, com o consequente impacto nas receitas fiscais que isso representou. A atual lei, como a própria anuncia, eleva a figura do alojamento local de categoria residual para categoria autónoma, reconhecendo a sua relevância turística<sup>28</sup> e inaugurando um tratamento jurídico próprio. E esta relevância foi dada, precisamente, pelo aparecimento das plataformas digitais colaborativas, que potenciaram a contratação deste tipo de alojamento cuja progressão tem sido, como já afirmado *supra*, geométrica.

Em Espanha a realidade é materialmente semelhante, mas formalmente muito distinta, atenta a diferente organização administrativa do estado Espanhol. As competências para regular estas questões são das Comunidades Autónomas, pelo que existem diversas regulações para a mesma realidade. O primeiro problema é, desde logo, terminológico: não existe uma definição para esta realidade, aparecendo normalmente as designações de *apartamento turístico* e *vivienda de uso turístico*. Para a Comunidade de Madrid, por exemplo, estabelecem-se duas definições (Decreto 79/2014, de 10 de julho, que regula os *Apartamentos Turísticos y las Viviendas de Uso Turístico de la Comunidad de Madrid*): 1) Apartamento turístico: consideram-se apartamentos turísticos os imóveis integrados por unidades habitacionais complexas, equipados com instalações, equipamentos e serviços em condições de ocupação imediata, geralmente destinados a alojamento turístico ocasional, sem residência permanente, mediante um preço; 2) Habitação para uso turístico: os apartamentos, estúdios ou casas que estão mobilados e equipados em condições de uso imediato, são comercializados e promovidos em canais turísticos, e são comercializados na sua totalidade ou por quartos a terceiros, para fins de alojamento turístico e mediante um preço e, na Andaluzia, aparece apenas um tipo: moradias com fins turísticos, admitindo-se duas modalidades: a cessão integral do imóvel; ou a cessão parcial do imó-

<sup>27</sup> O mesmo diploma legal caracteriza o alojamento local como uma nova “*figura no panorama da oferta de serviços de alojamento*”.

<sup>28</sup> É a própria lei que não deixa dúvidas quanto à natureza material do alojamento local: é oferta turística.

vel, por quartos, conforme previsto no Decreto 28/2016, de 2 de fevereiro, das *viviendas con fines turísticos*.

De ora em diante, sempre que nos referirmos indistintamente a *alojamento local* estamos a querer referir a realidade da contratação de alojamento com recurso às plataformas digitais ditas colaborativas, quer em Portugal, quer em Espanha. Usaremos, pois, o *nomen juris* português para identificar a categoria.

## V. As Relações Contratuais Estabelecidas entre Plataformas e Utilizadores

Se um contrato é um negócio jurídico multilateral, no âmbito da autonomia privada, a que o Direito associa a constituição, modificação ou extinção de situações jurídicas e que, normalmente, implica liberdade de celebração e estipulação, o contrato de adesão será aquele contrato em que uma das partes, mantendo a liberdade de celebrar ou não, perde a liberdade de estipulação, ou seja, não tem qualquer possibilidade (ou tem-na de uma forma muito restrita) de negociar o conteúdo do contrato que vai celebrar. O problema dos contratos de adesão não é novo: desde há muito existem na ordem jurídica. Mas a sua existência, desde sempre, suscitou sérias preocupações, que culminaram com mais ou menos apertados regimes jurídicos, impostos por lei, para a sua validade e eficácia.<sup>29</sup> Tais preocupações são facilmente compreensíveis: nestes contratos, muito embora no âmbito da autonomia privada de cada um, a parte que os elabora e propõe detém uma considerável vantagem sobre a parte a quem apenas cabe a possibilidade de aceitar ou recusar a proposta que lhe é dirigida. E esta vantagem será tanto maior quanto maior for o nível de concentração monopolista do mercado em causa. Se para fornecer um determinado produto ou serviço existir apenas um prestador, e se estivermos no domínio dos contratos de adesão,<sup>30</sup> a própria existência de uma autonomia privada material é discutível, quanto mais o seu alcance, que será sempre diminuto.

Na questão que nos diz respeito, os contratos que se celebram entre as plataformas digitais e os seus usuários (sejam eles prestadores de serviços ou utilizadores desses serviços) são verdadeiros contratos de adesão. Com efeito, aos utilizadores não lhes resta outra possibilidade que a de aceitar, ou recusar, os termos dos extensos contratos que lhes são propostos para celebração, não podendo, em caso algum, negociar os seus termos. De resto, e atento o automatismo destes procedimentos, como já

<sup>29</sup> Ribeiro, J. S., *O Problema do Contrato: As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, Coleção Teses, Almedina, 2003.

<sup>30</sup> É o caso típico dos fornecedores de água canalizada. É apenas uma empresa, ou a própria entidade pública, que a fornece, no âmbito de um necessário contrato de adesão. Independentemente das cláusulas do contrato, falar-se aqui de uma real autonomia de um dos contratantes é pura ficção.

explanado acima, nem haveria interlocutor disponível para essa negociação. Tal significa que, muito embora tratemos de contratos em que necessariamente existem duas vontades concorrentes para a sua celebração e posterior geração de efeitos, a verdade é que uma das partes pouco ou nada pode fazer para impedir ou matizar o efeito de determinadas cláusulas contratuais com as quais não concorde ou a que não queira submeter-se. Bem sabemos que alguns, sobretudo no âmbito das plataformas, dirão que a liberdade existe e que ao contratante assiste sempre a liberdade de não contratar se não concorda com os conteúdos dos contratos que lhe são apresentados. Mas igualmente sabemos que esta análise simplista do direito, em geral, e do direito contratual, em especial, não pode prevalecer. Precisamente para obviar a excessos como estes o Direito evoluiu e consagrou soluções para minimizar ou evitar estes problemas, como é bem exemplo o instituto do abuso do direito.<sup>31</sup> E, com caráter menos geral que este instituto, mas ancorando-se nos mesmos princípios, as disposições normativas que Portugal e Espanha dedicam às cláusulas abusivas em sede de contratos de adesão.<sup>32</sup>

Este facto, que não deve ignorar-se, tem por consequência que não podem aceitar-se, de forma simples e acrítica, as construções de que, apesar de se estar perante um contrato de adesão, está garantido a todos os contratantes o acesso à celebração de um contrato justo e equilibrado. De facto, não é assim. Se analisarmos de forma exaustiva os diversos contratos propostos pelas diversas plataformas digitais, rapidamente vamos concluir que, para além da sua incrível extensão,<sup>33</sup> contêm muitas vezes cláusulas absolutamente nulas em ordenamentos jurídicos como o espanhol ou o português. A título de exemplo, veja-se o artigo 18º do contrato proposto pela HomeAway aos seus utilizadores,<sup>34</sup> com a epígrafe de “Responsabilidade limitada da

<sup>31</sup> Consagrado no artigo 7, n.º 2 do Código Civil espanhol (“*La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso*”), e no artigo 334 do Código Civil português (“*É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifiestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito*”).

<sup>32</sup> Em Espanha o tema é tratado na lei geral de proteção do consumidor, com o nome de “*Cláusulas no negociadas individualmente*” (Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el R.D. Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre) e em Portugal em diploma próprio dedicado às cláusulas contratuais gerais (DL n.º 446/85, de 25 de Outubro, na redação dada pelo DL n.º 323/2001, de 17/12).

<sup>33</sup> O que, em si mesmo, dificulta ou impede a perceção, pelo destinatário normal, dos seus conteúdos e efeitos regulativos.

<sup>34</sup> Artigo que tem vindo a ser alterado, uma vez que a sua redação inicial era ainda mais inadmissível. Em 2017, por exemplo, dizia-se, entre outras previsões e mantendo a versão espanhola, que “*Bajo ninguna circunstancia el Grupo HomeAway será responsable por ningún lucro cesante o daños indirectos, consecuentes, especiales, fortuitos o punitivos derivados de, o basa-*

HomeAway”, que contém regras claramente nulas, como o facto de limitar a responsabilidade da empresa a 100 GBP. Os limites de responsabilidade civil serão apenas aqueles que a lei estabelece, e nos exatos termos em que os estabelece, pelo que qualquer tentativa de autolimitação, por via contratual, desta responsabilidade é ilegal. Acresce ainda, e decorrente do que temos vindo a dizer, que este artigo expressamente enuncia, de forma até um pouco primária, a natureza de contrato de adesão do contrato a celebrar: “*Se o Utilizador não estiver satisfeito com o Site ou com a plataforma ou sistemas da HomeAway, ou o Utilizador não concordar com alguma parte destes T&Cs do Proprietário, o seu único e exclusivo direito a eventualmente opor contra a HomeAway é o de interromper o uso do Site*”.<sup>35</sup> Por outras palavras, ao pretendente utilizador é reconhecida apenas liberdade de celebração do contrato, sem qualquer margem de negociação. O cenário é análogo na maior concorrente da HomeAway, a Airbnb.

## VI. A Proteção do Consumidor

Neste contexto, e porque com ele tem uma estreita relação, não podíamos deixar de referir aqui a problemática associada à defesa do consumidor, uma vez que também ela tem reflexos no modelo de negócio que nos ocupa. De acordo com a lei portuguesa,<sup>36</sup> consumidor é “*todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma atividade económica que vise a obtenção de benefícios*.” Resulta, pois, deste conceito, que, para se poder considerar que uma pessoa é um consumidor, tem que destinar os bens ou serviços que consome a uso não profissional e, simultaneamente, quem fornece esses bens ou presta os serviços, tem que o fazer no âmbito de uma atividade profissional com vista à obtenção de um lucro.

O panorama, em Espanha, pouco ou nada muda, embora a técnica legislativa seja

---

*dos en o resultantes del sitio, el uso que usted realice del Sitio y/o cualquier operación entre usuarios, aunque HomeAway haya sido advertida de la posibilidad de tales daños. Estas limitaciones y exclusiones se aplicarán independientemente de si dichos daños surgen de un incumplimiento de contrato, negligencia o cualquier otra causa de acción.*”

<sup>35</sup> Agora na versão portuguesa do contrato, consultada em 25/01/2019, no endereço <https://www.homeaway.pt/info/quem-somos/informacao-legal/termos-condicoes-para-propietarios>.

<sup>36</sup> O regime jurídico do consumidor está previsto na Lei n.º 24/96, de 31 de Julho, com as alterações constantes dos seguintes diplomas: Declaração de Retificação n.º 16/96, de 13/11; Lei n.º 85/98, de 16/12; DL n.º 67/2003, de 08/04; Lei n.º 10/2013, de 28/01; e Lei n.º 47/2014, de 28/07.

algo distinta.<sup>37</sup> Aqui são “*consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión*”, mas do lado do fornecedor de serviços ou bens a lei espanhola divide as várias categorias, definindo empresário como “*toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión*” (artigo 4º), produtor o “*fabricante del bien o al prestador del servicio o su intermediario, o al importador del bien o servicio en el territorio de la Unión Europea, así como a cualquier persona que se presente como tal al indicar en el bien, ya sea en el envase, el envoltorio o cualquier otro elemento de protección o presentación, o servicio su nombre, marca u otro signo distintivo*” (artigo 5º), e prestador o “*empresario que suministra o distribuye productos en el mercado, cualquiera que sea el título o contrato en virtud del cual realice dicha distribución*” (artigo 7º).

