



UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
PROGRAMA DE PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO ADMINISTRATIVO

CAMILA GABRIEL GURGEL

**A INTERVENÇÃO E REGULAÇÃO ESTATAL SOBRE O SERVIÇO
OFERECIDO PELO AIRBNB NO BRASIL**

NATAL/RN

2017

CAMILA GABRIEL GURGEL

**A INTERVENÇÃO E REGULAÇÃO ESTATAL SOBRE O SERVIÇO
OFERECIDO PELO AIRBNB NO BRASIL**

Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Direito Administrativo sob a orientação do Professor Msc. Ricardo César Ferreira Duarte Júnior, como requisito parcial para obtenção do título de especialista em Direito Administrativo, do Centro de Ciências Sociais Aplicadas, da Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

Orientador: Professor Msc. Ricardo César Ferreira Duarte Júnior.

NATAL/RN

2017

Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN.

Sistema de Bibliotecas - SISBI.

Catálogo de Publicação na Fonte. UFRN - Biblioteca Setorial do CCSA.

Gurgel, Camila Gabriel.

A intervenção e regulação estatal sobre o serviço oferecido pelo Airbnb no Brasil/
Camila Gabriel Gurgel. - 2017.

72f.: il.

Monografia (Especialização em Direito Administrativo) - Universidade Federal do
Rio Grande do Norte, Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Programa de Pós-
Graduação em Direito. Natal, RN, 2017.

Orientador: Prof. Me. Ricardo César Ferreira Duarte Júnior.



UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
II CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO ADMINISTRATIVO


ATA DE DEFESA DE MONOGRAFIA DE CONCLUSÃO DE PÓS GRADUAÇÃO

Aos 06 (seis) dias do mês de dezembro de 2017, às 08h30 na Sala de Aulas 02, no prédio do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) do Centro de Ciências Sociais Aplicadas, realizou-se a sessão pública para a defesa oral da Monografia de Pós-Graduação intitulada: "A INTERVENÇÃO E REGULAÇÃO ESTATAL SOBRE O SERVIÇO OFERECIDO PELO AIRBNB NO BRASIL", de CAMILA GABRIEL GURGEL, matrícula nº 20162012437, CPF: 054.848.974-24 como Trabalho de Conclusão do Curso de ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO ADMINISTRATIVO do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (PPGD/UFRN). A Comissão Examinadora foi composta pelos professores, o orientador da monografia Prof. Me. RICARDO CÉSAR FERREIRA DUARTE JÚNIOR, do Programa de Pós-graduação em Direito Administrativo da UFRN (II CEDA); Profª. Me. CATARINA CARDOSO SOUSA FRANÇA, do Programa de Pós-graduação em Direito Administrativo da UFRN (II CEDA) e o Prof. DR. VLADIMIR DA ROCHA FRANÇA, Siape Nº 2199638, do Programa de Pós-graduação em Direito da UFRN. Designados pela Portaria nº 017/2017-CEDA/PPGD, integrantes da Comissão, que emitiu o seguinte parecer: Aprovado.

A Comissão após a defesa oral e o cumprimento dos demais procedimentos considerou a monografia Aprovado.

A Comissão decidiu atribuir à menção _____, atribuindo a nota: 9,5.

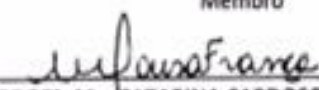
COMISSÃO EXAMINADORA



PROF. Me. RICARDO CÉSAR FERREIRA DUARTE JÚNIOR
Presidente



PROF. Dr. VLADIMIR DA ROCHA FRANÇA
Membro



PROFª. Me. CATARINA CARDOSO SOUSA FRANÇA
Membro

RESUMO

O Airbnb surgiu, em 2008, em São Francisco, Estados Unidos, com o propósito de permitir que pessoas anunciem e reservem acomodações ao redor do mundo, mas foi em 2012 que a empresa chegou ao Brasil. No entanto, com sua expansão e sucesso, a plataforma gerou conflitos nas cidades que tinham imóveis anunciados, devido à falta de regulação. No Brasil não foi diferente, ele despertou incômodo na rede hoteleira, por esta entender que os particulares desempenhavam papel de hotel. Dessa forma, o setor compreende que a plataforma é uma concorrente direta e desleal, por isso, pugna ao Estado que regule essa economia. Assim, o presente trabalho constitui-se numa pesquisa descritiva-explicativa, a qual tem como objetivo avaliar o instituto da intervenção econômica estatal frente à disseminação de um dos fenômenos da economia compartilhada, o qual fornece substrato para se pensar em uma possível regulação no setor privado, analisando seus fundamentos e limites, à luz dos princípios constitucionais da ordem econômica e do que dispõe a Constituição Federal de 1988. Além disso, visa a determinar a possível existência de falhas de mercado no serviço oferecido pelo Airbnb, frente à impossibilidade de essa economia compartilhada autorregular-se para produzir resultados desejáveis de acordo com o interesse público. Também é escopo do presente trabalho a análise da natureza jurídica da plataforma, isto é, se é de hospedagem ou de locação, com base na Lei 11.771/2008 e na Lei 8.245/1991, e o exame dos projetos de leis propostos pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, a fim de se constatar a sua viabilidade, de acordo com estudo realizado. Por fim, propõem-se algumas premissas regulatórias para orientar o Estado Regulador no momento de editar normas de direção, em nova lei ou em lei já existente no ordenamento jurídico brasileiro, para agir de forma adequada a esse novo fenômeno que rompe com a estrutura econômica tradicional, observando o respeito ao desenvolvimento tecnológico, ao caráter de rápida mudança da inovação, à livre iniciativa, à livre concorrência, à segurança jurídica, à defesa do consumidor, aos direitos fundamentais e ao interesse público.

Palavras-chave: Economia Compartilhada. Airbnb. Intervenção Estatal. Regulação Econômica. Direito Administrativo Econômico.

ABSTRACT

Airbnb was created in 2008, San Francisco, USA, with the purpose of allowing people to announce and reserve accommodations along the world, but only in 2012 this company came to Brazil. However, with your expansion and success, this platform has originated conflicts in cities which have announced real states, due to the lack of regulation. In Brazil this situation was not different – Airbnb has aroused discontentment in the hotel chain due to the fact that this same chain believes that particulars do a hotel role. Thereby, this sector understands Airbnb as a direct and disloyal concurrence. Therefore the present work constitutes itself as a descriptive-explanative research, which has the objective of evaluating the state economic intervention institute towards one of the sharing economy's phenomena – element that provides substrate in order to think about a possible regulation in the private sphere, analyzing its limits and foundations, under the light of economic constitutional principles and of what disposes the Federal Constitution of 1988. Furthermore, it intends to determine the possible existence of market flaws in the service offered by Airbnb towards the impossibility to this sharing economy auto regulate itself in order to produce desirable results in accordance with the public interest. The present work also wants to analyze Airbnb's juridical nature, that is to say, whether is of accommodations hosting or leasing, based on Law 11.171/2008 and Law 8.245/1991, and to peruse the Bills proposed by the Congress, aiming to ascertain your viability in compliance with this study. Ultimately, some regulatory assumptions are proposed to guide the Regulatory State when editing directing norms, be them from a new law or an existing one in juridical Brazilian Ordering, in order to act appropriately towards this new phenomenon which ruptures itself from traditional economic structure, showing respect for the technological development, the fast changes inherent to innovation, free enterprise, free competition, legal certainty, consumer protection, fundamental rights and public interest.

Keywords: Sharing Economy. Airbnb. State Intervention. Economic Regulation. Economic Administrative Law.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	8
2. AIRBNB	9
2.1. ECONOMIA COMPARTILHADA	9
2.1.1. Economia compartilhada como democracia participativa	14
2.2. COMO FUNCIONA O AIRBNB?.....	16
2.3. ATUAÇÃO DO AIRBNB NO MUNDO.....	20
2.4. ATUAÇÃO DO AIRBNB NO BRASIL.....	22
3. INTERVENÇÃO ESTATAL SOBRE O DOMÍNIO ECONÔMICO	24
3.1. REGULAÇÃO ECONÔMICA ESTATAL	30
3.2. FUNDAMENTOS DA REGULAÇÃO ESTATAL.....	32
3.3. ELEMENTOS DA REGULAÇÃO ESTATAL	36
3.4. LIMITES DA REGULAÇÃO ESTATAL	39
3.4.1. Propriedade Privada	40
3.4.2. Livre Iniciativa	42
3.4.3. Livre Concorrência	43
3.4.4. Princípios da Subsidiariedade e da Proporcionalidade	46
4. INTERVENÇÃO E REGULAÇÃO SOBRE O AIRBNB	48
4.1. INTERVENÇÃO REGULATÓRIA SOBRE A ECONOMIA COMPARTILHADA	48
4.2. INTERVENÇÃO REGULATÓRIA SOBRE O AIRBNB	51
4.3. REGULACOES FIRMADAS PELO AIRBNB	58
4.3.1. Projetos de Leis	60
4.4. PROPOSTA DE REGULAÇÃO PARA O AIRBNB	62
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	63
REFERÊNCIAS	68

1. INTRODUÇÃO

A economia compartilhada é um novo fenômeno que já possui dimensão global, ela surgiu em meados de 1990 nos Estados Unidos da América, cujo foco é o compartilhamento de bens ociosos, como carro ou apartamento, através de aplicativos de celulares e computadores. As expressões mais proeminentes desse novo modelo de negócio são: o compartilhamento de carona e os espaços para hospedagem, ambos oferecidos por meio de plataforma digital.

No Brasil, a economia compartilhada teve destaque com a chegada do Airbnb em 2012. Essa economia destaca-se pelo aspecto da sociabilidade, pois almeja-se a criação de conexões pessoais duradouras entre viajantes e hospedeiros e a promoção de experiências de viagens diferenciadas (SCHOR, 2015, p. 10), uma vez que a plataforma conecta indivíduo que anuncia uma parte ou todo seu imóvel para locação àqueles que desejam usufruir dele (*Ibidem*, p. 7).

No entanto, o Airbnb vem gerando conflito com a economia tradicional, a rede hoteleira afirma que esse serviço se assemelha a hospedagem, configurando concorrência desleal. Dessa forma, requer que o Estado intervenha para reequilibrar o mercado, e essa intervenção seria através de inserção de normas no ordenamento jurídico que regulasse esse serviço.

Neste diapasão, o presente trabalho visa analisar a possibilidade da intervenção estatal nessa economia compartilhada, com base nos estudos dos princípios constitucionais da ordem econômica, do instituto da intervenção regulatória, da Lei 12.529/2011 – Lei de Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e da Lei 8.245/1991. E em caso de intervenção, se ela ocorrerá através de novos parâmetros regulatórios ou se utilizará de leis já existentes.

Ademais, examina-se também a atuação do Airbnb e a forma, fundamentação, elementos e limites da intervenção do Estado sobre a economia, além disso, debate-se a possibilidade de regulação sobre a economia compartilhada, ante seu caráter inovador e de rápida mutação, e discute-se as propostas de leis que tramitam na Câmara dos Deputados e no Senado Federal.

Nesta toada, por ser o Airbnb parte de um fenômeno inovador mundial, que conflita com o mercado tradicional já consolidado e muda a maneira de consumo e de vida, torna-se imprescindível a resposta do Direito, em especial do direito regulador, sobre esse novo modelo econômico, uma vez que é papel dele acompanhar as constantes

mudanças e evoluções que ocorrem na sociedade, a fim de objetivar a máxima concretização dos direitos fundamentais de seus cidadãos. Logo, essa pesquisa busca orientar o Direito no momento da regulação dessa mudança econômica e social.

Assim, para compreender sobre o tema, foi utilizada a metodologia descritiva-explicativa, partindo da análise de pesquisas científicas através de artigos científicos e trabalhos acadêmicos, bem como textos doutrinários, Constituição Federal, leis e julgados.

Neste sentido, a monografia está estruturada da seguinte forma. No primeiro capítulo foi delimitado conceitualmente o que se entende por economia compartilhada, suas características e como ela pode ser um mecanismo de inclusão no mercado, ademais, foi definido o que é o Airbnb, como funciona, a sua atuação no mundo e no Brasil.

O segundo capítulo ressalta o estudo do instituto da intervenção estatal no domínio econômico, passando por sua análise histórica e chegando a sua definição e divisão, que por sua vez origina a delimitação da intervenção regulatória, seus fundamentos, elementos e limites, com ênfase nos princípios da propriedade privada, livre iniciativa, livre concorrência, subsidiariedade e proporcionalidade.

Por conseguinte, o terceiro capítulo estuda a possibilidade e a forma da intervenção econômica sobre a economia compartilhada, assim como analisa a fundamentação da intervenção sobre o serviço oferecido pelo Airbnb, levando em consideração a argumentação do setor hoteleiro, expõe as regulações firmadas entre este aplicativo e outras cidades mundo afora e os projetos de leis que tramitam no Poder Legislativo brasileiro. Por fim, com base nas análises anteriores, são propostas algumas premissas que o Estado Regulador pode implementar no ordenamento, com intuito de reagir de forma adequada a esse fenômeno e proporcionar segurança jurídica aos cidadãos.

2. AIRBNB

2.1. ECONOMIA COMPARTILHADA

A ideia de se compartilhar bens e serviços não é algo novo, o que mudou é a forma como as novas tecnologias modificaram esse processo. O que se entende por economia de compartilhamento teve seu marco inicial com as fundações dos *sites* *eBay* e

Craigslist, em 1995, nos quais essas plataformas permitiam a recirculação de ativos com a ajuda de *softwares*, e, em 1999, com o *Couchsurfing* que tinha como propósito interligar viajantes a indivíduos que ofereciam quartos ou sofás para pernoite (RIBEIRO, 2016, p. 16).

Assim, nos anos de 1980 e 1990, ela encontrou condições que favoreceram o seu crescimento com a consumerização das tecnologias digitais, que possibilitou o desenvolvimento da indústria de computadores pessoais, cujos produtos e serviços eram restritos até então a uso corporativo ou governamental, com a popularização da internet e com a urbanização e globalização (SUNDARARAJAN 2014 *apud* RIBEIRO, 2016, p. 4/5).

Mas, foi após a crise econômica de 2008-2009 que houve o período de expansão da economia de compartilhamento, uma vez que ela se tornou uma desejável opção para aqueles que perderam seus empregos ou tiveram sua renda reduzida e para os recém-graduados universitários que ainda não podia entrar no mercado de trabalho (SCHOR, 2015, p. 7). No Brasil, a crescente popularização dessa economia revelou-se a partir de 2013, após a vinda do site do Airbnb para o país (RIBEIRO, 2016, p. 4).

Frente a isso, surge um novo modelo pautado nas preocupações ambientais, no uso de tecnologias, nas redes sociais e na nova redefinição do sentido de viver em comunidade, chamada de economia compartilhada, economia *mesh* para Gansky, consumo colaborativo para Bostman e Rogers ou *connected consumption* para Dubois, Schor e Carfagna (VILLANOVA, 2015, p. 8).

Neste lume, o *sharing economy* pode ser conceituado como um conjunto de práticas comerciais que possibilita o acesso a produtos e serviços, sem que seja necessário a aquisição deles ou a troca monetária entre as partes envolvidas, no entender de Bostman e Rogers (VILLANOVA, 2015, p. 8). Já para Dubois, Schor e Carfagna, essa economia caracteriza-se por reutilizar produtos e fazer conexões *peer-to-peer* (pessoa para pessoa), eliminando o intermediário, redesenhando, por consequência, o modelo de negócio tradicional (*Ibidem*).

O seu desenvolvimento e popularidade decorrem da conjunção dos fatores sociais, econômicos e tecnológicos, uma vez que há preocupação com a sustentabilidade, o desejo dos indivíduos de fazerem conexões sociais, a possibilidade de se monetizar o excesso e ociosidade, diversifica a fonte de renda, propaga as redes sociais e reduz os custos das transações, tendo em vista que a plataforma conecta diretamente o consumidor e produtor (*Ibidem*, p. 9).

Dessa forma, ao combinar o interesse de um indivíduo de subutilizar seus recursos e a necessidade do outro de fazer uso deste, na hora certa e com custo reduzido na transação, fez repensar o modelo de consumo, pois as pessoas reconheceram que não precisam ter coisas para usufruir delas (WOLCOTT, 2014 *apud* VILLANOVA, 2015, p. 9) bastando somente o acesso a bens e experiências, sem a necessidade de aquisição (BARDHI; ECKHARDT, 2012 *apud* VILLANOVA, 2015, p. 10).

E isso foi demonstrado na pesquisa realizada pela Pricewaterhouse Coopers – PwC, no qual verificou que apenas um em cada dois consumidores acredita que “possuir coisas é uma boa maneira de mostrar meu status às pessoas¹” e quatro a cada cinco consumidores concordam que, às vezes, há vantagem em se compartilhar ao invés de possuir, e os adultos entre 18 e 24 anos acreditam nessa ideia duas vezes mais que aqueles com mais de 25 anos (2015, p. 14), pois 81% acreditam que é menos dispendioso compartilhar do que adquirir individualmente e 43% dos entrevistados concordam que possuir hoje parece um fardo (2015, p. 9).

Ademais, a empresa americana de consultoria constatou que os pilares da economia de compartilhamento são: a plataforma digital que conecta a capacidade extra à demanda; oferta de simples transações em vez da propriedade, nas áreas de: aluguel, empréstimo, mera inscrição ao uso, revenda, troca e doação; formas de consumo que promovem interações sociais; experiências que envolvem conexões emocionais; a compreensão que essa economia é baseada na confiança; repensa o valor da troca; e o desejo de menos conflito (2015, p. 15/17).

Já para Francisco Schertel Ceroy e Frederico Meinberg Mendes, a economia colaborativa aproveita-se do excesso de capacidade e funcionalidade de bens duráveis e o uso dos meios tecnológicos que facilitam e aprimoram a qualidade e eficiência do produto e serviço, e ela possui quatro características básicas: o compartilhamento de bens ociosos; o uso avançado da internet e rede móvel; o comprometimento com os clientes através das redes sociais; e o ranqueamento dos serviços, que oferece maior proteção e segurança ao usuário e, conseqüentemente, minora os efeitos perversos decorrentes da assimetria de informação existente entre vendedores e compradores, falha de mercado que acaba sempre por prejudicar os últimos que possuem menos dados acerca do produto (2015, p. 8).

¹ Tradução livre

Isto é, essa nova economia rompe com a ideia do capitalismo consumista, cujo intuito era acumular bens, para se pautar nas relações sociais (CEROY; MENDES, 2015, p. 8), e faz com que as pessoas, cada vez mais, tornem-se empreendedoras de seus próprios bens, as transações fujam do modelo tradicional e tem como base a confiança entre elas, o que Botsman chama de “capital de reputação” (TSCHÁ, 2016, p. 15).

O capital de reputação é fundamental para a expansão da economia compartilhada, uma vez que 89% concordam que essa economia é baseada na confiança entre consumidor e produtor, entretanto, 72% das pessoas entendem que a experiência de compartilhamento não é consistente e 69% afirmam que não confiam nas empresas de economia compartilhada até elas serem recomendadas por alguém de sua confiança (PRICEWATERHOUSECOOPERS, 2015, p. 9).

Dessa forma, a reputação é o principal fator que demonstra a confiabilidade de um participante e da plataforma, pois é ela que vai fazer com que um indivíduo entre no carro de um estranho, compartilhe a sua casa com um desconhecido ou empreste suas roupas para um terceiro nunca visto. E essa confiança ocorrerá através do *feedback* ou da sessão de avaliação e comentários sobre os serviços utilizados, reduzindo, portanto, os riscos de se transacionar com desconhecidos.

Logo, o que essa economia tem a oferecer é a substituição da noção de propriedade pelo acesso, o que Rifkin denomina de “era do acesso”, pois a troca de bens entre consumidor e vendedor dá lugar ao acesso a curto prazo entre servidores e clientes que se encontram na rede (RIBEIRO, 2016, p. 6), com o intuito de se compartilhar necessidades ou experiências ao invés da propriedade individual, uma vez que se deseja a música que toca no CD e não o CD, não se deseja o disco, mas sim, a sua capacidade de armazenamento, não se quer a secretária eletrônica, e sim, a mensagem nela contida, não se quer o DVD, mas quer o filme que está gravado nele, segundo Botsman e Rogers (*Ibidem*).

A economia colaborativa atua nas searas: automotiva; hospitalidade; entretenimento, mídia e comunicação; e produtos de varejo e consumo, sendo os seus principais expoentes o Uber e o Airbnb. O primeiro possibilita o uso de carros de passeio ociosos para transporte privado de outras pessoas que não sejam seus proprietários. Já o segundo, objeto de estudo do presente trabalho, permite que indivíduos aluguem todo ou parte de sua residência.

No Brasil, o *sharing economy* está tomando forma por meio de iniciativas de compartilhamento de bicicletas, automóveis, espaços de trabalho, hospedagem e sistemas

de carona, além da disseminação de *sites* de troca de produtos e serviços e das plataformas de financiamento e produção coletiva (PORTAL CONSUMO COLABORATIVO, 2015).

Neste diapasão, observa-se que essa revolução econômica vem alterando os rumos dos mercados e modificando diversos setores, pois tem que entenda que o Uber é uma espécie de táxi e o Airbnb, um hotel feito por particulares.

Ademais, faz-se necessário tecer comentário sobre tecnologia disruptiva, haja vista que há doutrinadores que consideram a economia colaborativa como uma disrupção, a exemplo de Katz (2015), no qual afirma que “as inovações perpetradas pela economia compartilhada, assim como as transformações que esta desencadeia nos mercados, pode ser considerada uma inovação disruptiva” (*apud* NORONHA, 2017, p.18).

E tem-se como inovação disruptiva, quando a nova tecnologia “for capaz de enfraquecer ou, eventualmente, de substituir indústrias, empresas ou produtos estabelecidos no mercado”, segundo Nathan Cortez (2014 *apud* BASPTISTA; KELLER, 2016, p. 130).

Já para Ribeiro, uma inovação será considerada disruptiva quando ela for mais que um aprimoramento incremental, provocando uma alteração drástica no mercado que, por consequência, levará a significativa redução ou até mesmo destruição dos agentes de mercados até então estabelecidos e, ainda, oferece não só novos produtos, mas novos modelos de negócios (2016 *apud* NORONHA, 2017, p. 19).

Contudo, essa noção do avanço da tecnologia e o seu impacto no capitalismo foi percebido pela primeira vez por Joseph Schumpeter, em 1942, em sua obra *Capitalismo, socialismo e democracia*.

Nela, Schumpeter apresenta o conceito de “destruição criativa”, uma vez que a própria estrutura econômica é consideravelmente revolucionada a partir dela mesma, destruindo antigas e criando novas lógicas econômicas. Isto é, com o passar do tempo e do avanço tecnológico, o sistema econômico transforma e substitui as formas de produção e organização da economia, dando lugar a novos mercados, processos e mercadorias mais eficientes do que os antecedentes (BAPTISTA; KELLER, 2016, p. 131-132).