Aos consumidores, e independentemente do ordenamento jurídico em causa, são normalmente reconhecidos diversos direitos, tais como, e sem pretendermos ser exaustivos, a qualidade dos bens e serviços, proteção da saúde e da segurança física; informação para o consumo e prevenção e reparação dos danos patrimoniais ou não patrimoniais que resultem da ofensa de interesses ou direitos individuais homogêneos, coletivos ou difusos. Nesta linha, tem enorme relevo avaliar se os utilizadores das plataformas digitais que nos ocupam, em especial aqueles que ali vão consumir os produtos ou os serviços prestados pelos utilizadores das plataformas que prestam serviços de alojamento, poderão ser considerados consumidores para efeitos de aplicação dos regimes protetivos previstos na lei. Importa distinguir: será o utilizador dos serviços prestados consumidor em relação à plataforma digital? E em relação ao prestador de serviços?

No primeiro dos casos, e com a atual redação das duas leis (portuguesa e espanhola) que vimos, a resposta só pode ser negativa. Com efeito, a plataforma digital não presta um serviço ao utilizador. Pelo menos não lhe presta o serviço que aqui nos ocupa: o do alojamento. E, assim sendo, não podemos forçar a norma ao ponto de ali pretender incluir o que, claramente, lá não está, sob pena de violarmos as mais elementares regras da interpretação jurídica.<sup>38</sup> Relativamente aos prestadores de serviços, importará estabelecer se o prestador de serviços em concreto explora aquele alojamento no âmbito de uma atividade empresarial, caso em que os utilizadores são consumidores para efeito da lei, ou se, pelo contrário, explora o alojamento sem

<sup>37</sup> Cfr. a Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el R.D. Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.

<sup>38</sup> Que, no caso português, constam do artigo 9º do Código Civil português e, em Espanha, no artigo 3º do Código Civil espanhol.

fazer disso uma atividade empresarial, caso em que os utilizadores já não poderão ser considerados consumidores. Este aspeto pode ter, e efetivamente tem, um impacto determinante nas regras a aplicar àquela relação jurídica em concreto. Veja-se, por exemplo, a determinação do lugar do cumprimento: se o utilizador for considerado consumidor, o lugar da celebração do contrato é a da sua residência habitual; se não for consumidor, é o lugar da residência de quem presta o serviço.<sup>39</sup> Resulta, pois, do exposto que as leis de proteção do consumidor não se aplicam à generalidade das relações contratuais que se estabelecem no âmbito das relações tripartidas possibilitadas pelas plataformas digitais de comercialização de alojamento. Não se aplicam nunca nas relações plataforma/prestador de serviços e plataforma/utilizador dos serviços e, na relação prestador/utilizador, apenas se aplicarão se o prestador dos serviços puder ser, em concreto, classificado de empresário. E o problema, aqui, ganha uma especial gravidade: o consumidor não sabe, em princípio e a menos que o prestador de serviços disso o informe expressamente, se naquele negócio jurídico concreto que vai celebrar é tido, ou não, como consumidor. Por outras palavras, o utilizador dos serviços não sabe se o prestador dos serviços é, ou não, empresário e presta os serviços no âmbito da sua atividade empresarial. Também por esta via detetamos uma insuficiência de proteção dos utilizadores das plataformas, determinada pelo modelo de negócio que estas próprias criaram.

As limitações enunciadas, aliadas à constante e rápida mutação dos universos digitais, exigem a adoção de medidas que possam mitigar as insuficiências de proteção dos milhões de utilizadores deste tipo de plataformas. Com efeito, a visão simplista de que o titular da plataforma digital responderá, ou não, de acordo com o facto de prestar, ou não, os serviços subjacentes, tem que ser abandonada.<sup>40</sup> Esta construção, presente na Diretiva do Comércio Eletrónico e em múltiplas leis que se lhe sucederam, ou nela se inspiraram, faz e fez sentido para as plataformas digitais cujo objeto era uma mera armazenagem de conteúdos, com vista à sua divulgação, mas já não nas mais recentes gerações de plataformas.<sup>41</sup> Com efeito, a nova classe de plataformas digitais com que lidamos está, e muito, fora deste conceito simples. E, por isso, exige novas regulações adaptadas à sua realidade e real impacto na sociedade. Igno-

<sup>39</sup> Com gritantes consequências, por exemplo, em sede de competência judicial para dirimir um eventual litígio.

<sup>40</sup> Muito embora se encontre amplamente difundida. A este propósito veja-se o artigo de Rosa Guirado “*La responsabilidad de las plataformas colaborativas*”, publicado na Revista *Otrosí*, n.º 1, 7ª Época, 2018, onde a autora tira as seguintes conclusões: “(1) *Dado que las plataformas colaborativas (del primer tipo) sólo prestan servicios de la sociedad de la información, sólo responden por ellos ante sus usuarios. (2) Dado que no prestan servicios de alojamiento o transporte, no existe relación jurídicocontractual en lo que se refiere a esse servicio físico, entre las plataformas y los usuarios. (3) Por lo que, difícilmente podrá exigirse a las plataformas que respondan ante los ‘consumidores’ (que no son tales) por una relación y un servicio ‘físico’ subyacente que ellas no prestan.*”

<sup>41</sup> Por vezes designadas de plataformas 3.0, numa aproximação à lógica de desenvolvimento informático.

rar estas alterações e escolher o imobilismo será sempre, porventura, uma solução jurídica cómoda, sobretudo para as plataformas digitais. Mas não será, estamos certos, o mais correto e justo dos caminhos. Voltaremos a este tema da responsabilidade civil das plataformas ditas colaborativas, onde veremos que os próprios tribunais, designadamente o TJUE (Tribunal de Justiça da União Europeia), já aflorou este problema e exatamente no mesmo sentido em que o defendemos, reconhecendo que os modelos de responsabilização das plataformas de geração anterior não de adequam aos novos desafios colocados por estas novas formas de comercialização de bens ou serviços.

## VII. A Responsabilidade das Plataformas Digitais

Um dos grandes desafios que enfrenta toda a Economia Colaborativa e, portanto, também o Turismo Colaborativo, é de definir um quadro legal claro e seguro sobre o regime da responsabilidade das novas plataformas digitais que, com maior ou menor dimensão, inundam o mercado.<sup>42</sup> Neste quadro, a ligação mais óbvia e imediata<sup>43</sup> é a possível consideração destas plataformas como pertencentes aos chamados Prestadores de Serviços da Sociedade de Informação (PSSI). E, precisamente por isso, a construção jurídica que encontramos com mais facilidade é a que divide as plataformas entre as que prestam o serviço subjacente e as que não o prestam, daí retirando diferentes efeitos garantísticos. Importa, pois, analisar e aprofundar o conceito subjacente à designação de PSSI.

Os PSSI resultam, no essencial, do aparecimento da Diretiva do Comércio Eletrónico<sup>44</sup> e dos diplomas legais que posteriormente a transpuseram para os vários ordenamentos jurídicos da União Europeia.<sup>45</sup> Com relevo para a boa compreensão da questão em apreço, importa referir os conceitos de PSSI em Espanha e Portugal. Assim, em Espanha diz-se que "*Se acoge, en la Ley, un concepto amplio de "servicios de la sociedad de la información", que engloba, además de la contratación de bienes y servicios por vía electrónica, el suministro de información por dicho medio (como el que efectúan los periódicos o revistas que pueden encontrarse en la red),*

<sup>42</sup> Noutras áreas de prestação de serviços os problemas da responsabilidade vêm sendo estudados desde há muito. Cfr., entre outros e para o especial caso das viagens organizadas, Antonia Paniza Fullana, *Viajes Combinados y Servicios de Viaje Vinculados: replanteamiento de conceptos y sus consecuencias sobre la responsabilidad*, Dykinson, Madrid, 2017.

<sup>43</sup> Desde logo porque existe já uma regulação jurídica.

<sup>44</sup> Diretiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 8 de Junho de 2000 relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio eletrónico, no mercado interno («Diretiva sobre o comércio eletrónico»).

<sup>45</sup> No caso espanhol pela Ley 34/2002, de 11 de julho (servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico), e no caso português pelo Decreto-Lei n.º 7/2004, de 07 de Janeiro, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 62/2009, de 10/03 e Lei n.º 46/2012, de 29/08.

*las actividades de intermediación relativas a la provisión de acceso a la red, a la transmisión de datos por redes de telecomunicaciones, a la realización de copia temporal de las páginas de Internet solicitadas por los usuarios, al alojamiento en los propios servidores de información, servicios o aplicaciones facilitados por otros o a la provisión de instrumentos de búsqueda o de enlaces a otros sitios de Internet, así como cualquier otro servicio que se preste a petición individual de los usuarios (descarga de archivos de vídeo o audio...), siempre que represente una actividad económica para el prestador*".<sup>46</sup> E, em Portugal, "*Entende-se por «serviço da sociedade da informação» qualquer serviço prestado à distância por via eletrónica, mediante remuneração ou pelo menos no âmbito de uma actividade económica na sequência de pedido individual do destinatário*".<sup>47</sup>

Como resulta evidente do transcrito, o legislador espanhol foi mais minucioso do que o português na definição do conceito de PSSI, introduzindo *inclusive* exemplos no conceito. Sem querer entrar na análise da adequação formal do processo legislativo, que claramente também não cabe no escopo deste trabalho, sempre se dirá que os conceitos muito longos e casuísticos acabam por levantar mais problemas ao intérprete do que aqueles que resolvem. De todo o modo, os dois conceitos são coincidentes no essencial,<sup>48</sup> estando o português muito mais próximo do conceito já presente na Diretiva, conceito este que o Direito espanhol não pode, obviamente, ignorar. Temos, então, que os elementos-chave para considerar uma entidade como PSSI serão: i) serviço prestado à distância por via eletrónica; ii) existência de uma remuneração; iii) serviço prestado na sequência de pedido individual do destinatário. A acrescer, temos ainda como muito relevante aferir se, no caso concreto, as plataformas digitais i) desempenham um papel neutro relativamente ao conteúdo que alojam; ii) mantêm um comportamento meramente técnico, automatizado e passivo; iii) não têm conhecimento dos conteúdos que alojam; iv) não têm controlo sobre os conteúdos que alojam.

Atento o conceito supra e as suas características, e dada a extrema diversidade de plataformas existentes no mercado, será difícil generalizar uma qualquer conclusão que abarque todas as ditas plataformas. Mas, não obstante esta dificuldade, entendemos que as principais<sup>49</sup> plataformas digitais do turismo dito colaborativo não podem considerar-se, pelo menos apenas, PSSI. Com efeito, plataformas como a Airbnb ou a HomeAway ultrapassam, e muito, as fronteiras destes prestadores de serviços. Aqui não se trata de estabelecer meras conexões entre os utilizadores, com

<sup>46</sup> Ponto II da Exposição de motivos da Ley 34/2002, de 11 de Julho.