Diante do que foi exposto, conclui-se que a economia colaborativa é uma inovação disruptiva e pode ser conceituada como um modelo de negócio pautado nas relações sociais que conecta indivíduos pela internet e pela confiança, em que é oferecido bens duráveis ociosos, evitando, portanto, que as pessoas deixem de tornar-se proprietárias para usufruir as experiências e reduz o capitalismo de consumo.

Desse modo, a economia colaborativa somente se fez necessário devido a existência de ativos compartilháveis que sistematicamente apresentam capacidade em excesso e a predominância de atitudes ou motivações de compartilhamentos (RANCHORDÁS, 2015, p. 416).

E como ela afeta no sistema econômico e muda rapidamente, uma vez que evolui com os avanços tecnológicos, o Estado deve acompanhá-la através da regulação, pois a sua inexistência ou regras aplicáveis ao modelo tradicional poderá trazer inseguranças jurídicas ou engessar as inovações tecnológicas. Assim, essa regulação requererá um equacionamento de interesses, pois as novas regras deverão estabelecer proteção adequada aos participantes dessa nova realidade como os terceiros que dela usufruem, direta ou indiretamente.

Portanto, o Airbnb pode ser considerado como uma economia compartilhada, uma vez que os indivíduos oferecem parte ou o todo de sua casa para interessados, e uma inovação tecnológica, pois incorporou padrões e esquemas novos de atuação, provocando um desarranjo dos esquemas de produção e regulação vigente.

2.1.1. Economia compartilhada como democracia participativa

Cabe destacar que a economia compartilhada favorece a democracia participativa com a inclusão da sociedade no mercado.

Isso ocorre através do princípio da participação, quando os particulares prestam a atividade econômica com vistas de concretizar a função social da propriedade e a dignidade da pessoa humana do ponto de vista material, pois fornecem aos consumidores (à sociedade) os melhores produtos e serviços, principalmente quando atrelado a um mercado com forte concorrência (DUARTE JÚNIOR, 2016).

Neste lume, a atuação direta dos particulares na prestação da atividade econômica não só favorece a melhora das relações interpessoais da comunidade e a ampliação do princípio da ampla concorrência, como também concretiza o princípio da livre iniciativa e da função social da propriedade, ao atender os melhores serviços, ampliar postos de trabalho e aumentar a carga tributária (*Ibidem*).

Assim, a democracia econômica tem por finalidade a inclusão de toda a sociedade no mercado, em que é caracterizado por ser um conjunto de atividades e relações interpessoais, com objetivo econômico (*Ibidem*).

É o que ocorre com o *sharing economy*, pois com a crise de 2008, a maioria das pessoas se encontravam endividadas, o consumo era baseado em comprar tudo, até mesmo o que não precisava. Dessa forma, a alternativa para sair da crise foi criar um novo comportamento nas pessoas, através do compartilhamento de bens, pelo qual, além de diminuir o consumo, as pessoas conseguiriam produzir renda alternativa, com a ajuda da internet, que possibilitou uma maior abrangência das relações humanas e do novo modelo de economia (NEVES, 2016, p. 36).

Com isso, vê-se que o indivíduo começa a prestar diretamente a atividade econômica, ampliando o número de prestadores de um determinado serviço, por consequência, fornecendo os melhores produtos para atrair o cliente, uma vez que essa economia é baseada na descentralização econômica a partir do empoderamento do cidadão comum que agora é capaz de encontrar clientes e montar uma cadeia de fornecedores em um aparelho na palma da sua mão conectado à rede mundial de computadores (CANALTECH, 2017b).

Logo, esse cidadão é capaz de transacionar em um *e-commerce* como um consumidor ou tornar-se um vendedor de produtos e serviços por meio do *marketplaces* (*Ibidem*), permitindo que as pessoas fiquem menos dependentes de empregadores e mais capazes de diversificar as suas fontes de renda (DUBOIS; SCHOR; CARFAGNA, 2014 *apud* VILLANOVA, 2015, p. 1).

Assim, em um país como o Brasil que possui uma alta taxa de desemprego² e tem condições desfavoráveis da economia tradicional (VILLANOVA, 2015, p. 3), a economia compartilhada tem um terreno fértil para se desenvolver, tendo em vista que representa uma fonte alternativa de renda por meio da revenda e do aluguel de bens, além de prestação de serviços, podendo ainda promover a redução dos custos por meio de trocas e empréstimos (GANSKY, 2010 *apud* VILLANOVA, 2015, p. 3), ou seja, proporciona a inclusão socioeconômica dos indivíduos, pois, de acordo com Ricardo Vasconcellos Neves, sem essa inclusão as pessoas estariam desprovidas de uma fonte de renda que possa garantir o mínimo existencial, principalmente em tempos de recessão econômica (2016, p. 24).

² Em março deste ano, a taxa de desemprego alcançou 13,7% da população brasileira, a maior desde 2012, segundo dados divulgados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Disponível em: <<https://canaltech.com.br/mercado/recessao-contribui-para-o-aumento-da-economia-compartilhada-101304/>>. Acesso em: 21 nov. 2017b.

Ademais, a economia compartilhada vem criando base sólida nos mais diversos setores da economia mundial e ganhando cada vez mais participação em mercados antes controlados por algumas poucas empresas, devido aos preços relativamente menores e a comodidade e praticidade de se usar plataformas digitais seguras e interativas (CEROY; MENDES, 2015, p. 4). Isto é, amplia a livre concorrência, que faz diminuir os preços dos produtos e serviços, beneficiando os consumidores, pois a disputa por estes leva ao desenvolvimento e aprimoramento de suas atividades (NEVES, 2016, p. 30).

Desse modo, verifica-se que a economia compartilhada democratiza a participação econômica com a inclusão real de toda sociedade no mercado, pois permite aos particulares compartilharem seus carros, casas, roupas, gastronomias, entre outros, com pessoas dispostas a pagarem para utilizá-los, gerando renda extra e aumentando o número de prestadores de bens e serviços.

2.2. COMO FUNCIONA O AIRBNB

Esclarecido o que seria economia compartilhada e demonstrado que o Airbnb faz parte desse novo modelo de negócio, passa-se a explicitar o que vem a ser e como funciona essa plataforma.

Ele foi fundado em agosto de 2008, em São Francisco, Califórnia, com o intuito das pessoas anunciarem, descobrirem e reservarem suas acomodações em torno do globo, por meio de um computador, celular ou tablet (AIRBNB, 2017a).

Essa plataforma é que conecta pessoas que oferecem seus imóveis às pessoas que procuram um local disponível para passarem suas férias, com isso, esse mercado *on-line* liga seus usuários e realiza as transações entre eles. Esses usuários são chamados de membros, podendo ser anfitriões, aqueles que oferecem seus serviços de acomodação, atividades diversas e acesso a eventos e locais únicos, ou hóspedes que desfrutam desses serviços.

Neste lume, o seu propósito é oferecer o que o usuário precisa, desde um apartamento por uma noite, um castelo por uma semana ou condomínio por um mês, com a finalidade de conectar pessoas às experiências (AIRBNB, 2017a), criando um mundo onde elas possam se sentir em casa quando viajam, entrem em contato com culturas locais e participem de experiências únicas.

Assim, o Airbnb caracteriza-se por ser uma plataforma *peer-to-peer*, em que indivíduos disponibilizam um cômodo de sua casa ou todo seu imóvel para aluguel por temporada, ou seja, ele permite que espaços subutilizados ou desocupados sejam alugados para usuários/hóspedes, fazendo, por conseguinte, que o proprietário ganhe uma renda excepcional pelo imóvel ocioso e, ainda, torna-se uma opção vantajosa para os viajantes, frente a oferta e o custo reduzido.

Segundo as informações disponibilizadas em seu *site*, a plataforma oferece, atualmente, mais de 3 milhões de anúncios de aluguéis³, em mais de 191 países, e desde sua criação já registraram mais de 200 milhões de hóspedes que utilizaram seus serviços (AIRBNB, 2017a).

Ressalte-se que o número de acomodações ofertadas é maior do que o número de quartos das cinco maiores redes de hotelarias no mundo, conforme verifica-se no *site Bisnow* (2017). Além disso, hoje, o Airbnb supera a maior rede de hotéis, a Hilton, que tem o valor de mercado estimado em 23 bilhões de dólares (STARTSE, 2017), enquanto ele está avaliado em 31 bilhões de dólares (CANALTECH, 2017a).

Essa diferença entre a plataforma e os hotéis ocorre devido ao seu modelo de negócio e a sua capacidade de expansão, uma vez que ele insere em seu catálogo de anúncios quartos ou casa sem custos, enquanto que a rede hoteleira precisa investir na construção de novos edifícios.

No entanto, como já exposto alhures, o Airbnb não se limita a aluguel por temporada, em 2016 ele lançou a plataforma Trips, em que o hóspede desfrutará de atividades que refletem o ponto de vista do anfitrião, as quais podem ser passeios turísticos, reservas de restaurantes a outros serviços como uma aula dança no Rio de Janeiro, aula de culinária mexicana na Cidade do México, a experiência de ser um galerista em Berlim, entre outras atividades. Hoje, a plataforma conta com mais de 1800 experiências selecionadas e organizadas por ela⁴.

Ademais, ele oferece o serviço de *business travel*, que nada mais é do que espaços prontos para viagens de negócios que possuem alguns requisitos mínimos para serem considerados assim, como espaços que não seja permitido fumar e não tenha

³ De acordo com entrevista concedida, em 30 de março de 2015, ao CanalTech, o gerente de marketing do Aribnb do Brasil, Samuel Soares, informou que em seu catálogo de aluguéis contam com ilhas privadas, iglus, navios, casas na árvore, quartos, casas, apartamentos, estúdios e coberturas. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=zaPnhQ_Su1E>. Acesso em: 19 set 2017a.

⁴ O segmento Trips está disponível em mais de 30 destinos. Disponível em: <<https://press.atairbnb.com/br/plataforma-trips-esta-crescendo-experiencias-disponiveis-em-mais-de-30-destinos/>>. Acesso em: 20 set. 2017.

animais de estimação para se evitar possíveis alergias, bem como ter internet sem fio, estação de computador e outras comodidades. Contudo o que se destaca nesse serviço é o método de pagamento, cujo a fatura será cobrada diretamente da empresa que estará cadastrada na conta do usuário.

Destarte, percebe-se que o Airbnb preza pelas interações sociais geradas pelo contato com os viajantes e hospedeiros, criando conexões pessoais verdadeiras e duradouras e proporciona experiência de viagens diferenciadas, através de um sistema de reputação digital e da exigência da plataforma de que todo viajante entre em contato com o anfitrião antes de realizar qualquer reserva (RIBEIRO, 2016, p. 15).

Logo, o mecanismo da plataforma dá-se quando o usuário/hóspede seleciona o serviço que deseja, o preço disposto na reserva será calculado pelo preço por noite determinado pelo anfitrião, a taxa de limpeza e a taxa de hóspedes adicionais, podem estar incluídos também no valor a taxa de câmbio, Imposto Sobre Valor Agregado (IVA)⁵ e impostos locais dependendo da localização da acomodação.

Destaque-se que, quando os membros fazem ou aceitam a reserva, eles celebram um contrato entre si (*peer-to-peer*), desse modo, o Airbnb não se torna parte dessa tratativa, no entanto, ele cobra uma taxa de serviço para manter o funcionamento da plataforma, que pode variar entre 3% e 5% para o anfitrião da acomodação e para o hóspede entre 5% e 15%, ambos sob o subtotal da reserva, contudo, quando se tratar das experiências o anfitrião arcará com 20% do valor da atividade (AIRBNB, 2017b).

O pagamento efetuado pelo hóspede somente será liberado para o anfitrião depois de 24 horas do horário do check-in (AIRBNB, 2017c) e a sua forma de realização variará de acordo com o país selecionado, sendo as principais formas através de cartões de crédito e débito e somente para o Brasil há a possibilidade de pagar por boleto bancário (AIRBNB, 2017b). Porém, o usuário pode cancelar a sua reserva no momento que desejar, antes ou durante a viagem, e o reembolso será determinado pelo seu anfitrião.

Diante do exposto, observa-se que o Airbnb, como qualquer outra economia compartilhada, tem como pilar a confiança, o que Botsman chama de “capital de reputação”, pois o anfitrião está cedendo seu imóvel para um desconhecido, que por sua vez acredita que o espaço alugado será igual ao veiculado na plataforma. Dessa forma,

⁵ Somente é cobrado dos hóspedes morando na União Europeia, Suíça, Noruega, Islândia, África do Sul e Japão. Disponível em: <<https://www.airbnb.com.br/help/article/125/how-is-the-price-determined-for-my-reservation?cref=0ca9277f9>>. Acesso em: 20 set. 2017.

ele possui padrões e expectativas a serem seguidas pelos seus usuários, sob pena de rescisão de sua conta.

Assim, tem-se o padrão de qualidade de hospedagem como disponibilidade do espaço ou experiência; comunicação rápida e atenciosa; compromisso com as reservas; check-in simples e objetivo; precisão das informações, geralmente usando fotos e descrições detalhadas do espaço, comodidade e preço; limpeza; experiência geral da estadia; e, por fim, o valor condizente com a realidade do imóvel (AIRBNB, 2017b).

Contudo, quando verificado a recusa excessiva de pedidos; as taxas de respostas estiverem baixas; cancelamento de reserva confirmada; avaliações baixas devido à falta de precisão das informações; ambiente sujo; e a dificuldade de satisfazer as expectativas dos hóspedes, o usuário será penalizado financeiramente ou será retirado, temporária ou definitivamente, o seu anúncio (*Ibidem*).

Esse controle do padrão que a comunidade do Airbnb exige é feito pelo *feedback* dos viajantes e proprietários, ferramenta muito utilizada na economia compartilhada, que reflete a opinião sobre a estadia, acomodação, hóspede e anfitrião, a fim de gerenciar o serviço prestado e os usuários, bem como auxiliar outras pessoas na possível escolha daquela acomodação, garantindo maior segurança ao consumidor.

Ele é um instrumento importante para o bom funcionamento da plataforma, uma vez que sua credibilidade está em jogo, há uma política a ser seguida, pois além de tudo é uma forma de segurança, e funciona da seguinte maneira: o usuário tem 14 dias após o *check-out* para avaliar e comentar sobre a viagem, podendo ser o comentário reeditado em até 48 horas desde que o anfitrião ou hóspede não deixe o comentário dele, após esse prazo o comentário torna-se inalterável (AIRBNB, 2017b).

Contudo, essa não é única forma de segurança, apesar de ser a mais expressiva, tem-se ainda a verificação de membro, na qual exige a idade mínima de 18 anos para fazer qualquer transação na plataforma, e, com o intuito de se evitar fraudes, lavagem de dinheiro e o anonimato, é solicitado o fornecimento do documento de identidade, carteira de motorista ou passaporte, conforme Cláusula 4 dos Termos de Uso (AIRBNB, 2017c). Além disso, a startup possui atendimento ao cliente.

Por fim, visando a confiança, o Airbnb possui formas de garantias, uma delas é o serviço de fotografia profissional disponibilizada em algumas regiões, solicitada pelos anfitriões mediante pagamento, para retratar com precisão a acomodação disponível, com fito de evitar imprevisto e aborrecimentos com a expectativa e realidade do imóvel; a segunda, já citada, é o pagamento ser repassado ao anfitrião após 24 horas do *check-in*,

pois nessa janela de tempo é que o hóspede vai chegar e avaliar se está tudo de acordo com o combinado com o anfitrião, caso contrário deve-se entrar em contato com aplicativo, para eles devolverem o seu dinheiro, podendo ser até 20% a mais para a pessoa achar outro lugar, todavia, a primeira ação da equipe será oferecer opções semelhantes ao alugado ou colocar em hotel⁶.

O Seguro de Proteção ao Anfitrião oferece cobertura de até 1 milhão de dólares em casos de reclamações de terceiros por danos corporais ou à propriedade; de reclamações contra proprietário e condomínio, porque o hóspede sofreu danos durante a sua estadia; e encobre os danos que os hóspedes causarem à propriedade⁷, isto é, esse seguro cobre a responsabilidade civil por ocorrência de reclamação de terceiros por danos corporais ou materiais envolvendo a estadia do Airbnb. E a última é a Garantia ao Anfitrião do Airbnb, em que visa proteger os anfitriões contra danos causados às suas posses ou unidades por hóspedes, no valor de até 3 milhões de reais⁸.

Dessa forma, observa-se que o Airbnb modificou a forma de se viajar e hospedar, unindo pessoas que até então não teria contato frente à distância, tendo em vista a confiança estabelecida nas avaliações de pares, seu baixo custo e a ajuda da internet para conectá-los. Assim, ele permitiu que as interações sociais sejam realizadas sem a interferência de um intermediário, remodelando a maneira de se fazer negócio e rompendo com o modelo tradicional.

2.3. ATUAÇÃO DO AIRBNB NO MUNDO

Por tratar o Airbnb de um novo modelo de negócio, ele encontrou muitos obstáculos em sua atuação em algumas cidades mundo afora, que chegou a proibir o seu serviço e aplicar multas em caso de descumprimento, na maioria das vezes, devido à falta de regulação da atividade exercida pelos anfitriões.

⁶ Segundo a entrevista concedida, em 30 de março de 2015, ao CanalTech pelo gerente de marketing do Airbnb do Brasil, Samuel Soares. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=zaPnhQ_Su1E>. Acesso em: 19 set. 2017a.

⁷ Seguro de Proteção ao Anfitrião. Disponível em: <<https://www.airbnb.com.br/host-protection-insurance>>. Acesso em: 20 set. 2017.

⁸ Garantia ao Anfitrião. Disponível em: <<https://www.airbnb.com.br/guarantee>>. Acesso em: 20 set. 2017.

Desse modo, a fim de se evitar a paralisação de suas atividades, o aplicativo tem fechado acordos individuais com cada cidade, isto é, ele tem uma política aberta para atender as solicitações dos governantes locais e propõe sugestões de regulação.

A exemplo disso é Londres, que em 2015 o governo permitiu que os proprietários alugassem seus espaços por um período inferior a 90 dias ao ano sem a necessidade de autorização oficial (O GLOBO, 2017a). Enquanto que em Amsterdã foi proibido que imóveis por temporada fossem alugados por mais de 60 dias ao ano, ou por mais de quatro pessoas ao mesmo tempo. Ademais, a cidade investiga os proprietários que colocam sua casa para aluguel e que nela não resida mais.

Barcelona, por sua vez, a prefeita não só multou o Airbnb como também o HomeAway – outra plataforma de aluguel por temporada – por considerar ilegais os anúncios veiculados por eles, pois não possuíam licença (*Ibidem*). Dessa forma, para se alugar um imóvel por curto prazo, o proprietário precisa de uma permissão da cidade, essa restrição só surgiu após as reclamações dos moradores contra os barulhos, turistas antissociais e os locatários exploradores.

Já em São Francisco, cidade onde foi fundada a empresa, só é permitido aluguel por tempo determinado, sendo ainda exigido que o hospedeiro esteja registrado no Departamento de Urbanismo e que o próprio Airbnb recolha a taxa de ocupação da cidade^{9 10}, sob pena de multa diária para a plataforma, segundo a Associação Brasileira de Resorts (2016, p. 7).

Por seu turno, em Berlim houve a promulgação da Lei *Zweckentfremdungsverbot*¹¹, em 2014, que impede que seus cidadãos aluguem apartamentos completos por qualquer plataforma de economia compartilhada. O governo berlinense acredita que 15 mil apartamentos foram retirados do mercado imobiliário para serem dispostos para estadias de visitantes, conforme aponta o relatório da Associação Brasileira de Resorts (2016, p. 8-10).

Paris é a maior cidade com o número de acomodações posto em disposição dos indivíduos, por isso a prefeitura da cidade estabeleceu algumas condições para aluguéis

⁹ Informou o gerente de marketing do Airbnb do Brasil, Samuel Soares, em entrevista concedida ao CanalTech em 30 de março de 2015. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=zaPnhQ_Su1E>. Acesso em: 19 set. 2017a.

¹⁰ **É Um dia Decisivo para a Airbnb de São Francisco.** Disponível em: <<http://www.ahresp.com/files/filemanager/COMUNICACAO/Documentos/untitled%20folder2/AIRBNB.pdf>>. Acesso em: 19 set. 2017.

¹¹ Tradução livre: “proibição de uso indevido”. Disponível em: <http://www.tkt-berlin.de/wp-content/uploads/2015/02/Zweckentfremdungsverbot-Verordnung_-_ZwVbVO_2014.pdf>. Acesso em: 25 set 2017.

de temporada, assim, os anfitriões que excedem o prazo de 120 dias de aluguel por ano recebem um *e-mail* da prefeitura, lembrando-os das regras locais, caso ultrapassem esse período anual, os proprietários devem compensar com uma oferta de aluguel tradicional com valor equivalente do distrito que se encontra o imóvel, sob pena de multa de até 25 mil euros (ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE RESORTS, 2016, p. 11).

Por fim, tem-se o caso de Nova York, em que a polêmica girou em torno da locação dos imóveis, uma vez que os locatários estavam tirando seus apartamentos do mercado imobiliário para alugar por temporada via plataforma digital, fazendo com que os valores das locações disparassem. Dessa forma, a lei estadual nova-iorquina¹², que visa combater a proliferação de hotéis ilegais, proíbe a locação por menos de 30 dias de estadia, já a nova redação continua a vedar o anúncio de aluguéis através do Airbnb por menos de 30 dias, mas permite que sejam disponibilizados anúncios de quartos quando o dono do imóvel nele residir, por menos de 30 dias (GLOBO, 2017a), caso o proprietário descumpra a legislação, este arcará com uma multa que varia entre 1 mil a 7,5 mil dólares (GLOBO, 2017a).

Cabe destacar que, segundo a Associação Brasileira de Resorts, dez prefeitos de diversas partes do mundo, dentre elas, Nova York, Paris, Seul, Toronto, Atenas e Barcelona, uniram-se para achar uma legislação comum para a utilização do aplicativo. Enquanto isso, o próprio Airbnb elaborou um conjunto de propostas para governos levarem em consideração no momento de legislarem, demonstrando a sua intenção de se conciliar com o Estado, política essa que será exposta mais à frente (2016, p. 5).

Diante desses casos, percebe-se que o maior problema que o Airbnb enfrentou foi a falta de regulação e o seu impacto no setor imobiliário, pois encareceu o aluguel de longa duração e deu azo para locatários inescrupulosos despejarem seus locadores para disponibilizar o seu bem nas plataformas digitais.

2.4. ATUAÇÃO DO AIRBNB NO BRASIL

¹² New York State Multiple Dwelling Law. Tradução livre: Lei de moradia múltipla do Estado de Nova York. Disponível em: < <https://www1.nyc.gov/assets/buildings/pdf/MultipleDwellingLaw.pdf>>. Acesso em: 25 set 2017.

No Brasil, o Airbnb chegou em 2012, porém, segundo o diretor de marketing da plataforma no país, os brasileiros que tiveram contato com o serviço fora do território nacional já tinham começado a disponibilizar e anunciar seu espaço desde 2009¹³.