<sup>47</sup> Artigo 3º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 7/2004, de 07 de Janeiro.

<sup>48</sup> O que se esperava, uma vez que transpõem para ordenamentos jurídicos distintos a mesma Diretiva.

<sup>49</sup> E o critério para as qualificarmos assim resulta apenas e só da sua quota de mercado ou, em alternativa, do número de utilizadores registados.

desconhecimento dos conteúdos e com uma atitude meramente passiva, mas sim de definir, de forma muito ativa, todo o modelo de negócio e fazer com que todos os intervenientes cumpram as regras estabelecidas pela plataforma.<sup>50</sup>

A jurisprudência tem dado alguns, escassos, contributos para o esclarecimento destas questões, mas nem sempre, estamos em crer, pela melhor forma. Não é o momento, aqui, de fazer uma análise exaustiva desta escassa jurisprudência, mas sempre se refere a mais recente sentença proferida pelo Tribunal de Justiça da União Europeia em 19 de dezembro de 2019, no caso *Airbnb Ireland (C-390/18)*,<sup>51</sup> onde se declara que um serviço de intermediação que tem por objeto, através de uma plataforma eletrónica, pôr potenciais locatários em contacto, mediante remuneração, com locadores profissionais ou não profissionais que propõem serviços de alojamento de curta duração, prestando simultaneamente um certo número de serviços acessórios dessa intermediação, deve ser qualificado de «serviço da sociedade da informação» abrangido pela Diretiva 2000/31 sobre o comércio eletrónico. Em síntese, o Tribunal considerou que, no caso em apreço, um serviço de intermediação como o prestado pela *Airbnb Ireland* preenche essas condições, sem que a natureza das relações existentes entre o serviço de intermediação e a prestação do serviço de alojamento justifique afastar a qualificação de «serviço da sociedade da informação» e, logo, a aplicação da Diretiva 2000/31. Para salientar o carácter dissociável que tal serviço de intermediação apresenta em relação às prestações de serviços de alojamento com que se relaciona, o Tribunal de Justiça observa, em primeiro lugar, que esse serviço não visa apenas fornecer imediatamente tais prestações, mas consiste, no essencial, no fornecimento de um instrumento de apresentação e de busca de alojamentos para locação, facilitando a celebração de futuros contratos. Por conseguinte, esse tipo de serviço não pode ser considerado mero acessório de um serviço global de alojamento. Em segundo lugar, o Tribunal de Justiça salienta que um serviço de intermediação como o prestado pela *Airbnb Ireland* não é de modo algum indispensável para a prestação de serviços de alojamento, dispondo os locatários e os locadores de vários outros canais para o efeito, alguns dos quais há muito existentes. Em terceiro lugar, por fim, o Tribunal de Justiça refere que nenhum elemento dos autos indica que a *Airbnb* fixe ou limite o montante das rendas exigidas pelos locadores que recorrem à sua plataforma.

O Tribunal de Justiça precisa ainda que as outras prestações propostas pela *Airbnb Ireland* não permitem pôr em causa esta constatação, sendo as diversas prestações meramente acessórias do serviço de intermediação prestado por esta sociedade. Além disso, indica que, contrariamente aos serviços de intermediação em causa nos

<sup>50</sup> A *Airbnb*, por exemplo, envia um fotógrafo a casa do prestador de serviços que se inscreve pela primeira vez na sua plataforma.

<sup>51</sup> Cfr. Acórdão do TJUE de 19 de Dezembro de 2019 (Grande Secção), Processo n.º C-390/18 (Caso *Airbnb Ireland* e outros).

Acórdãos Asociación Profesional Elite Taxi e Uber France 4, nem esse serviço de intermediação nem as prestações acessórias propostas pela Airbnb Ireland permitem demonstrar a existência de uma influência decisiva exercida por essa sociedade nos serviços de alojamento com que se relaciona a sua atividade, quer se trate da determinação dos preços das locações exigidos, quer da seleção dos locadores ou dos alojamentos para locação na sua plataforma. Esta decisão, independentemente da sua correção e de, sobre a mesma, poder haver distintas opiniões, evidencia apenas, em nossa opinião, a necessidade de uma nova e distinta regulação europeia deste tipo de atividade. O caminho seguido pela sentença supra-referida é precisamente o caminho que as plataformas pretendem seja seguido e investem milhões em adequada assessoria para garantir que, uma vez no tribunal, o desfecho esperado seja a sua consideração como serviços da sociedade de informação. Por isso, reforçamos, há que olhar para o tema com novos olhos, criando novas regras e novos modelos, porque a interpretação e reinterpretção dos modelos anteriores não nos tirará da injustiça que entendemos existir.

Consciente das especiais dificuldades, em matéria de responsabilidade civil, da atuação dos PSSI, o legislador Europeu previu logo, na Diretiva 2000/31/CE, um especial esquema de responsabilidade, cuja finalidade última foi dotar estas entidades de um regime próprio, que acautelasse as suas especiais características no momento de assacar culpas e proceder a imputações. Este desígnio do legislador europeu encontra-se plasmado no Considerando 40 da Diretiva, onde se lê que *“As divergências actuais ou futuras, entre as legislações e jurisprudências nacionais no domínio da responsabilidade dos prestadores de serviços agindo na qualidade de intermediários, impedem o bom funcionamento do mercado interno, perturbando particularmente o desenvolvimento dos serviços transfronteiriços e produzindo distorções de concorrência”*. E o mesmo desígnio é depois desenvolvido no corpo regulativo da Diretiva, nos artigos 12º a 15º, com um especial regime de responsabilidade para o que ali se diz ser a *“responsabilidade dos prestadores intermediários de serviços”*. O regime aqui consagrado, no geral transportado para os ordenamentos jurídicos de Portugal e Espanha pelas respetivas leis de transposição, parte de um princípio geral de isenção de responsabilidade dos PSSI, desde que se encontrem verificados um conjunto de requisitos. E essa isenção de responsabilidade compreende-se, embora não isenta de críticas, dadas as especiais características das atividades reguladas, que no geral consistem na pouca intromissão do PSSI na atividade dos utilizadores da plataforma, limitando-se a gerir a utilização desta.<sup>52</sup> Mas é de todo inaceitável e descabida para as plataformas que ultrapassam esta forma básica de intermediação e definem o modelo de negócio e as suas regras. É o caso das principais plataformas de comercialização de alojamento local. Muito embora as ditas plataformas tudo façam para se qualificarem como PSSI, a verdade é que tal não pode permitir-se.

<sup>52</sup> Em Portugal a matéria encontra-se regulada nos artigos 11º a 19º e em Espanha nos artigos 13º a 17º das respetivas leis de transposição.

Seria, na verdade, uma inaceitável entorse no sistema jurídico, qualquer sistema jurídico, aceitar a existência de atores no mercado que definem o negócio, que controlam os seus termos, direta ou indiretamente, que lucram fortunas com essa atividade e que, apesar disso, beneficiam de uma isenção de responsabilidade legalmente consagrada.

### VIII. Responsabilidade Contratual das Plataformas Digitais

A responsabilidade contratual das plataformas digitais tem a sua fonte nos contratos celebrados entre estas e os prestadores de serviços, por um lado, e entre as plataformas e os utilizadores desses serviços, por outro. E nestas relações, atento o princípio da autonomia privada, regeirão as cláusulas dos contratos celebrados em tudo o que essas cláusulas não sejam contrárias à lei. Naturalmente, a cada uma das partes nos respetivos contratos que celebra poderão ser imputados factos que, porque contrários ao contrato, são ilícitos e, desta ilicitude, nasce a responsabilidade civil da parte inadimplente. O quadro que traçámos é simples e seguro, mas, ainda assim, merece ser aprofundado por duas vias: a das próprias cláusulas dos contratos celebrados; e a dos efeitos desses contratos na esfera jurídica de terceiros, que deles não são parte. Quanto às cláusulas dos contratos (extraordinariamente extensos, diga-se), e embora não caiba aqui fazer uma análise exaustiva dos contratos celebrados, alguma imersão no conteúdo destes contratos é indispensável para perceber o que dizemos. Tomemos, para começar, a cláusula 1.2 dos “*Termos de Serviço para Utilizadores Europeus*” da Airbnb,<sup>53</sup> que dispõe que “*Na qualidade de fornecedor da Plataforma da Airbnb, a Airbnb não possui, cria, vende, revende, fornece, controla, gere, oferece, disponibiliza ou presta quaisquer Serviços de Anfitrião ou Anúncios, nem a Airbnb é um organizador ou revendedor de viagens organizadas e serviços de viagem conexos nos termos da Diretiva (EU) 2015/2302. O Anfitrião é o único responsável pelos seus Anúncios e Serviços de Anfitrião. Ao efetuarem ou aceitarem uma reserva, os Membros estão a celebrar um contrato diretamente entre si. A Airbnb não é e não será parte contratante ou participará de alguma forma em qualquer relação contratual entre Membros, nem é agente imobiliário ou mediador de seguros. A Airbnb não atua na qualidade de agente de um Membro, a qualquer título, salvo se especificado nos Termos de Pagamento.*” Como se vê pela cláusula *supra* reproduzida, a Airbnb é tudo e, ao mesmo tempo, nada. Criou todo o negócio, controla-o integralmente, faz as cobranças, estabelece relações contratuais com os utilizadores da sua plataforma (anfitriões ou hóspedes, na sua terminologia), mas “*...não possui, cria, vende, revende, fornece, controla, gere, oferece, disponibiliza ou presta quaisquer serviços de Anfitrião ou Anúncios...*”.<sup>54</sup> Ora a verdade é que, no mundo jurídico, e

<sup>53</sup> <https://www.airbnb.pt/terms>, acedido em 23 de Fevereiro de 2019.

<sup>54</sup> E estamos em crer que a quantidade de verbos presente nesta frase tenderá a crescer, à medida que se for colocando a hipótese da Airbnb ‘fazer’ algo mais do que isto.

especialmente no mundo dos contratos civis, importa menos o que se diz que se faz e mais o que realmente se faz. E será sempre do que realmente se faz que o Direito retirará os regimes aplicáveis, ou imporá novos regimes, adequados aos casos concretos em análise. E, não tememos afirmar, esta ideia de que a Airbnb nada faz, nada gere, nada controla, ofende com razoável acutilância a diligência do homem normal, essa figura abstrata tão querida do Direito.

Tomemos outro exemplo, agora a primeira parte da cláusula 1.4 do mesmo contrato:<sup>55</sup> *“Se, na qualidade de Anfitrião ou Coanfitrião (conforme definido infra) optar por utilizar a Plataforma da Airbnb, a sua relação com a Airbnb está limitada ao facto de, por qualquer motivo, ser um contratante terceiro independente, e não um funcionário, agente, empresa comum ou parceiro da Airbnb, pelo que o utilizador age exclusivamente em seu próprio nome e para o seu próprio benefício, e não em nome da Airbnb ou em seu benefício.”* (sublinhado nosso). Nesta cláusula, para além da exclusão da Airbnb de tudo o que o Anfitrião possa fazer, em linha com a anteriormente citada, aparece a referência ao facto de que tudo o que o Anfitrião fizer fá-lo no seu próprio interesse e não em nome da Airbnb ou em benefício desta. Ora esta afirmação contratual é absolutamente errónea! Se os anfitriões não anunciarem os seus alojamentos ou serviços na plataforma da Airbnb nenhum utilizador da dita plataforma poderá ali contratar serviços. E se não há prestadores de serviços nem consumidores desses serviços, seguramente não haverá plataforma! Ora é obviamente, pelo menos também, em benefício da Airbnb que todos os negócios se produzem na sua plataforma. E esse benefício traduz-se, como já afirmámos, no facto da Airbnb ser uma das mais valiosas empresas do mundo. Se isto não é benefício...

O panorama, nesta matéria, da maior concorrente da Airbnb, a HomeAway, não é muito diferente. Vejamos a Cláusula 2.2 dos Termos & Condições para Proprietários, que tem como epígrafe um sugestivo *“O site é apenas uma Plataforma”*:<sup>56</sup> *“O Site oferece uma plataforma para que os Utilizadores possam interagir uns com os outros. Os contratos de prestação de serviços de alojamento local são celebrados apenas entre o Viajante e o Proprietário. Assim, a HomeAway não é (e não se torna em qualquer momento) parte de qualquer relação contratual que venha a ser estabelecida entre o Viajante e o Proprietário, e não atua como mediadora entre o Viajante e o Proprietário em qualquer litígio que surja entre estes. O Utilizador reconhece e concorda que o Viajante e o Proprietário serão os únicos responsáveis pelo cumprimento das obrigações que resultem de tais contratos que venham a celebrar, que a HomeAway não é parte de tais contratos, e que, com exceção das obrigações assumidas pela HomeAway Payments ao abrigo do Contrato para Cobrança de Tarifa de Alojamento, a HomeAway (incluindo as suas subsidiárias) não assume*

<sup>55</sup> <https://www.airbnb.pt/terms>, acedido em 23 de Fevereiro de 2019.

<sup>56</sup> <https://www.homeaway.pt/info/quem-somos/informacao-legal/termos-condicoes-para-proprietarios>, acedido em 23 de Fevereiro de 2019.

qualquer responsabilidade em relação a estes contratos. Esta isenção aplica-se mesmo que o Site facilite a reserva de uma Propriedade ou o uso de outras ferramentas, serviços ou produtos, pois a HomeAway não é parte de qualquer contrato de prestação de serviços de alojamento local ou de outra natureza celebrado entre Viajantes e Proprietários, e os Proprietários não são prestadores de serviços da HomeAway. A HomeAway não é um organizador ou revendedor de pacotes de viagens nos termos estabelecidos pela Diretiva Europeia 2015/2032.” Como se vê, o mesmo cuidado em afirmar que a plataforma não é parte em quaisquer contratos e, conseqüentemente, não assume qualquer responsabilidade em relação a eles, naquilo a que o contrato chama “isenção” de responsabilidade. Tudo isto com a exceção, claro está, da cobrança dos valores devidos pela execução desses contratos com os quais a HomeAway não tem nada que ver. E reproduzimos ainda a cláusula 3.3 do mesmo contrato: “Reservas online e pagamentos online são obrigatórios para todos os anúncios. O Proprietário compromete-se a gerir as comunicações, consultas e todas as reservas através da plataforma e das ferramentas da HomeAway.” Em jeito de conclusão, e porque as realidades se identificam, damos aqui por reproduzido o que afirmámos *supra* sobre a Airbnb.<sup>57</sup>

#### a) Os seguros oferecidos pelas plataformas digitais

Apesar das restritivas cláusulas de responsabilidade constantes dos contratos das principais plataformas digitais a operar no mercado do alojamento local, que estabelecem a ausência de resposta do intermediário pelos danos causados pelo utilizador ao prestador de serviços, e pelos danos sofridos pelo utilizador na casa do prestador de serviços, as mesmas têm consciência que as ditas cláusulas podem (e efetivamente têm) problemas de validade e eficácia. Assim, primeiro a Airbnb, e depois a HomeAway, criaram dois sistemas de seguros que, pretendendo dar segurança aos contratantes, são igualmente instrumentos de venda. Na Airbnb criaram-se a *Garantia ao Anfitrião*<sup>58</sup> e o *Seguro de Proteção ao Anfitrião*.<sup>59</sup> O primeiro protege o anfitrião até ao montante máximo de €800.000,00<sup>60</sup> pelos danos que possa sofrer no caso de um hóspede danificar a sua propriedade. O segundo cobre danos sofridos pelo utilizador na casa do anfitrião até ao montante máximo de €800.000,00.<sup>61</sup> Ambos operam de forma automática em cada contrato entre a plataforma e o anfitrião, e não têm qualquer custo para este. A HomeAway teve uma abordagem diferente deste problema porque acreditou, pensamos, que o seu modelo de negócio afastaria qualquer possível responsabilidade, mas em 8 de maio de 2017 passou a oferecer aos

<sup>57</sup> Note-se que Airbnb e HomeAway coincidem em pretender afastar, expressamente, a aplicação da Diretiva sobre Viagens Organizadas, com o seu especial regime de responsabilidade. A matéria daria lugar a interessante discussão jurídica, mas que não cabe neste trabalho.

<sup>58</sup> <https://www.airbnb.pt/guarantee>, acedido em 05/03/2019.

<sup>59</sup> <https://www.airbnb.pt/host-protection-insurance>, acedido em 05/03/2019.

<sup>60</sup> Câmbio aproximado em euros da quantia de \$1.000.000,00 constante dos contratos.

<sup>61</sup> *Idem*.

seus utilizadores um seguro muito semelhante ao da sua congénere, a que chamou “*O programa*” é um seguro de proteção para o proprietário.<sup>62</sup> Este seguro de responsabilidade civil oferece aos proprietários uma cobertura contra acidentes que causem danos pessoais ou materiais a terceiros com um limite de € 800.000,00<sup>63</sup>. Mas nesta plataforma não há nada similar ao seguro da Airbnb *Garantia ao Anfitrião*, uma vez que os danos ocorridos na propriedade do prestador de serviços não estão aqui cobertos.

Independentemente das distintas abordagens aos seguros das duas plataformas digitais referidas, as exclusões destes seguros equivalem-se. E são imensas como, de resto, já se adivinhava. A somar às exclusões, teremos ainda a dificuldade, presente em todos os seguros, de verificar todos os pressupostos de aplicação da cobertura<sup>64</sup>. Veremos infra como, em situações concretas, esta proteção tem (ou não) funcionado. Como vimos, a responsabilidade contratual das plataformas existe, como não poderia deixar de ser, e as mesmas vão já assumindo isso expressamente nos contratos de adesão que propõem aos seus utilizadores. Igualmente apreciámos algumas das tentativas que as ditas plataformas fazem, por via contratual, de limitar essa responsabilidade, que reconhecem,<sup>65</sup> bem como o alcance que essas cláusulas podem efetivamente ter. E observámos ainda o cuidado das plataformas em oferecer aos seus clientes diversos seguros de responsabilidade, de forma gratuita, numa clara assunção, por parte das ditas plataformas, de que os problemas e os danos podem, efetivamente, ocorrer. Já no que diz respeito aos efeitos dos contratos celebrados, na esfera jurídica de terceiros, o problema agudiza-se ainda mais. Se bem que estejamos conscientes que o caminho que trilhamos não é, de longe, consensual, igualmente nos anima a convicção de que, perante novos e desafiantes problemas, dificilmente se progredirá no âmbito de consensos alargados entre os diversos intervenientes neste mercado. E, nesta matéria, surgem especialmente apelativas as teorias mistas de responsabilidade civil, designadamente a terceira via de que falámos *supra*. Note-se, a este propósito, que a identificação de situações em que as responsabilidades contratual e extra-contratual concorrem uma com a outra não é de hoje, como igualmente já adiantámos.<sup>66</sup> Posto isto, porque a possibilidade de estender os efeitos garantísticos de um contrato a terceiros existe desde que concorram múltiplos fatores

<sup>62</sup> <https://www.homeaway.pt/info/quem-somos/informacao-legal/resumo-da-apolice-de-seguro-de-responsabilidade>, acedido em 05/03/2019.

<sup>63</sup> *Idem*. Como se vê, até no valor coberto os seguros se equivalem.

<sup>64</sup> Não cabe neste trabalho uma análise exaustiva dos contratos de seguro celebrados pelas plataformas, bem como das suas exclusões e condições de funcionamento. Mas não temos dúvidas de que seria útil fazer esta avaliação contratual rigorosa.

<sup>65</sup> A Airbnb reconhece a sua responsabilidade de forma mais expressa que a HomeAway, dedicando a esse reconhecimento uma cláusula do contrato.

<sup>66</sup> Entre outros, Santiago Cavanillas Múgica; Isabel Tapia Fernández, *La Concurrencia de Responsabilidad Contractual y Extracontractual: Tratamiento sustantivo y procesal*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces; Madrid, 1992.

que, objetivamente, o justifiquem e sem antecipar aqui a conclusão de que, no caso em análise, esses fatores existem, sempre se dirá que, perante a extraordinária mobilidade e criatividade da economia, capaz de criar novos e complexos esquemas de atuação, a resposta do Direito não poderá ser nunca o imobilismo, sob pena de se perder o fim último deste: a justiça.

### IX. A Insuficiência dos Modelos de Responsabilidade Existentes

Felizmente a história dos últimos anos de alojamento colaborativo não tem produzido muitos acidentes, dos quais pudessem resultar responsabilidades para os intervenientes nos diversos negócios jurídicos celebrados. Precisamente por isso é de grande relevo analisar os casos conhecidos para averiguar, no caso concreto e não na abstração dos princípios ou dos instrumentos de marketing, o real funcionamento dos mecanismos de responsabilidade e proteção existentes,<sup>67</sup> para desse funcionamento retirar as pertinentes conclusões. Dos casos de acidentes conhecidos, referimo-nos a um que nos parece emblemático da situação que vimos a descrever. Em Julho de 2016 dois casais de amigos arrendaram um apartamento em Brighton, Reino Unido para ali passarem uns dias de férias, através da Airbnb e, quando estavam na varanda do apartamento, a dita varanda colapsou, fazendo precipitar os quatro no vazio até ao nível do solo. Por sorte nenhum deles faleceu, mas ficaram todos, uns mais que outros, com graves lesões que determinaram longos períodos de internamento hospitalar. Perante este cenário, seria de esperar que os mecanismos jurídicos de proteção dos utilizadores daquele apartamento funcionassem na perfeição, ressarcindo os danos sofridos pelas vítimas.<sup>68</sup> Mas não foi assim. A primeira declaração da Airbnb foi a de negar toda e qualquer responsabilidade relativamente ao sucedido. E apressou-se a esclarecer que “*We provide all hosts in the UK with Host Protection Insurance which provides insurance coverage for up to \$1 million in the rare event of an injury*”. No entanto, e apesar do seguro alegadamente existente, as vítimas tiveram que suportar os seus próprios tratamentos, sem que nada ou ninguém, no âmbito dos participantes nos contratos celebrados, tivesse vindo a terreiro assumir algum tipo de responsabilidade, ainda que parcial.<sup>69</sup> A Airbnb declarou mesmo, enfaticamente, que “*We are a platform, we are not responsible*”. Neste estado de coisas, preocupante, as vítimas vieram a público anunciar que pretendiam demandar judicialmente a Airbnb pelos danos sofridos, e seria profundamente interessante ver o que um tribunal, neste caso inglês, decidiria sobre o tema e perante estes factos.