Em 2014, a plataforma recebeu mais de 100 mil hóspedes durante a Copa do mundo (AIRBNB, 2017a), sendo que 6% de suas reservas foram efetuadas por brasileiros, segundo o Fórum de Operadores Hoteleiros do Brasil (2016, p. 3). E em 2015, ela tornou-se a fornecedora oficial de acomodações alternativas nas Olimpíadas Rio 2016, devido a sua parceria com o Comitê Organizador dos Jogos, atingindo 55% de brasileiros, com um total de 80 mil hóspedes (FÓRUM DE OPERADORES HOTELEIROS DO BRASIL, 2016, p. 3).

Neste ano, a cidade de Campina Grande fechou parceria com o aplicativo com o objetivo de ampliar a oferta de hospedagens para o São João, que geralmente recebe 1 milhão de pessoas, evitando, por conseguinte, o desperdício de recursos que seriam destinados a infraestrutura de hospedagem, que fora da alta temporada ficaria ociosa, como também, impulsiona a economia local (GLOBO, 2017b).

Assim, com os jogos olímpicos, o Airbnb conquistou uma posição importante dentro do Brasil, virando a principal alternativa ao mercado de aluguel por temporada, pois, segundo a revista Exame (2017), a empresa de hospedagem tem aproximadamente 123 mil anúncios espalhados no território brasileiro, sendo 45 mil anúncios só na cidade do Rio de Janeiro, o que a torna a 4º maior cidade com acomodações ativas, perdendo apenas para Paris, Londres e Nova York.

A plataforma movimentou no Brasil, em 2016, 2 bilhões de reais, calculando a renda dos anfitriões e dos gastos dos hóspedes no país. Dessa cifra, 906 milhões foram movimentados no Rio de Janeiro e 192 milhões na cidade de São Paulo (EXAME, 2017).

Frente a isso, é inegável que a empresa de hospitalidade é uma realidade e que gera renda não só para os anfitriões como também para o comércio local, uma vez que os hóspedes ficam fora da rota do turismo tradicional, passando a comprar na padaria do bairro e utilizar o salão de beleza perto do apartamento, por exemplo.

No entanto, o Airbnb desperta um incômodo no setor hoteleiro, por este entender que particulares estão desempenhando papel de hotéis, já que o segmento vê a plataforma como uma concorrente direta e desleal, pois ela não paga diversas taxas, não segue

¹³ Informou o gerente de marketing do Airbnb do Brasil, Samuel Soares, em entrevista concedida ao CanalTech em 30 de março de 2015. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=zaPnhQ_Su1E>. Acesso em: 19 set. 2017a.

exigências dispostas aos hotéis convencionais, como alvará de funcionamento, verificações dos bombeiros, contas comerciais de água e energia e não é registrado no Sistema de Cadastro de pessoas físicas e jurídicas que atuam no setor de turismo (REVISTA HOTÉIS, 2017).

Todavia, o presidente dos hoteleiros, Manuel Gama, não vê problema na existência da plataforma no país, desde que haja equidade na cobrança de impostos e normatizações perante o Ministério do Turismo e na segurança (*Ibidem*).

Neste diapasão, percebe-se que o Airbnb, como uma economia compartilhada, representa um movimento forte e em expansão, que por inserir-se em mercados semelhantes, seja no imobiliário ou na hospedagem, gera conflitos por não existir diretrizes de regulação que possa estabelecer o funcionamento equilibrado deles no mercado.

Assim, o presente trabalho visa analisar se o Estado poderá intervir no modelo de negócio do Airbnb, à luz do instituto da intervenção estatal sobre o domínio econômico e dos princípios constitucionais da ordem econômica, e se sim, como poderá ser feita a regulação, por meio de novas leis ou pelas leis já existentes no ordenamento jurídico brasileiro, com o fito de proteger interesse dos consumidores e ao mesmo tempo evitar colapsos na economia e falha de mercado.

3. INTERVENÇÃO ESTATAL SOBRE O DOMÍNIO ECONÔMICO

Como visto, o serviço oferecido pelo Airbnb revela-se desafiador, uma vez que ele muito se assemelha a modelos de negócios tradicionais já consagrados, entrando, conseqüentemente, em conflito com esses últimos. Dessa forma, é imprescindível um posicionamento do Estado para conduzir a economia a um equilíbrio.

E isto ocorrerá através do instituto da intervenção estatal sobre domínio econômico, porém, antes de analisá-lo, faz-se uma breve explicação histórica acerca dele.

Inicialmente, entre os séculos XVIII e começo do XIX, o Estado, que passava por influências da Revolução Francesa e dos ideais de Adam Smith, estava apoiado na ideia de que ele não deveria intervir. Logo, esse Estado detinha uma atuação fundada principalmente na questão da polícia administrativa, haja vista que suas funções, como um todo, foram reduzidas e restringidas à segurança, à justiça e a alguns serviços essenciais (OLIVEIRA; MENDONÇA; XAVIER, 2008, p. 44), deixando de fora o

exercício das atividades econômicas, que eram desempenhadas por particulares, e eram as leis de mercado que regiam o exercício econômico (PLACHA, 2007).

Assim, tinha-se o Estado Liberal totalmente abstencionista de suas atividades econômicas. No entanto, apesar dos avanços tecnológicos e econômicos, no final do século XIX, o Estado passa a assumir uma posição mais ativa, uma vez que ele, como sendo o disciplinador das relações sociais e o cultivador e semeador da justiça, não poderia deixar de observar as relações depredatórias da livre iniciativa descontrolada, que estava pondo em risco preceitos fundamentais como a dignidade da pessoa humana e cidadania (QUEIROZ; MENDONÇA, 2008, p. 122).

Além disso, outros fatores influenciaram para a derrocada deste sistema, como a falência do modelo liberal-racionalista, o progresso da indústria e a estratificação social, o movimento socialista, o advento da Constituição de Weimar, a crise econômica de 1929 e o *New Deal* (OLIVEIRA; MENDONÇA; XAVIER, 2008, p. 45).

Com isso, fez surgir o Estado Social, Estado de Providência ou Estado do Bem-Estar, no qual caracterizou-se por alargar as estruturas, instituições, funções e responsabilidades do Estado e pelo caráter intervencionista no domínio econômico.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro apontou como consequência do intervencionismo a limitação do exercício dos direitos individuais e pela atuação direta no setor da atividade privada, assim como “cresceu a intervenção no domínio econômico, cresceu o poder de polícia que passou a atuar em todas as áreas da vida social e econômica, cresceu o rol de atividades assumidas pelo Estado como serviço público” (*apud* PLACHA, 2007, p. 37).

Contudo, no final dos anos 70 e início dos anos 80, esse modelo de Estado começa a ruir, pois não comportava as inúmeras funções que lhe foram atribuídas, tornando-se ineficiente, dispendiosa, burocrática, morosa e corrupta.

Neste lume, vislumbrou-se uma forma de atuar na economia de maneira distinta do que a polarizada entre o Estado máximo e mínimo, que foi o Estado Regulador, no qual possibilitou a saída do Estado no exercício de certas atividades econômicas e da prestação de alguns serviços público, de maneira que tivesse um enxugamento na máquina estatal mediante a privatização de empresas públicas e dos próprios serviços públicos (OLIVEIRA; MENDONÇA; XAVIER, 2008, p. 47).

Assim, tem-se menos a presença do Estado no domínio econômico, pois ele não participa diretamente, e mais atuação na regulação dos serviços que foram transferidos à iniciativa privada, ou seja, ele adquiriu uma postura subsidiária frente a economia, porém permaneceu com suas funções estatais exclusivas.

No Brasil, esse modelo surgiu a partir da década de 90, quando houve a reforma do Estado que tinha como objetivo a reestruturação da administração pública orientada pela eficiência, limitando a atuação estatal àquelas atividades específicas, como regulação, fiscalização e fomento, e buscando a promoção e desenvolvimento social insculpidos na Constituição Federal de 1988.

Ou seja, com o modelo regulador o Estado deixou de ocupar uma posição mais ativa como agente econômico, deixando a cargo da iniciativa privada a execução do exercício econômico e até dos serviços públicos, e assumiu encargos outros de extrema relevância e complexidade, visando justamente a viabilizar o funcionamento e o desenvolvimento desta nova organização, segundo os princípios e reclames ideológicos da atual Constituição brasileira (SENA SEGUNDO; FRANÇA, 2008, p. 113).

Dessa forma, percebe-se que com a implementação do Estado Regulador no Brasil, o ente público concedeu à iniciativa privada o exercício da atividade econômica, cabendo àquele, agora, fiscalizar o domínio econômico, traçar diretrizes normativas e incentivar essa atividade, de acordo com o *caput* do artigo 174 da Constituição:

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

Neste diapasão, quando o Estado atuar no domínio econômico, ele terá que se basear nos fundamentos constantes do artigo 1º da Constituição Federal de 1988¹⁴, ter como objetivos os previstos no artigo 3º¹⁵ e obedecer aos princípios gerais da atividade econômica positivada no artigo 170, cujo dá forma a ordem econômica e financeira do país e estabelece diretrizes de atuação ao Estado na busca pela concretização dos objetivos da República (DUARTE JÚNIOR, 2016), que são eles:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna,

¹⁴ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

¹⁵ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Luís Roberto Barroso separa esses princípios em dois grupos, princípios de funcionamento e princípios-fins, aqueles estabelecem os parâmetros de convivência básicas que os agentes da ordem econômica devem respeitar, como soberania nacional, propriedade privada e função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente; enquanto que o segundo descreve realidades materiais que o constituinte deseja que sejam alcançadas, que são: redução das desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego e a expansão de empresas de pequeno porte (2001, p. 193).

Entendimento esse refletido no julgamento do Recurso Extraordinário nº 422941, no voto do ex-Ministro Carlos Velloso, conforme verifica-se abaixo:

De fato, o texto constitucional de 1988 é claro ao autorizar a intervenção estatal na economia, por meio da regulamentação e da regulação de setores econômicos. Entretanto, o exercício de tal prerrogativa deve se ajustar aos princípios e fundamentos da Ordem Econômica, nos termos do art. 170 da Constituição (2005, p. 19-20).

Assim, a Constituição ao estabelecer os princípios do artigo 170, reitera que esses valores estabelecem a base e delinea a forma do sistema jurídico e econômico, bem como cria diretrizes para atuação do Estado na ordem econômica, de maneira a estabelecer deveres jurídicos estatais na busca de concretizar esses valores. Logo, esses princípios para serem alçados como diretrizes estatal, obriga o ente público ter eles como norte na sua atuação na economia, com isso, eles pautam a intervenção do Estado na economia, legitimando e justificando a restrição estatal nos direitos de liberdade e propriedade do indivíduo (DUARTE JÚNIOR, 2016).

Dessa forma, por eles serem diretrizes, cada princípio descreve uma realidade fática que deve ser alcançada pelo constituinte e Poder Público, seja com o fortalecimento das empresas brasileira de pequeno porte, admitindo-se o favorecimento destas; seja com a harmonização dos objetivos da ordem econômica com os direitos fundamentais, com a redução das desigualdades, o direito do pleno emprego, a promoção do bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo e outras formas de discriminação (BARROSO, 2001, p. 197). Portanto, o Estado atua de forma instrumental para buscar concretizar os valores previstos e consagrados no texto constitucional (DUARTE JÚNIOR, 2016).

Pois bem, observa-se que a Constituição Federal de 1988 considerou a atividade econômica como um gênero – artigo 170, *caput*, e artigo 174 –, do qual fazem parte os serviços públicos e a atividade econômica em sentido estrito. Esta, por sua vez, possui como titular a iniciativa privada, podendo o Poder Público participar em caráter subsidiário e excepcional.