<sup>67</sup> Para uma análise abrangente do problema da responsabilidade civil resultante da prestação de serviços de alojamento em Espanha, cfr. Nelida Tur Faúndez, *El régimen de responsabilidad del prestador de servicios de alojamiento*, Revista de Derecho Privado, Año 94, Mes 5, 2010, págs. 7-43.

<sup>68</sup> Desde logo o seguro com cobertura até \$ 1.000.000,00 “oferecido” pela Airbnb.

<sup>69</sup> Nas palavras das próprias vítimas, “*It's like they don't care. They haven't provided us with anything: acknowledgement, apology or financial support for our ongoing needs*”.

Mas tal não vai acontecer. As vítimas e a Airbnb chegaram a acordo pelo que não veremos uma pronúncia de um tribunal sobre esta questão,<sup>70</sup> de primordial importância para os utilizadores deste tipo de serviços e, precisamente por isso, também para o comércio em geral. Urge, pois, traçar um modelo jurídico de responsabilidade que previna estes problemas e se adeque à materialidade subjacente das plataformas que vimos estudando, o que se procurará fazer no capítulo seguinte.

Creemos ter demonstrado, pelo menos indiciariamente, que os modelos gerais existentes são insuficientes para garantir o equilíbrio entre os contratantes (referimo-nos aos três contratantes). Esta insuficiência é, desde logo, evidente quando se analisam os casos reais de danos ocorridos no âmbito de alojamentos contratados nas plataformas digitais. É disso prova cabal o sucedido em Brighton que, apesar da gravidade do facto e das suas consequências, gerou um coro de apelos à não responsabilização pelo sucedido de todas as partes envolvidas, quer a plataforma digital, quer o proprietário do apartamento cuja varanda colapsou. E nem a existência dos seguros profusamente anunciados pela plataforma em questão obsteu ao resultado preocupante a que assistimos: nenhuma proteção, nenhuma assunção de danos. A situação é, pois, deveras preocupante e reclama à sociedade um profundo estudo por forma a encontrar as soluções mais adequadas aos intervenientes, considerados como um todo cuja união conjuntural foi propiciada pela plataforma digital onde se concretizou o negócio em concreto. Com efeito, a real desproteção dos utilizadores das plataformas digitais deve ser assumida e cabe ao Direito ensaiar os caminhos regulativos que obstem ao atual estado de coisas.

## X. Posição Adotada

De tudo o que ficou dito importa agora retirar as competentes consequências e conclusões. E a primeira dessas consequências é a de que, no domínio das relações jurídicas que se estabelecem no que aceitámos chamar, de forma geral, de alojamento local concretizado através de uma plataforma digital colaborativa, os usuários dessas plataformas devem ver as suas respetivas posições jurídicas protegidas. Bem sabemos que a necessidade de proteção jurídica não é nunca absoluta, mas sim a busca por um equilíbrio que se revele justo e adequado ao caso concreto em estudo.<sup>71</sup> E, nessa busca, cremos que não subsistem dúvidas de que existem evidentes desequilíbrios entre as partes. Por um lado, uma plataforma digital de contratação de alojamento, detida por uma empresa, sendo que estas empresas, no que toca às principais

<sup>70</sup> Entendemos o receio das grandes plataformas de alojamento colaborativo em ver qualquer litígio de que sejam parte ser decidido por um tribunal. Este receio assume especial relevo nos países anglo-saxónicos, atento o princípio do precedente, que enforma todos estes sistemas jurídicos. Uma decisão contrária aos seus interesses teria um efeito multiplicador avassalador.

<sup>71</sup> Não é por acaso que o símbolo do Direito é a balança, representando esse mesmo equilíbrio.

plataformas digitais a operar no mercado, são já das empresas mais ricas do mundo;<sup>72</sup> por outro, um conjunto de utilizadores destas plataformas gigantescas, quer na vertente de prestadores de serviços, normalmente não empresariais, quer na de utilizadores desses serviços, maioritariamente turistas ou viajantes, todos eles com uma capacidade negocial e económica que nenhuma comparação têm com o poder das ditas plataformas.

Neste quadro, e no que à responsabilidade civil das plataformas perante os seus usuários diz respeito, muito há a fazer. Com efeito, constatado o facto de que todas as plataformas se auto denominam como pertencentes aos chamados PSSI (prestadores de serviços da sociedade de informação), por forma a afastarem qualquer responsabilidade que possa advir, para si, do uso dessas plataformas, as visões mais ou menos românticas da suficiência da auto-regulação do setor caem por terra. A auto-regulação não será nunca suficiente quando uma das partes neste mercado multilateral o condiciona e domina de forma quase absoluta. E, para além disso, quando essa parte é a que mais lucra, de longe, com o negócio. Chamamos aqui à colação a classificação das plataformas digitais que empreendemos, com base na existência, ou não, de uma intenção de lucro. Como veremos infra, este será o critério que propomos para distinguir os diferentes regimes jurídicos a aplicar às plataformas.

O contrato de adesão, como dissemos, é aquele em que uma das partes, mantendo a liberdade de o celebrar ou não, perde a liberdade de estipulação, ou seja, não tem qualquer possibilidade (ou tem-na de uma forma muito restrita) de negociar o conteúdo do contrato que vai celebrar. Aqui começa, precisamente, uma das grandes limitações dos diversos tipos de usuários das plataformas digitais: apenas têm a liberdade de celebrar, ou não celebrar, os contratos que lhes são propostos para gerir a relação jurídico-contratual a estabelecer. E este facto opera, de forma indubitável, uma enorme limitação da capacidade negocial dos usuários das plataformas, porquanto uns querem aceder aos benefícios da exposição do bem que querem comercializar a milhões de outros utilizadores, outros querem poder aceder a essa oferta, mas para isso têm que aceitar, todos, de forma acrítica e automática, as condições contratuais que lhes são impostas pela plataforma digital. Tal realidade não pode deixar de ser vista como uma limitação significativa do campo de manobra dos utili-

---

<sup>72</sup> Os dados relativos à riqueza das empresas nem sempre são fidedignos, mas, para se ter uma noção da dimensão destas empresas, veja-se a avaliação da Airbnb em \$ 30.000.000,00 (trinta mil milhões de dólares) levada a cabo em 2016 (maior do que a soma da capitalização bolsista das cadeias hilton e hyatt juntas). Noutra comparação, veja-se que, em 2016, a Airbnb arrendou (ou potenciou que se arrendassem) cerca de 1,5 milhões de alojamentos, o que representa mais do que o Marriott International e Starwood Hotels & Resorts Worldwide juntos, depois da fusão. E ainda outros dados revelam que a Airbnb obteve lucros de 93 milhões de dólares no ano de 2017 e, no mesmo ano, receitas na ordem dos 2,6 mil milhões de dólares. Já no caso da HomeAway, o negócio da sua aquisição pela Expedia em 2015 por uns expressivos \$ 3,9 mil milhões de dólares é suficientemente esclarecedor da sua magnitude e do seu valor.

zadores das plataformas, que tenderão (e efetivamente tendem) a tudo aceitar nos contratos que celebram com as plataformas, precisamente porque sabem que sem essa aceitação não serão admitidos na plataforma, quer como prestadores de serviços, quer como utilizadores dos serviços prestados. E quando as plataformas assumem um papel de extrema importância, emprestando o seu capital de confiança aos negócios que, sob a sua égide, se vão realizar, ninguém quererá deixar de poder fazer parte deste universo negocial, ainda que ‘forçado’ a aceitar condições contratuais profundamente desequilibradas. Cabe, pois, ao Direito, em última instância, o dever de intervir para minimizar estes desequilíbrios.

As limitações da responsabilidade subjetiva, portanto com algum tipo de culpa, são conhecidas de todos os autores que, ao longo do último século, têm estudado o problema da responsabilidade civil. A assunção destas limitações esteve, de resto, na base da evolução para novas formas de responsabilidade, seja pela mera inversão do ónus da prova quanto ao pressuposto “culpa”, seja pela instituição da responsabilidade objetiva, que permite a imputação independentemente da culpa. Com efeito, a responsabilidade subjetiva, na medida em que exige alguma forma de culpa, seja ela dolo ou a mais vulgar negligência, mostra-se claramente incapaz de fazer face aos desafios de responsabilidade criados pelo aparecimento das novas gerações de plataformas digitais. No âmbito da responsabilidade contratual, porque a plataforma não é parte no contrato que se estabelece entre as partes numa das relações do triângulo, eximindo-se por aí, de forma simples e singela, a qualquer responsabilidade. No âmbito da responsabilidade extra-contratual porque, em face da parca regulação e do controlo total e efetivo que as plataformas detêm sobre toda a cadeia do negócio que se realiza na sua esfera de influência, em muito poucos casos se poderá assacar algum tipo de responsabilidade às ditas plataformas. Perante a constatação de que a responsabilidade subjetiva, contratual e extra-contratual, é insuficiente para resolver o problema identificado, necessário será seguir procurando, no ordenamento jurídico e na própria ciência do Direito, diferentes soluções que permitam ultrapassar as limitações agora encontradas.

A introdução de uma presunção de culpa (inversão do ónus da prova) podia ser, em teoria, considerada para minimizar o problema que identificámos. Esta forma de imputação, por oposição à responsabilidade objetiva, está bem sintetizada por Emilio Betti:<sup>73</sup> *“Entre las diversas hipótesis contempladas se da una gradación que va desde la hipótesis más próxima a la responsabilidad fundada en la culpa en la que gravita sobre el designado como responsable, si intenta desculpase, la carga de probar no haber podido impedir el hecho, a las hipótesis más alejadas en las que la responsabilidad se anuda al hecho objetivo de que el daño há sido causado en el ejercicio de una actividad destinada a servir el interés de quien está llamado a res-*

<sup>73</sup> Emilio Betti, *Teoría General de las Obligaciones*, Tomo II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1970, pág. 177.

*ponder*”. E já este autor, ao tempo em que escreveu estas linhas, falava que a diferença de tratamento entre as duas podia ter a sua raiz numa “*actividad subordinada o de un aparejamiento técnico*”. Obviamente não tinha em mente a revolução tecnológica operada pelas tecnologias de informação e comunicação, mas a raiz do problema continua a ser exatamente a mesma. De forma igualmente contundente, outros Autores<sup>74</sup> têm vindo a defender que a presunção de culpa mais não é do que um ‘disfarce’ de uma responsabilidade objetiva, que se quer, mas que, psicologicamente, ainda se tem alguma dificuldade em aceitar. A responsabilidade com culpa ocupa um lugar de tal relevo na construção do instituto que qualquer desvalorização do elemento culpa provoca, quase de forma intuitiva, uma reação adversa e negativa. Urge mudar esta perspetiva.