A divisão supracitada é importante para delimitar a intervenção do Estado na atividade econômica, haja vista que somente pode se falar em intervenção estatal quando o Estado atuar em área titularizada por outra pessoa ou ente. Dessa forma, surge o instituto da intervenção estatal, que só ocorrerá no âmbito da atividade econômica em sentido estrito.

O instituto da intervenção econômica é a conduta estatal, seja omissiva ou comissiva, que visa alterar o comportamento econômico espontâneo dos agentes privados, seja com fins de prestígio ao mercado concorrencial, seja com o intuito de se alcançar o interesse público (BOCKMANN, 2007, p. 4). E ela pode ser classificada quanto a sua modalidade.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, a intervenção do Estado ocorre de três formas, a saber: (i) exercendo o seu poder de polícia, mediante leis e atos administrativos expedidos para executá-las, como agente normativo e regulador da atividade econômica, em que exercerá a função de fiscalização e planejamento, nos termos do artigo 174 da CF; (ii) em casos excepcionais, exercendo ele mesmo a atividade econômica, através de pessoas que ele cria; ou (iii) mediante incentivos à iniciativa privada, estimulando-a com favores fiscais ou financiamentos (2009, p. 799).

Por sua vez, Eros Roberto Grau distingue as modalidades de intervenção em: intervenção por absorção ou participação; intervenção por direção; e intervenção por indução.

A primeira modalidade caracteriza-se pelo Estado desenvolver a ação como agente (sujeito) econômico, quando for necessária aos imperativos de segurança nacional ou relevante interesse coletivo, conforme dispõe o artigo 173 da Carta Magna. Ela pode ser por absorção, quando o Estado assume integralmente o controle dos meios de produção e/ou troca em determinado setor da atividade econômica em sentido estrito, atuando em regime de monopólio; ou por participação, em que o Estado controla os meios de produção e/ou troca em determinado setor econômico, atuando em regime de competição com empresas privadas que permanecem a exercitar suas atividades no mesmo setor (GRAU, 2010, p. 147).

Já na segunda modalidade, o Estado exerce pressão sobre a economia, estabelecendo mecanismos e normas de comportamento compulsório para os sujeitos da atividade em sentido estrito, através de comandos imperativos, dotados de cogência, impositivos de certas condutas a serem cumpridas pelos agentes de mercado (GRAU, 2010, p. 147-148).

Enquanto que a terceira modalidade, o ente estatal irá manipular os instrumentos de intervenção em consonância e na conformidade das leis que regem o funcionamento dos mercados, através de normas de preceitos prescritivos, que são normas dispositivas, nas quais possuem o intuito de que os interesses coletivos e sociais transcendam os limites do interesse individual (GRAU, 2010, p. 147-148). Tendo a sua aderência facultada aos particulares.

Essa classificação de Grau pode ser ainda organizada em intervenção no domínio econômico, que justamente seria a modalidade de absorção ou participação, e intervenção sobre o domínio econômico, no qual o Estado atua como agente regulador da economia, valendo-se do seu poder de império para intervir nela sem precisar participar diretamente (direção e indução).

Outrossim, tem-se a subdivisão realizada por Egon Bockmann Moreira, que diz que a intervenção estatal é gênero e tem como espécies a intervenção *stricto sensu* e a regulação, pois em ambos os casos haverá a inserção de um terceiro (Estado) no mercado. Com isso, ele conclui que a:

Regulação econômica é a positivação de normas para o atingimento de alguma finalidade econômica. Inclui-se no conceito a formulação de princípios e de regras; de normas de estrutura e normas de conduta. Já a intervenção em sentido estrito é a atuação material direta do interventor estatal no

espaço econômico reservado às pessoas privadas. Dá-se através do exercício direto de atividade econômica no domínio econômico privado. (2007, p. 3)

Sendo assim, a intervenção estatal deve ser analisada *cum grano salis*, ou seja, de forma cuidadosa, ponderada e diligente, especialmente para controlar a atuação do Estado em setores econômicos da sociedade e deve ser exercida em consonância com princípios e fundamentos da ordem econômica, previstos no artigo 170 da CF, de modo a não malferir o princípio da livre iniciativa, um dos pilares da república (art. 1º da CRFB/1988) e de assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social, para se evitar, portanto, um Estado intervencionista.

Isto é, necessariamente, a interferência estatal terá que se voltar aos fins aludidos que caracterizam o Estado brasileiro, e jamais, sob pena de nulidade, poderá expressar tendência ou diretriz contrária ou gravosa àqueles valores (MELLO, 2009, p. 799).

3.1. REGULAÇÃO ECONÔMICA ESTATAL

Do até aqui exposto, sabe-se que o Estado poderá intervir na atividade econômica, campo pertencente ao particular, através da exploração direta, seja por absorção ou participação (art. 173, CF), ou como agente normativo e regulador da atividade (art. 174, CF), ambos com o fito de interferir na economia para reordenar a competição, a livre-iniciativa, para alcançar a justiça social, garantir o bem-estar social e os demais princípios presentes no artigo 170 da Constituição Federal.

Neste trabalho, interessa abordar a intervenção sobre o domínio econômico ou, como chama Bockmann (2007, p. 3), a intervenção regulatória ou regulação econômica. Ela autoriza o Estado exercer, na forma da lei, como agente normativo e regulador da economia, para atender e harmonizar as demandas sociais e econômicas.

Segundo o autor supracitado, a intervenção regulatória é a positivação de normas para o atingimento de alguma finalidade econômica, emanando normas que disciplinam a conduta dos particulares, estabelecendo limites e parâmetros comportamentais que antes não existiam, visando gerar efeitos econômicos em determinado mercado, setor ou em toda economia privada. Ou seja, o Estado permanece no plano lógico-normativo, impondo regras de conduta, controlando o seu cumprimento e impondo eventuais sanções (BOCKMANN, 2007, p. 6).

A regulação também pode ser definida como um conjunto de normas, regulamentos e procedimentos ao qual o Estado recorre para alterar os incentivos e restrições com que operam os agentes econômicos, buscando corrigir as ineficiências geradas por falhas de mercado (PINHEIRO; SADDI, p. 254-255 *apud* SCANDIUZZI, 2016, p. 9).

Desse modo, a regulação estatal é uma forma indireta de intervenção do poder público sobre o campo da economia, onde em regra deve imperar a liberdade dos agentes econômicos, através de implementação de regras jurídicas, seja por direção ou indução, a fim de corrigir falhas de mercado e atingir o interesse público.

Com efeito, a regulação estatal em face da economia envolve (i) alguma forma de intervenção por parte do poder público sobre o domínio da liberdade de iniciativa; (ii) a ação não se resume só ao estabelecimento de regras, ela abarca também as ações concretas para efetuar pautas normativas; e (iii) os objetivos da regulação não se restringem à preservação dos mercados, mas compreendem o atingimento de objetivos de interesse público para os quais se faça necessária alguma coordenação ou condução do processo econômico (MARQUES NETO, 2006, p. 5).

Ademais, como já mencionado, a regulação encontra guarida constitucional no artigo 174, no qual prevê ainda as funções de fiscalização, incentivo e planejamento que o Estado desempenhará para exercer a atividade regulatória/normativa.

A fiscalização é o meio que o Estado buscará para dar eficácia às normas e medidas adotadas na regulação, a fim de se concretizar os princípios elencados no artigo 170 da CF, com isso o ente público observará se a atuação dos particulares está adequada aos preceitos constitucionais e infraconstitucionais, no sentido de evitar comportamentos abusivos aos *players* e à coletividade. Geralmente, ela ocorre por meio de normas de direção, uma vez que existe uma pressão estatal sobre a economia e os agentes de mercado para realizar determinada conduta (DUARTE JÚNIOR, 2016).

Por sua vez, o incentivo é o estímulo, positivo ou negativo, para determinada atividade econômica ou para adoção de certa atitude, com objetivo de buscar o desenvolvimento econômico e social através da iniciativa privada. No incentivo positivo há sanções premiais, benefícios concedidos àqueles que adequarem seus comportamentos ao disposto pelo ente público; já o negativo, o Estado sanciona economicamente aqueles empreendedores que agem de forma legal, mas contrariamente aos interesses públicos (DUARTE JÚNIOR, 2016).

O incentivo materializa-se por meio de normas por indução, pois não há a obrigatoriedade de sua aderência e a sanção é substituída por um convite de estímulos oferecidos a quem participe de determinada atividade de interesse geral e patrocinada, ou não, pelo Estado (GRAU, 2010, p. 148).

Por último, o planejamento configura-se por ser um processo técnico, que racionaliza e sistematiza as diretrizes, com o intuito de concretizar os objetivos previamente estabelecidos no texto constitucional. Assim, verifica-se que ela é uma atividade voltada para o futuro, através de metas a serem atingidas pelo governo no setor econômico e social, caracterizando, por conseguinte, um dever-poder estatal (DUARTE JÚNIOR, 2016).

Dessa forma, a intervenção regulatória cria conjuntos de regras de condutas e limites para disciplinar o exercício das atividades econômicas, que pertencem ao setor privado, mas também incentiva e fomenta o desenvolvimento da economia, a fim de que sejam respeitados os princípios da ordem econômica e, por consequência, gerem benefícios à coletividade.

Como regular significa interferir em direitos ligados à liberdade e à propriedade dos cidadãos e das empresas, ela só deve ocorrer quando a ordem econômica não estiver apta a concretizar de forma adequada e satisfatória os princípios que a orientam e não produzir de maneira eficiente os resultados desejados.

Essa ineficiência da economia reproduz resultados negativos que geram falhas de mercado, deficiência na concorrência, desequilíbrio nas relações de consumo e abuso do poder econômico (PLACHA, 2007, p. 139) são os fundamentos que asseguram o Estado a intervir com a finalidade de corrigi-los.

Neste passo, analisa-se os fundamentos da intervenção regulatória, os elementos utilizados para intervir no mercado e os limites adstritos a ela, sem os quais poderiam ferir a livre iniciativa e os outros princípios da ordem econômica.

3.2. FUNDAMENTOS DA REGULAÇÃO ESTATAL

A regulação só ocorrerá quando o mercado concretamente analisado apresentar falhas estruturais e comportamentais diferentes do modelo ideal de mercado em concorrência perfeita, ou seja, quando se está diante das falhas de mercado.

A concorrência perfeita, desenvolvida pela ciência econômica, de acordo com Gustavo Binenbojm, é:

(i) composto por produtos idênticos (substitutos perfeitos) negociados por muitos agentes econômicos (consumidores e produtores), os quais possuem (ii) informações completas em caráter simétrico, (iii) têm livre entrada e saída do mercado, (iv) atuam individualmente, de forma racional, para maximizar seu bem-estar (lucros e utilidade, respectivamente) e (v) são “pequenos” em relação ao tamanho do mercado, no sentido de que sua conduta individual tanto como demandante como ofertante é incapaz de *per se* afetar o preço de equilíbrio (*price-takers*) (2016, p. 174).

À luz dessas premissas, passa-se agora a estudar as falhas de mercado, primeiro fundamento da intervenção regulatória.

A primeira falha de mercado que se tem é o poder de mercado, que ocorre quando um empresário ou grupo econômico exerce influência expressiva sobre o preço ou a quantidade de produtos e serviços ofertados, geralmente ela está relacionada a consolidação efetiva dos participantes já estabelecidos diante de potenciais entrantes; os participantes têm titularidade de propriedade industrial sobre marcas, patentes e tecnologias que geram vantagens competitivas; ou a existência de licenças, autorizações e atos estatais que impõem barreiras jurídicas a entrada de novos empreendedores (BINENBOJM, 2016, p. 177-178).