Estamos convictos que a introdução de uma presunção de culpa não só não resolveria o problema, como não lhe traria, sequer, qualquer alteração ou benefício significativos. Com efeito, as presunções de culpa funcionam de forma razoável em situações pouco assimétricas, em que uma das partes tem alguma vantagem sobre a outra mas, ainda assim, num plano comparável ou, ainda que em situações muito assimétricas, estejamos no domínio de uma atividade bastante regulada. A inversão do ónus da prova quanto à culpa, precisamente por essas especiais características da relação jurídica existente, onera a parte que fica obrigada a fazer a prova de que agiu sem culpa. No caso em estudo, a realidade é totalmente distinta. Na teia de equilíbrios que se geram na contratação de alojamento por via das plataformas digitais, a PD (Plataforma Digital), como já vimos, criou e domina integralmente o negócio, impondo as suas regras a todos os intervenientes sem que estes tenham qualquer capacidade de reação.<sup>75</sup> E fá-lo numa matéria e num negócio em que a regulação é praticamente inexistente, o que facilita, e muito, a demonstração pelas plataformas digitais que cumpriram todos os deveres a que estavam vinculadas, uma vez que estes deveres não são, desde logo, fáceis de caracterizar. Merece a pena comparar a situação em estudo com o contrato de transporte aéreo, onde vigora, ainda hoje, a presunção de culpa da companhia aérea, uma vez que adivinhamos que a colagem das duas situações será um argumento de peso contra o que defendemos. E, a este propósito, enfatizar que mesmo os autores que se dedicaram a estudar esta relação, reconhecem que existem hoje áreas do contrato de transporte aéreo já cobertas por verdadeiras responsabilidades objetivas, como são os casos dos danos físicos causados por acidente que não ultrapassem uma determinada quantia ou quando se produzam danos na bagagem despachada no porão do avião.<sup>76</sup>

<sup>74</sup> Júlio Gomes, *Responsabilidade subjetiva e responsabilidade objetiva*, Revista de Direito e Economia, Ano XIII, Universidade de Coimbra, 1987.

<sup>75</sup> Veja-se, com propriedade, o que acima se disse sobre os contratos de adesão e suas especiais características.

<sup>76</sup> Belén Ferrer Tapia, *El contrato de transporte aéreo de pasajeros. Sujetos, estatuto y responsabilidad* (Vol. 12). Librería-Editorial Dykinson, 2013, pág. 156/157.

### a) O papel da confiança

O problema da confiança no Direito em geral e, em especial, na responsabilidade civil é de extrema dificuldade. Quer pelas dificuldades próprias da delimitação do seu conceito, já de si problemáticas, quer pela sua utilização como instituto jurídico.<sup>77</sup> Mas, e apesar destes problemas, parece indiscutível a sua importância na modelação de algumas soluções jurídicas que, de outra forma, dificilmente se poderiam considerar justas. Nas avisadas palavras de Carneiro da Frada,<sup>78</sup> que bem delimitam o problema: *“O problema da confiança apresenta-se todavia, em Direito, ainda mais delicado. Por um lado, é intuitiva uma profunda assimilação da confiança com a própria realidade jurídica, visível sobretudo nas formas de relacionamento mais simples e nos microssistemas sociais mais elementares... Por outro lado, sobretudo nas sociedades altamente diferenciadas e complexas do tipo das da atualidade, impõe-se, afinal, uma discriminação entre o Direito e a confiança: o primeiro inter-vém para assegurar níveis de interação social precisamente aí onde o processo de coordenação interindividual das condutas humanas através da confiança se torna, por dificuldade ou ineficiência, impraticável”*.

A verdade é que, sem confiança, pelo menos algum tipo de confiança, o Homem não agiria. A confiança é, pois, a base de toda a ação<sup>79</sup> e, desse modo, não pode, nem deve, ser ignorada na modelação de diversos institutos jurídicos.<sup>80</sup> E tal acontece, também, quanto ao instituto da responsabilidade civil que nos ocupa.<sup>81</sup> A ambiguidade do conceito de confiança permite dizer-se, com igual legitimidade, que esta modela o Direito, na medida em que apareça como elemento anterior à regulação em concreto, ou que é modelada pelo Direito, introduzindo este o conceito através da regulação. De uma forma ou de outra, a confiança aparece como verdadeiro pressu-

<sup>77</sup> Manuel Carneiro da Frada, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Coimbra, 2003.

<sup>78</sup> *Idem*, pág. 18.

<sup>79</sup> Na bem elucidativa expressão de Luhmann que refere que sem confiança o Homem sentiria *“um medo indefinido, um horror paralisante”* e *“nem sequer poderia formular uma desconfiança definida e torná-la base de ações defensivas porque isso implicaria que ele confiasse nou-tros sentidos”*. Niklas Luhmann, *Vertrauen/Ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität*, 2ª edição, Estugarda, 1973.

<sup>80</sup> Baptista Machado, *Tutela da Confiança e venire contra factum proprium*, Obra Dispersa I, Braga, 1991.

<sup>81</sup> Estamos em crer ser um afloramento desta tutela da confiança também o defendido por Manuel García, *Lecciones de Derecho Civil II: Teoria General de las Obligaciones y Contratos*, McGraw-Hill, Madrid, 1995, quando, a propósito daquilo que chama a *teoria da garantia* na responsabilidade civil, afirma: *“Se afirma incluso que hay un ‘derecho a la seguridad’ por parte de los demás – a favor de cualquiera-, que garantiza jurídicamente todos sus derechos. Pues bien, cuando ... se incumple aquella obligación, al igual que cuando se viola cualquier derecho, hay que indemnizar los daños que tal violación comporte.”*

posto de diversas soluções jurídicas.<sup>82</sup> Por isso afirma, de forma irrepreensível, Carneiro da Frada<sup>83</sup> que “*A ordem jurídica não poderá deste modo eximir-se de proteger a confiança, sob pena de não corresponder às suas exigências mais profundas. E sublinha-se de facto a natureza simultaneamente ética e jurídica do princípio da tutela da confiança*”.

A tutela da confiança assume, como se disse, múltiplos aspetos<sup>84</sup>, mas é o da responsabilidade pela confiança, na dupla dimensão em que permite que alguém seja chamado a suportar as consequências jurídicas da confiança alheia e na medida em que se traduz no aparecimento na ordem jurídica de um dever jurídico de ressarcir um dano, que aqui mais nos interessa. Assumem especial relevância as construções jurídicas que, partindo da necessária tutela da confiança, afunilam o seu escopo numa tutela das expectativas por necessidade ético-jurídica.<sup>85</sup> Esta necessidade determina que a ordem jurídica não possa deixar de conferir relevância aos aspetos e condições de determinada situação jurídica com vista à obtenção de uma justa e equilibrada composição dos interesses em presença.<sup>86</sup>

As consequências destas reflexões levam-nos à constatação de que os negócios jurídicos que se celebram debaixo do guarda-chuva das chamadas plataformas colaborativas<sup>87</sup> não podem deixar de ter, no ator jurídico que é a própria plataforma, um qualquer reflexo garantístico que evite a desproteção de algum dos contratantes, precisamente porque confiou no negócio que celebrou com a sua intermediação.<sup>88</sup> A concretização deste reflexo de garantia já não é tão fácil ou imediata. E se as teorias sobre a tutela da confiança, em especial aquelas que lhe atribuem uma legitimidade dogmática própria e autónoma, que perfilhamos, encontram caminhos que conduzem a alguma composição dos litígios, é igualmente verdade que estes caminhos, as mais das vezes, se apresentam difíceis de trilhar e nada imunes a flutuações de interpretação jurídica pelos tribunais, que em última análise assegurarão a aplicação do Direito ao caso concreto. Tais razões levam-nos a considerar, antecipando já o que diremos

<sup>82</sup> Karl Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito*, 5ª ed., Berlim, 1983.

<sup>83</sup> Manuel Carneiro da Frada, *ob. cit.*, pág. 26.

<sup>84</sup> O mais comum é o da tutela das expectativas.

<sup>85</sup> Claus Wilhelm Canaris, *Die vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*, 1971.

<sup>86</sup> Cfr. a este respeito também Menezes Cordeiro, *Da Boa Fé no Direito Civil*, I e II, Coimbra, 1984, que, muito embora formalmente discorde desta construção, nos parece que a acaba por admitir, do ponto de vista material, mas atribuindo a produção destes efeitos ao instituto da Boa Fé.

<sup>87</sup> Mesmo aqueles em que a plataforma não é parte.

<sup>88</sup> É sintomático o facto de que quando alguém contrata um alojamento turístico e lhe perguntam sobre como e onde o fez, a resposta natural e óbvia é dizer que foi na plataforma A ou B, sendo que, pelos números envolvidos, a probabilidade de ter sido na Airbnb ou na HomeAway é muito elevada. Na verdade, a ninguém lhe ocorre dizer que contratou o seu alojamento ao Sr. António ou à Sra. D. Maria, mas foi com estes, e apenas com estes, que foi celebrado o último contrato que permitiu a ocupação daquele imóvel em concreto.

infra, de forma mais detalhada, que a solução final e adequada para o problema em estudo, passando pela tutela da confiança como elemento central, a par dos outros também mencionados, será a implementação de uma responsabilidade objetiva das plataformas colaborativas perante os seus utilizadores, assim se evitando dúvidas e flutuações jurisprudenciais que, quer queiramos, quer não, sempre enfraquecem a coesão do Direito enquanto sistema.<sup>89</sup>

#### **b) O contributo da análise económica do direito**

O Direito, enquanto ciência social e milenar que é, influencia e é influenciado por múltiplos fatores. Esta interpenetração óbvia foi a responsável pelo aparecimento de várias áreas de estudo de relação, algumas milenares, como a Filosofia do Direito, outras relativamente novas, como a Sociologia do Direito. As relações entre o Direito e a Economia são igualmente evidentes, desde o Direito da Economia até à Economia Política. Mas arriscamos dizer que, na maior parte das abordagens conjuntas Direito/Economia a perspetiva jurídica é de uma certa preponderância do Direito sobre a Economia, olhando para a regulação como importante instrumento de modelação da realidade económica. Não temos dúvidas de que, muitas vezes, assim é. Mas igualmente estamos seguros que, cada vez mais, o inverso também é verdadeiro. Ou seja, partir da realidade económica para a análise do Direito, constituído ou a constituir.<sup>90</sup> A este procedimento chama-se a análise económica do Direito. A análise económica do Direito nasceu no universo jurídico anglo-saxónico e veio exigir que qualquer disposição relativa a temas de responsabilidade civil deveria procurar obter o máximo de utilidade para todos os envolvidos por forma a que, ponderando-se a soma dos danos com os custos para os evitar, se maximizem as utilidades esperadas. A partir da sua génese, e precisamente pelas suas grandes virtualidades, esta análise estendeu-se aos demais ordenamentos jurídicos europeus,<sup>91</sup> que a absorveram e trabalharam e, no caso em estudo neste trabalho, apresenta virtualidades que ajudam à compreensão do problema e da posição final adotada. O primeiro aspeto a considerar na análise que propomos são os efeitos de rede causados por esta nova

<sup>89</sup> É o próprio Carneiro da Frada, ob. cit., pág. 79, um dos autores que em Portugal mais se tem dedicado ao tema da tutela da confiança, e sempre na perspetiva da sua autonomização dogmática, que reconhece a enorme tentação de derivar a tutela da confiança para a responsabilidade objetiva, o que tenta combater: *“Daqui a perguntar se não será mais correto alicerçar a obrigação de indemnizar, antes que no pensamento da confiança, na própria violação das posições dos sujeitos asseguradas por esses deveres como situação ‘objetiva’ de responsabilidade, vai uma pequena distância.”*

<sup>90</sup> Para um interessante estudo nesta área, muito embora focado na segurança rodoviária, cfr. Arlindo Donário, *The Economic Analysis of Law: The Effects of Liability on Road Safety – The Portuguese Case*, Sílabas & Desafios, Lisboa, 2015.