Esse poder de mercado é marcado pela concentração econômica, que pode ser monopólio ou oligopólio (*Ibidem*).

Monopólio representa uma circunstância em que apenas um agente exerce, de modo individual, determinada atividade ou empreendimento, por conseguinte, o seu detentor tem o poder de estabelecer as condições de produção e demanda do mercado monopolizado, como os preços, originando situações de abuso pelo controle da oferta e procura de produtos ou serviços. Assim, a sua formação configura uma falha de mercado pela ausência de concorrência que deve, portanto, ser corrigida (PLACHA, 2007, p. 144).

Por seu turno, o oligopólio ocorre quando a oferta de um determinado produto é controlada por poucos agentes econômicos e há, entre eles, acerto de preços. Dessa forma, quem acaba estipulando o valor dos produtos e serviços são os fornecedores e não os consumidores, com isso, o preço fica muito além do que os custos de produção, encarecendo o valor final que o consumidor pagará (BINENBOJM, 2016, p. 178-179).

É por isso que a atividade regulatória incidirá sobre a economia a fim de evitar a formação de concentração de mercado, uma vez que tolhe o direito do consumidor de escolher e pagar pelo preço justo.

Ademais, a própria Constituição Federal de 1988 estabelece que a lei reprimirá o abuso do poder econômico, que vise a dominação do mercado, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros (artigo 173, §4º).

Neste lume, o ordenamento jurídico brasileiro previne a formação de concentração do poder econômico em situação que é possível a competição e reprime qualquer conduta que se demonstre apta a concentrar a economia. A Lei 12.529 de 2011 define que posição dominante é quando um empresário ou grupo econômico “for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% ou mais do mercado relevante” (artigo 36, §2º).

Saliente-se que não será considerado como falha de mercado o monopólio natural, pois este decorre da circunstância de que apenas um agente econômico está apto a desenvolver determinada atividade, razão pela qual não existe inúmeros atores no processo produtivo. Neste caso, a regulação atua não para corrigi-lo e sim para atenuar os seus efeitos, controlando os preços e a qualidade dos produtos e serviços (PLACHA, 2007, p. 144).

Outra falha de mercado e por isso fundamento da regulação é a assimetria de informação, em que uma das partes da transação comercial possui mais informações do que a outra, relativamente ao produto ou serviço que está sendo negociado, essa diferença de informação gera um desequilíbrio de poder entre os participantes (MARTINS; RIBEIRO, 2016, p. 37), uma desigualdade de ganhos e dificuldade ou mesmo inviabilidade da escolha racional do consumidor, criando, por conseguinte empecilhos à livre concorrência e a perda da eficiência econômica (BINENBOJM, 2016).

Isto significa uma disparidade que atinge a capacidade de escolha dos consumidores, que ficam sujeitos a práticas abusivas dos fornecedores. Desta forma, a informação adequada concorre para a proteção e defesa do consumidor, que deve possuir dados necessários sobre produtos e serviços disponíveis no mercado (PLACHA, 2007, p. 146).

Desse modo, caberá a regulação criar formas de facilitar o acesso e a compreensão das informações, com o intuito de se evitar as decisões incertas, protegendo os participantes, em especial os consumidores, e aumentando os ganhos de eficiência.

Ainda que a regulação seja criada com base na necessidade de correção ou mitigação de uma falha de mercado, o padrão é que expanda seu alcance para outros temas, ainda que estes não tenham apresentado falhas de cunho econômico a serem corrigidas (NORONHA, 2017, p. 55).

Assim, tem-se como fundamento as externalidades. Elas “são atividades que geram custos ou benefícios que recaem sobre pessoas não diretamente envolvidas nessas atividades” (FRANK; BERNANKE, 2012 *apud* TSCHÁ, 2016, p. 26), isto é, os custos e benefícios advindos de uma relação econômica repercutem em terceiros estranhos a ela.

As externalidades podem ser positivas ou negativas. As primeiras tendem a estimular condutas oportunistas, haja vista que um terceiro goza de vantagens ou benefícios sem custos ou qualquer esforço individual dispendido naquela relação econômica. Enquanto que as negativas se caracterizam quando os custos ou danos decorrentes de determinadas relações são repassadas por quem não participou ou contribuiu para materialização daquela (BINENBOJM, 2016, p. 189-190).

Dessa forma, é imprescindível a regulação para redirecionar os efeitos das externalidades, a fim de que o mercado funcione de forma mais eficiente e equitativa possível, com regras de distribuição de responsabilidades e recebimentos de benefícios, internalizando os custos e danos causados a terceiros, para os participantes da relação econômica.

Logo, o objetivo da regulação é promover o realinhamento dos incentivos individuais e coletivos, pois, quando houver “externalidades sociais, sejam positivas ou negativas (respectivamente, benefícios ou malefícios), o mercado não será um elemento organizador eficiente”, na lição de Calixto Salomão Filho (BINENBOJM, 2016, p. 190).

Por fim, ainda existe outro fundamento para a regulação, que Gustavo Binenbojm denomina de outros objetivos legítimos que traduzem os valores compartilhados pela coletividade. Esses objetivos perseguidos seriam, segundo Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto, os interesses públicos que a um só tempo são impostos ao poder público e filtrados e absorvidos por ele mesmo (2016, p. 193).

O interesse público que fundamenta a intervenção regulatória seria a promoção da justiça, a equidade social e os princípios elencados no artigo 170 da Carta Magna: a valorização do trabalho humano, existência digna, justiça social, função social da propriedade, defesa do meio ambiente e a redução das desigualdades regionais e sociais, além de outros objetivos fundamentais que não os economicamente justificáveis (SARMENTO, 2016, p. 7 *apud* NORONHA, 2017, p. 55).

Outrossim, Gustavo Binjenbojm diz que o interesse público perseguido deve observar a sua finalidade e seus possíveis efeitos, sendo três finalidades que se destacam, que deverão ser alcançadas: a de gerir problemas de coordenação coletiva; a de promover a inclusão no mercado de grupos minoritários socialmente excluídos ou historicamente discriminados; e, a de proteger os interesses intergeracionais (2016, p. 193).

O problema de coordenação coletiva é a necessidade de alinhar incentivos privados a objetivos sociais legítimos, através de regulação de normas cogentes e indutivas que deve aliar as medidas governamentais na redefinição de estrutura de incentivos, de forma a reorientar comportamentos que busquem harmonizar o interesse coletivo e individual (BINENBOJM, 2016, p. 193).

No campo do desenvolvimento econômico e social, o Estado pode se valer da regulação para alcançar objetivos voltados à inclusão no mercado de pessoas menos favorecidas, pertencentes a grupos socialmente discriminados ou historicamente subordinados. Portanto, a regulação poderá favorecer a empregabilidade de pessoas com necessidades especiais ou pertencentes a grupos étnicos historicamente subordinados, mediante benefícios indiretos aos empregadores (BINENBOJM, 2016, p. 194).

Já as preocupações com as futuras gerações e seus interesses, o Estado ao regular deve voltar-se as necessidades de longo prazo, a fim de proteger a todos no presente e no futuro, pois como o mercado atende as preferências dos consumidores atuais, ele não leva em conta seus efeitos sobre as futuras gerações e isso pode acarretar perda irreversíveis (*Ibidem*).

Sendo assim, caberá ao Estado regular o mercado para corrigir suas falhas estruturais e comportamentais, através de instrumentos de controle jurídico, fiscalização e restrição da atividade econômica.

3.3. ELEMENTOS DA REGULAÇÃO ESTATAL

Entendida as justificativas, analisa-se alguns possíveis mecanismos dos quais o Estado pode se valer para exercer a atividade regulatória, que podem modificar as decisões empresariais.

O primeiro deles está vinculado a ideia de livre iniciativa e livre concorrência como princípios basilares da ordem econômica, uma vez que o empreendedorismo é

fundamental para produção de riqueza e obtenção de lucro, sendo este o fator primordial para a entrada de agentes em qualquer mercado.

Desse modo, tem-se o elemento de regulação de entrada, em que a intervenção regulatória pode impor barreiras para os entrantes de determinado mercado, mediante razões idôneas e finalidades legítimas que visam o interesse coletivo. Entretanto, quando essas finalidades são distorcidas, revela-se como mera estratégia de reserva de mercado contra a entrada de novos participantes, configurando manifesto desrespeito ao consumidor (BINENBOJM, 2016).

Portanto, será legítima a regulação de entrada quando tiver como objetivo exercer um controle de entrada qualitativo ou quantitativo baseado em critérios objetivos, a saber:

(i) proteção do consumidor contra produtos e serviços de baixa qualidade, diante da ineficácia de mecanismos concorrenciais puros ou da regulação de qualidade ou de informação; (ii) gestão de monopólios naturais, viabilizando, se for o caso, estruturas econômico-financeiras de subsídio cruzado; (iii) a seleção econômica de participantes aptos a satisfazer finalidades legítimas pretendidas, como técnica de alocação de recursos intrinsecamente escassos; e (iv) garantia da capacidade patrimonial-financeira dos participantes do mercado regulado (RAGAZZO, 2011, p. 150-151 *apud* BINENBOJM, 2016, p. 198-199).

Além disso, o poder público poderá regular em algum grau o preço dos bens ou serviços, seja estabelecendo valores fixos, máximos ou mínimos, conforme a natureza do mercado e os objetivos jurídicos perseguidos.

A regulação de preço tem sido utilizada para lidar com a necessidade de acesso a determinados produtos ou serviços, seja para gestão de monopólios naturais com aplicação de uma estrutura de subsídios cruzados, para limitar lucros supracompetitivos decorrentes de posições dominantes de mercado; seja para favorecer o acesso da população de baixa renda a bens de subsistência essenciais (BINENBOJM, 2016).

Ademais, ela também pode ser um mecanismo para regularizar o livre exercício da atividade econômica, com observância ao princípio da livre iniciativa e da livre

concorrência, quando os preços fixados pelo setor privado forem tão inferiores a realidade do mercado que venha a prejudicar os demais concorrentes¹⁶.

O terceiro elemento divide-se em qualidade e quantidade. No tocante aquele, a finalidade é exigir dos fornecedores o respeito a tais padrões mínimos de qualidade de produção e prestação de serviços, de acordo com estado atual da técnica e das efetivas necessidades básicas dos consumidores, para fomentar a dinâmica concorrencial e combater assimetrias de informação, uma vez que os consumidores têm a sua disposição produtos e serviços submetidos às mesmas regras de qualidade, o que permite uma escolha mais segura e esclarecida (BINENBOJM, 2016, p. 208).

Todavia, há que ressaltar que a regulação da qualidade deverá ser realizada com parcimônia, pois a sua regulação exaustiva pode prejudicar a livre concorrência e a livre escolha dos consumidores, gerando, assim, concentração econômica de mercado ao longo do tempo e ainda pode agravar os riscos de captura, já que o Estado verá ser aumentada o seu poder de determinar o que é ou não qualidade (BINENBOJM, 2016).

Concernente a quantidade, esta visa padronizar os serviços e produtos, especificando-se peso, rótulo, tamanho e outras características, para reduzir a assimetria de informação e permitir que os consumidores facilmente comparem preço e qualidade dos produtos (BINENBOJM, 2016).

Em seguida, tem-se o elemento informação, que preserva o direito de escolha e permite a análise individual de custo-benefício, além de estimular a concorrência à medida que permite a comparação entre produtos e serviços de fornecedores diferentes (BINENBOJM, 2016, p. 211).