<sup>91</sup> E também a ordenamentos jurídicos fora da Europa. A este propósito, cfr. Joandre Ferraz, *Obrigações e Contratos em Viagens e Turismo: Transporte Aéreo, Meios de Hospedagem, Agências de Turismo*, Manole, 2005, onde se aborda, desde a perspetiva do Brasil, estas relações entre o Direito e a Economia.

forma de contratar multipartida. É inegável que, de um ponto de vista teórico, a existência de um determinado operador num determinado mercado não comporta quaisquer restrições à entrada nesse mercado de outros operadores concorrentes. E se o operador já instalado adotar comportamentos contrários ao desejo dos consumidores,<sup>92</sup> a entrada de novos operadores fica ainda mais facilitada. Mas essa entrada pode ser dificultada por múltiplos fatores. Importa, pois, perceber de que forma a operação destas novas plataformas digitais ditas colaborativas pode, ou não, representar em si mesmo uma barreira à entrada de novos competidores. Neste domínio, a Comissão Europeia considerou já que a existência de efeitos de rede, aliados à digitalização e utilização de Big Data,<sup>93</sup> deve ser considerada uma barreira à entrada de novos competidores, com as necessárias consequências em sede de concorrência. Com efeito, se um determinado ator num mercado multilateral<sup>94</sup> assumir um papel de extrema relevância nesse mercado, a entrada no mercado de outros atores ver-se-á fortemente restringida. Devido à própria formulação do negócio, qualquer nova plataforma terá sérias dificuldades em entrar no mercado, porquanto o capital de confiança na plataforma é gerado a partir da sua extensa utilização: os prestadores de serviços utilizarão a plataforma se ela contiver muitos utilizadores de serviços; e igualmente os utilizadores dos serviços apenas utilizarão a plataforma se esta contar com muitos prestadores de serviços.

As especiais características das plataformas digitais colaborativas fazem com que os modelos de previsão existentes possam não estar aptos a produzir resultados fiáveis e satisfatórios. Se é certo que o aparecimento destas plataformas, em especial as que se impuseram de forma global, pode gerar uma grande concentração no mercado, ao ponto de gerar monopólios, ainda que divididos por mais do que uma empresa, é igualmente verdade que essas mesmas características ditam que esta concentração pode ter efeitos benéficos para todos os utilizadores, porquanto a relação tripartida obriga a que um dos lados se equilibre com o outro, o que obriga a plataforma propriamente dita a buscar incessantemente soluções de compromisso. Também por esta via o problema em análise reclama do Direito uma solução que, tendo em conta todas estas variáveis, garanta que nenhum dano fique por ressarcir.<sup>95</sup> E esta solução só pode ser, em nossa opinião, a adoção de um sistema de responsabilidade civil objetiva das plataformas digitais, como desenvolveremos de seguida.

---

<sup>92</sup> Por exemplo, um aumento exagerado ou desproporcional dos preços.

<sup>93</sup> A expressão *Big Data* refere-se a um grande conjunto de dados gerados e armazenados que as aplicações de processamento de dados tradicionais não conseguem tratar num tempo razoável. O seu tratamento e aproveitamento é cada vez mais visto como uma importante vantagem competitiva.

<sup>94</sup> Mercado multilateral, para o que aqui nos interessa, é aquele em que existem efeitos de rede, por oposição ao mercado unilateral, onde esses efeitos não se fazem sentir.

<sup>95</sup> Josep Puig Brutau, *Compendio de Derecho Civil – Volumen II*, Bosch, Barcelona, 1994.

### c) A adoção de um sistema de responsabilidade civil objetiva

Mesmo os mais fervorosos adeptos da Economia Colaborativa e, por isso, de todas as suas manifestações, como é o caso da comercialização de alojamento turístico no âmbito das plataformas digitais ditas de turismo colaborativo, reconhecem que “*estos nuevos modelos de negocio y actividades turísticas conllevan ciertas externalidades negativas que han de ser tenidas en cuenta por el legislador*”.<sup>96</sup> O presente trabalho não é mais do que um esforço para identificar algumas dessas externalidades negativas e propor um caminho que permita minimizá-las, assim permitindo a estes novos modelos um desenvolvimento harmonioso e justo para todos os envolvidos. Assim, e após este percurso, importa agora retirar as competentes ilações de tudo o que ficou dito e demonstrado e colocar a última peça do puzzle que fomos construindo. E essa peça é a conclusão de que apenas através da imposição de um sistema de responsabilidade civil objetiva às empresas detentoras das plataformas digitais ditas colaborativas se pode garantir, por um lado, o correto e efetivo ressarcimento dos danos ocasionados pela sua existência no mercado<sup>97</sup> e, por outro, contribuir, de forma acentuada, para moderar o aparecimento de sucessivas plataformas deste tipo, precisamente pela responsabilização dos seus titulares. No entanto, a imposição de tal responsabilidade objetiva deverá afetar apenas as relações entre as plataformas e os utilizadores dos serviços que as mesmas anunciam e, porque as plataformas digitais não são todas iguais, importará também encontrar um critério sólido que trace a fronteira entre as plataformas a que se aplicaria uma exigente responsabilidade objetiva e as restantes, cujas relações continuariam a ser reguladas pelas regras gerais existentes.

Como vimos, são vários os contributos que nos trouxeram a esta conclusão e que agora sistematizamos:

- i) As plataformas digitais criaram e definiram um novo modelo de negócio, no qual condicionam contratualmente todos os intervenientes;
- ii) Normalmente, as plataformas digitais são a parte com maior poder económico na relação tripartida que se estabelece;
- iii) Os contratos celebrados entre as plataformas e os seus usuários são contratos de adesão, que apenas permitem celebrar ou não celebrar o contrato, sem qualquer margem de intervenção no conteúdo do mesmo;
- iv) As leis de proteção do consumidor revelaram-se pouco úteis, porquanto não se aplicam na maioria das relações tripartidas possibilitadas pelas plataformas digitais;

<sup>96</sup> Sara Rodríguez Marín; Alfredo Muñoz García, *ob. cit.*, pág. 60.

<sup>97</sup> Já Karl Larenz, em meados do século passado, falava na imputação do dano pela esfera de responsabilidade do obrigado a indemnizar. Cfr. Karl Larenz, *Derecho de Obligaciones, Tomo II*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959.

- v) A existência de seguros com amplas proteções associadas revelou-se incapaz de acudir a algumas reais situações danosas ocorridas, em especial nas que determinaram danos físicos e até a morte;
- vi) A responsabilidade subjetiva, contratual ou extra-contratual, uma vez que exige uma forma de culpa, é insuficiente para garantir o equilíbrio dos interesses em presença;
- vii) A responsabilidade subjetiva com presunção de culpa, se bem que possa ser um passo no sentido da proteção dos utilizadores das plataformas, mostra-se igualmente insuficiente para alcançar o equilíbrio que entendemos dever existir entre as diversas partes contratantes, uma vez que a plataforma facilmente ilidiria aquela presunção;
- viii) O instituto da confiança, dogmaticamente independente da responsabilidade civil mas com ela se interpenetrando, demonstrou grandes virtualidades explicativas que permitem a ultrapassagem dos modelos clássicos e compartimentados da responsabilidade civil, assim justificando, ou impondo, diferentes abordagens;
- ix) A análise económica do Direito permitiu também perceber que, para além das construções jurídicas puras, o Direito deve estar atento ao que se passa na realidade económica, e a ela reagindo;
- x) Finalmente, as tendências das últimas décadas para a socialização do risco, através da imposição de uma responsabilidade objetiva, em diversos setores, mostram o caminho a seguir.

Veja-se, a este propósito e por exemplo, a responsabilidade objetiva do comitente no ordenamento jurídico português. A utilização de um comissário não representa, com efeito, nenhum especial perigo para a sociedade ou para o tráfego jurídico<sup>98</sup> mas, ainda assim, o Código Civil português não hesitou em atribuir ao comitente uma responsabilidade objetiva pelos atos do comissário. Substitua-se agora o comitente pela plataforma digital e manter-se-ão exatamente os mesmos pressupostos, com as mesmas finalidades. Introduzir uma responsabilidade objetiva das plataformas digitais não seria, pois, uma novidade jurídica de monta. Seria apenas e só reconhecer a sua necessidade em face do ‘novo’ negócio criativamente construído. Não podemos deixar de enfatizar aqui o absurdo da seguinte comparação: se alguém encarrega outrem de ir ao supermercado comprar-lhe bananas, responde objetivamente, em Portugal, por qualquer dano que o comprador, e as bananas, produzam a um terceiro, tendo depois direito de regresso, e subjetivamente, em Espanha, mas com uma presunção de culpa que a jurisprudência absolutizou; mas uma plataforma digital das que nos ocupam, um portento económico mundial, lava as suas mãos do destino danoso de todos os que a utilizam e que, apenas porque ela existe, acederam à fonte dos seus danos. É uma solução claramente desequilibrada. Por fim, e de extrema

---

<sup>98</sup> Para a sociedade e para o tráfego jurídico, o perigo de A ir comprar cimento é exatamente o mesmo de B, encarregado por A, ir comprar esse cimento.

importância, importa realçar que a implementação de uma responsabilidade objetiva das plataformas colaborativas terá que ser considerada, necessariamente, num plano europeu, e nunca num plano exclusivamente nacional. Qualquer regulação, em especial em temas tão sensíveis como a responsabilidade, só será operativa à escala da Europa. E, para além da sua operatividade, só será justa nesta escala.<sup>99</sup>

#### **d) A distinção baseada na intenção de lucro**

Como dissemos, a realidade das plataformas digitais a operar no mercado não é toda igual. Assim, importa encontrar um critério seguro que determine a aplicação às plataformas das regras que agora preconizamos. E, muito embora tenhamos plena consciência que a proposta que fazemos induzirá debate, a linha a traçar mais objetiva e, por isso, mais operativa para cumprir tal desiderato é a existência, ou não, de intenção de lucro do titular da plataforma. A intenção de lucro deverá ser aferida materialmente e não formalmente. Não bastará, pois, que os utilizadores de uma determinada plataforma paguem alguma quantia para utilizar a plataforma para concluir pela intenção de lucro da dita plataforma, uma vez que será perfeitamente aceitável que os utilizadores contribuam, por exemplo, para os custos de manutenção da plataforma, no seu próprio interesse. A análise deverá ser casuística, mas estamos em crer que, salvo algumas poucas exceções, a natureza lucrativa ou não lucrativa das plataformas será muito fácil de determinar, desde logo pelas regras que as mesmas definem para a sua utilização. Este critério terá a virtualidade de fazer aplicar a quem das plataformas faz negócio um esquema de responsabilidade objetiva, como defendido acima, e permitirá às plataformas da real Economia Colaborativa continuar a existir, sem o ónus de responder objetivamente por danos causados por e a terceiros, no que seria uma extensão claramente injusta do regime de responsabilidade preconizado.

#### **e) Os beneficiários da responsabilidade objetiva**

Como se viu, as plataformas digitais que nos ocupam têm dois tipos de utilizadores: os prestadores dos serviços de alojamento e os consumidores desses serviços. Ambos se relacionam contratualmente com a plataforma, como igualmente observámos, e se relacionam ainda um com o outro. Aqui chegados, impõe-se perguntar: Deve a responsabilidade objetiva das plataformas estender-se a todos os utilizadores? Ou

---

<sup>99</sup> Nesta matéria cremos haver um consenso generalizado de que qualquer regulação no âmbito da Economia Colaborativa deverá emanar, pelo menos, das instituições da União Europeia. Veja-se, por exemplo o escrito pelo Research Group on the Law of Digital Services, *Discussion Draft of a Directive on Online Intermediary Platforms*, *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 5, 04/2016: “If regulation is considered to be necessary, the appropriate level of regulation should be European rather than national in order to avoid obstacles to the digital single market that could arise from diverging national regulatory requirements for online platforms”.

apenas em relação a uns deles? A questão exige resposta e clarificação: a responsabilidade objetiva das plataformas apenas deve ser considerada na relação entre estas e o utilizador dos serviços que, com a sua intermediação, são prestados porque apenas aqui estão presentes os elementos que permitem, em nossa opinião, justificá-la. Com efeito, as diversas razões que fomos revelando, ao longo deste trabalho, e que sustentam a conclusão que agora tiramos, apenas encontram a sua expressão plena na relação estabelecida entre o utilizador dos serviços, aquele que se hospeda na casa de um prestador de serviços de alojamento, seja ele um profissional ou um particular, e esse prestador de serviços. Por outras palavras, apenas nesta relação se detetam os fatores de desproteção de uma das partes numa determinada relação jurídica que, pela sua força e magnitude, impõem uma socialização do risco. Em linha com o que se foi obtendo no domínio da proteção do consumidor, em geral, onde a responsabilidade objetiva dos fabricantes dos produtos é hoje, praticamente, consensual. E também porque, como vimos, estas novas formas de comercialização, pela novidade nos pressupostos que apresentam, permitem que múltiplas relações fiquem de fora do âmbito das leis protetivas do consumidor, sem que para tal exista qualquer fundamento objetivo.

#### **f) A virtualidade moderadora da posição adotada**

A posição que defendemos, de instituir um sistema de responsabilidade objetiva para as plataformas digitais que definem e controlam todo o negócio, muito embora, tecnicamente, não prestem o serviço subjacente, tem, para além dos efeitos imediatos já analisados, outros efeitos secundários que, muito embora menos relevantes, são igualmente positivos. E o mais relevante desses efeitos secundários seria o efeito moderador que a responsabilidade objetiva traria ao mercado.

Com efeito, é um facto de que as tecnologias estão cada vez mais acessíveis aos cidadãos, o que torna qualquer negócio em linha extremamente apelativo, pela sua relativa facilidade. Se a isso aliarmos a possibilidade de construir um negócio em relação ao qual o seu detentor não tem qualquer responsabilidade sobre a sorte dos negócios ali praticados, o apelo cresce exponencialmente. Ora a introdução da responsabilidade objetiva também aqui teria uma palavra a dizer. O empresário, agora, teria que tomar uma decisão baseada em distintos pressupostos, uma vez que não poderia ignorar um determinado risco que iria assumir. No fundo, o que se passa na generalidade da iniciativa empresarial, e não se descortina qualquer razão objetiva para que neste específico e novo setor de atividade o risco próprio do empresário seja transferido, na totalidade, para os utilizadores da sua empresa.<sup>100</sup>

---

<sup>100</sup> A gestão do risco empresarial é hoje vista como uma abordagem completa e sistemática que visa ajudar as organizações, independentemente da sua dimensão ou missão, a identificar, medir e responder aos riscos dos projetos e iniciativas que assumem. Esta abordagem permite às organizações determinar o nível de risco que podem, ou querem aceitar, sempre na procura de

### g) A necessária exigência de um seguro de responsabilidade civil obrigatório

A instituição de uma qualquer responsabilidade objetiva ficará sempre comprometida se, a par dessa imposição, não for estabelecida a obrigatoriedade de contratar um seguro de responsabilidade civil que transfira, ainda que com condições, esse risco para uma seguradora.<sup>101</sup> Esta transferência operada pela existência de um contrato de seguro é já exigida, como igualmente vimos, pelas teorias da socialização do risco, por forma a garantir o efetivo e rápido ressarcimento do dano sofrido. E, muito embora as plataformas tenham que suportar o custo deste seguro, a verdade é que, em face dos relativamente pouco usuais danos, dos montantes dos mesmos, caso ocorram, e ainda da fortíssima capacidade negocial das plataformas junto das seguradoras, esse custo seria, necessariamente, marginal, ainda que fosse, pelo menos parcialmente, repercutido no custo dos serviços prestados pelas plataformas digitais.

### h) Síntese

Tudo visto, importa sintetizar o regime de responsabilidade que defendemos. Partimos da constatação de um novo modelo de negócio que, por simplicidade, chamámos turismo colaborativo, para chegar às plataformas digitais que comercializam alojamento turístico. Distinguimos, dentro destas, as que têm uma perspectiva de lucro das que não têm, por forma a justificar, de forma concreta e objetiva, a aplicação de distintos regimes jurídicos a umas e outras. Analisámos ainda as particularidades dos negócios jurídicos celebrados no âmbito das plataformas digitais para chegar à conclusão, ou recomendação, de que deveria instituir-se um sistema de responsabilidade objetiva para as plataformas com intuítos lucrativos, a aplicar no âmbito de uma ação concertada da União Europeia, aliado à exigência de um seguro de responsabilidade civil obrigatório. Tal sistema teria a virtualidade dupla de equilibrar os interesses em presença e, ainda, moderar a apetência dos empresários pela criação de plataformas deste tipo.

---

criação de valor para os seus investidores. A fatal existência de incertezas expõe as empresas ao risco e é precisamente este aspeto que permite o aproveitamento das oportunidades que surjam. Excluir este natural risco da exploração de um determinado negócio será sempre subverter o modelo próprio dos sistemas económicos que, a custo, fomos criando.

<sup>101</sup> Relembramos as palavras de Puig Brutau: “*A la tendencia a indemnizar todos los daños con un criterio objetivo, con independencia de la culpa, responde la obligación de contratar un seguro, impuesta a quien puede causar daños en determinada actividad.*” Cfr. Josep Puig Brutau, *Ob. Cit.*, pág. 650.

**Bibliografia\***

\* *As referências a autores espanhóis fazem-se com recurso aos dois apelidos, atento o facto da Espanha se afastar da regra nos países culturalmente contíguos de utilizar o apelido do pai em último lugar.*

- Emilio Betti, *Teoría General de las Obligaciones*, Tomo II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1970.
- Claus-Wilhelm Canaris, *Die vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*, 1971.
- Santiago Cavanillas Múgica; Isabel Tapia Fernandez, *La Concurrencia de Responsabilidad Contractual y Extracontractual: Tratamiento sustantivo y procesal*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces; Madrid, 1992.
- Menezes Cordeiro, *Da Boa Fé no Direito Civil*, I e II, Coimbra, 1984.
- Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil – VIII*, Almedina, Coimbra, 2017.
- Arlindo Donário, *The Economic Analysis of Law: The Effects of Liability on Road Safety – The Portuguese Case*, Sílabas & Desafios, Lisboa, 2015.
- Joandre Ferraz, *Obrigações e Contratos em Viagens e Turismo: Transporte Aéreo, Meios de Hospedagem, Agências de Turismo*, Manole, 2005.
- Belén Ferrer Tapia, *El contrato de transporte aéreo de pasajeros. Sujetos, estatuto y responsabilidad* (Vol. 12). Librería-Editorial Dykinson, Madrid, 2013.
- Manuel Carneiro da Frada, *A responsabilidade objetiva por facto de outrem face à distinção entre responsabilidade obrigacional e aquiliana*, Direito e Justiça (Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa), Volume XII, Tomo 1, Lisboa, 1998.
- Manuel Carneiro da Frada, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Coimbra, 2003.
- Manuel Carneiro da Frada, *Direito Civil, Responsabilidade Civil, O Método do Caso*, Almedina, Coimbra, 2006.
- Júlio Gomes, *Responsabilidade subjetiva e responsabilidade objetiva*, Revista de Direito e Economia, Ano XIII, Universidade de Coimbra, 1987.
- Karl Larenz, *Derecho de Obligaciones, Tomo II*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959.
- Karl Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito*, 5ª ed., Berlim, 1983.
- Niklas Luhmann, *Vertrauen/Ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität*, 2ª edição, Estugarda, 1973.
- Frank Knight, *Risk, Uncertainty and Profit*, Boston, 1921.
- Baptista Machado, *Tutela da Confiança e venire contra factum proprium*, Obra Dispersa I, Braga, 1991.
- Montero Pascual, J., *La regulación de la economía colaborativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- Antonia Paniza Fullana, *Viajes Combinados y Servicios de Viaje Vinculados: replanteamiento de conceptos y sus consecuencias sobre la responsabilidad*, Dykinson, Madrid, 2017.
- Josep Puig Brutau, *Compendio de Derecho Civil – Volumen II*, Bosch, Barcelona, 1994.
- Research Group on the Law of Digital Services, *Discussion Draft of a Directive on Online*

- Intermediary Platforms*, Journal of European Consumer and Market Law, vol. 5, 2016.
- Joaquim Sousa Ribeiro, *O Problema do Contrato: As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, Coleção Teses, Almedina, 2003.
- Sara Rodríguez Marín; Alfredo Muñoz García, *Aspectos legales de la economía colaborativa y bajo demanda en plataformas digitales*, Bosch, Wolters Kluwer, 2018.
- Lester Thurow, *Lucros*, in Enciclopédia de Economia, Ed. portuguesa, Principia, 2000, pp. 66-70.
- Nelida Tur Faúndez, *El régimen de responsabilidad del prestador de servicios de alojamiento*, Revista de Derecho Privado, Año 94, Mes 5, 2010, pp. 7-43.
- J. Fred Weston, *The Profit Concept and Theory: A Restatement*, Journal of Political Economy Vol. 62, n.º. 2, 1954, pp. 152-170.