Por fim, observa-se o elemento mais radical da regulação, o banimento, que importa no maior grau de restrição à liberdade de escolha dos fornecedores e consumidores, uma vez que acarreta a proibição da oferta e do consumo de determinado produto (BINENBOJM, 2016, p. 213). A sua utilização pelo Estado como mecanismo de regulação deve estar prevista em lei, com o fito de promover fins constitucionalmente legítimos e ser aplicada em *ultima ratio*, ou seja, os outros elementos regulatórios deverão mostrar-se ineficazes para alcançar os objetivos coletivos ou direitos fundamentais (*Ibidem*).

¹⁶ AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. FIXAÇÃO PELO PODER EXECUTIVO DOS PREÇOS DOS PRODUTOS DERIVADOS DA CANA-DE-AÇÚCAR ABAIXO DO PREÇO DE CUSTO. DANO MATERIAL. INDENIZAÇÃO CABÍVEL. (...) (RE 632.644 - AgReg, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJe de 10/04/2012.).

Desse modo, o Estado utiliza-se de mecanismos, como os citados, com o objetivo de regular os desequilíbrios do mercado e maximizar o desenvolvimento econômico e o bem-estar social (ARAGÃO, 2002, *apud* DIAS, 2007, p. 34, *apud* TSCHÁ, 2016, p. 28).

3.4. LIMITES DA REGULAÇÃO ESTATAL

Diante do que fora explanado, a regulação é uma modalidade de intervenção indireta do Estado sobre o domínio econômico, e ao exercer-la o ente público arbitra interesses, interfere no “jogo” econômico e contribui para reordenar a competição, influenciando não só no setor diretamente regulado, mas também em toda cadeia produtiva (MARQUES NETO, 2006, p. 8), visando a concretizar os princípios da ordem econômica, os fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil para se alcançar o interesse público e promover a justiça social.

Logo, a presença da autoridade pública altera a operacionalidade do mercado, pois pode coagir indivíduos a implementarem comportamentos socialmente desejáveis, oferecendo instrumentos para retificar falhas de mercado, auxiliando na relocação dos recursos disponíveis, conduzindo, portanto, a economia para um novo equilíbrio (SILVA; PAIVA; DINIZ, 2017, p. 108).

Como visto, a intervenção fundamenta-se, em síntese, na reorganização da própria livre iniciativa e livre concorrência, nas hipóteses excepcionais em que o mercado privado haja se desorganizado; na valorização do trabalho humano; e nos princípios da ordem econômica (BARROSO, 2001, p. 204/205)

Em contrapartida, a intervenção regulatória estará adstrita a limites, sem os quais poderia gradativamente erradicar o princípio da livre iniciativa que é basilar da ordem econômica (artigo 170, *caput*, CF) e fundamento da República Federativa do Brasil (artigo 1º, IV, CF) (MARQUES NETO, 2006, p. 8).

Neste lume, ao mesmo tempo em que o Estado deve ter como norte de sua atuação os princípios constitucionais da ordem econômica, eles atuaram como limites da intervenção estatal, a fim de se evitar abuso de poder (DUARTE JÚNIOR, 2016).

A exemplo disso seriam os princípios da livre iniciativa, a propriedade privada e o princípio da livre concorrência, que em uma interpretação sistêmica, podem ser entendidos como princípios que dão forma a estrutura da organização econômica do Estado, de modo a definir o sistema econômico adotado, bem como estabelecem limites,

cujo núcleo de liberdade não pode ser restringido pela atuação do Estado na sociedade e nos direitos fundamentais (*Ibidem*).

Ademais, corroborando o entendimento de que os princípios insculpidos no artigo 170 da CF são diretrizes a serem perseguidos, mas também são limites da atuação do Estado, Luís Roberto Barroso asseverou que nenhum dos princípios poderá contrariar ou esvaziar os princípios fundamentais da ordem econômica, em especial os positivados no *caput* deste artigo, ainda que lhes estabeleçam certo nível de restrições, ou seja, sob o pretexto de concretizar os incisos não se pode eliminar a livre iniciativa ou depreciar o trabalho humano (2001, p. 197), pois, na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

“Seria um verdadeiro absurdo, um contrassenso cabal, extrair do parágrafo de um artigo a outorga de poder para nulificar o que se contém em sua cabeça e em um de seus incisos; o disparate interpretativo seria particularmente inadmissível (...). Um fundamento constitucional que pudesse ser arredado por obra de legislação ordinária ou um princípio que pudesse menoscabar, a toda evidência, nada valeriam e o constituinte seria um rematado tolo se houvesse pretendido construí-los com tal fragilidade. ” (1999, p. 490/491 *apud* BARROSO, 2001, p. 197).

Dessa forma, observa-se a dúplici função dos princípios constitucionais da ordem econômica, são diretrizes ao serem atingidas pelo Estado, mas este vê sua atuação limitado por eles mesmos.

Logo, quando o ente estatal vier a agir, deverá observar e respeitar, em especial, os princípios da livre iniciativa, da propriedade privada e da livre concorrência, pois seus núcleos de liberdades não podem ser restringidos (DUARTE JÚNIOR, 2016) e os princípios da subsidiariedade e proporcionalidade (MARQUES NETO, 2006), sob pena de incorrer em abuso de poder e ferir os ditames constitucionais.

Frente a isso, faz-se oportuno analisar os princípios supracitados.

3.4.1. Propriedade Privada

A Constituição Federal de 1988 pode ser considerada capitalista, uma vez que celebra o respeito à propriedade privada. Ela pode ser encontrada ao longo do texto

constitucional, sendo considerada como um direito individual previsto no artigo 5º, inciso XXII e como um dos princípios da ordem econômica, no inciso II do artigo 170.

Como direito individual, este princípio assegura a todos o poder de usar, gozar e dispor da coisa, de forma absoluta, exclusiva e perpétua, bem como outorga o direito de persegui-la de quem injustamente a tem (DI PIETRO, 2014, p. 131). Já no viés da ordem econômica, assegura aos agentes que nela atuam a possibilidade de apropriação dos bens e meios de produção, impondo, assim, o respeito à propriedade alheia e limita a ação do Estado, no qual só poderá restringir nas hipóteses autorizada pela Constituição (BARROSO, 2001, p. 194).

Contudo, a sua positivação não pode mais ser considerada em seu caráter puramente individual, pois a propriedade não pode somente ser destinada a atender os interesses imediatos do proprietário, mas sim atender os interesses sociais, observando o que a CF chamou de função social da propriedade, prevista no artigo 5º, inciso XXIII e artigo 170, inciso III.

Portanto, o proprietário estará obrigado a atender a função social, através de medidas de aproveitamento racional da propriedade, a utilização adequada dos recursos naturais, a preservação do meio ambiente, o bem-estar da comunidade (BARROSO, 2001, p. 194-195) e a promoção de existência digna, observando a justiça social, sob pena de sanções previstas na Constituição¹⁷.

Logo, observa-se que a propriedade privada é um limite a atuação estatal, uma vez que a Carta Magna estabelece o respeito aos bens de produção, fundamento do capitalismo, haja vista que permite ao agente econômico o domínio dos bens utilizados em sua atividade, desde que observado a função social da propriedade que atende aos desideratos coletivos e o desenvolvimento econômico.

¹⁷ Artigo 182, §4º: É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de: I - parcelamento ou edificação compulsórios; II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo; III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

Artigo 184: Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.

3.4.2. Livre Iniciativa

Como já visto, a livre iniciativa é um dos fundamentos basilares da ordem econômica brasileira, prevista no *caput* do artigo 170 da Carta Magna, ao lado da valorização do trabalho humano.

Além disso, o constituinte inseriu, no inciso IV do artigo 1º da Constituição Federal, a livre iniciativa como fundamento da República Federativa do Brasil, conforme observa-se ao ler o dispositivo: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) IV- os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa”. E como tal deve ser um dos fins da estrutura política brasileira

Com esse dúplice enquadramento, a livre iniciativa deve adotar política de forma de produção capitalista, como meio legítimo de que se podem valer os agentes sociais brasileiros (TAVARES, 2011, p. 234). E, de acordo com a lição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, é o meio de se procurar a realização da justiça social e, portanto, do bem-estar social, pois é a base da ordem econômica e social (TAVARES, 2011, p. 234-235).

Assim, no momento que a Constituição determina que a base do sistema econômico é a livre iniciativa, ele reconhece e “afirma a autonomia empreendedora do homem na conformação da atividade econômica, aceitando a sua intrínseca contingência e fragilidade” (GRAU, 2010, p. 208), e faculta ao empreendedor a possibilidade de instalar e realizar os seus investimentos, de competir lealmente nos mercados e de auferir lucros, desde que não seja de forma abusiva (BOCKMANN, 2006, p.108).

Nesta toada, a livre iniciativa relaciona-se com a liberdade que possui o indivíduo de tornar-se agentes econômicos por vontade própria (TSCHÁ, 2016, p. 31), a liberdade de comércio e indústria e a liberdade de concorrência.

A primeira consiste no livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização estatal, salvo nos casos previstos em lei, conforme disciplina do parágrafo único do artigo 170 (BARROSO, 2001, p. 180). A segunda caracteriza-se pela não ingerência do Estado no domínio econômico senão em virtude de lei e a faculdade de criar e explorar uma atividade econômica a título privado (GRAU, 2010, p. 206). Enquanto que a última liberdade se configura a faculdade que tem o empresário de conquistar sua clientela, desde que não seja por concorrência desleal; por

proibir as formas de atuação que deteriam a concorrência; e pela neutralidade do Estado diante da concorrência em igualdade de condições entres os concorrentes (*Ibidem*).

Ademais, esse postulado possui um viés negativo, impondo a não intervenção estatal, que só pode ocorrer mediante autorização legal, respeite os demais postulados constitucionais e não anule o conteúdo mínimo da livre iniciativa (TAVARES, 2011, p. 235), caso contrário, o Estado não estará intervindo, no sentido de normatizar e regular, mas estará dirigindo e substituindo a liberdade de iniciativa na estrutura fundamental do mercado (GRAU, 2010, p. 209).

Desse modo, compreende-se que o princípio ora analisado é a liberdade que qualquer pessoa tem para realizar qualquer negócio ou exercício de profissão, assegurando-lhe a propriedade dos bens e dos meios de produção. No entanto, esse princípio não é absoluto, ele deve ser ponderado com outros valores e fins públicos previsto no texto constitucional, para alcançar o interesse público e a justiça social.

Isto posto, a livre iniciativa é um dos fundamentos para a atividade intervencionista estatal, que visa obstar o abuso advindo dessa liberdade. Em contrapartida, esse princípio configura-se um limitador da atuação do Estado, pois, como ressaltado por André Ramos Tavares, o Estado ao intervir não poderá anular ou inutilizar o núcleo da livre iniciativa.

3.4.3. Livre Concorrência

A livre iniciativa tem como desdobramento o princípio da livre concorrência, no qual implica na ausência de obstáculo no ingresso de agentes econômicos no mercado e a possibilidade de eles se relacionarem de forma igualitária (BOCKMANN, 2006, p. 109).

Apesar disso, o constituinte contempla a livre concorrência como um dos princípios básicos da ordem econômica, prevista no inciso IV do artigo 170, demonstrando a importância outorgada a este princípio, que é um dos fundamentos do sistema capitalista (TAVARES, 2011, p. 255-256).

Ela é a essência do capitalismo, em virtude da diversidade de agentes da cadeia produtiva, sejam fornecedores de bens ou prestadores de serviços, implementando a competitividade entres os empreendedores, por consequência, impele aos agentes econômicos oferecer bens e serviços de qualidade e com preços compatíveis (PLACHA, 2007).

Sendo assim, se a concorrência é livre, será as leis de mercado que determinarão as circunstâncias que haverá ou não êxito para o empreendedor, e como ela pressupõe inúmeros competidores, a liberdade de concorrência não tolerará monopólios ou qualquer outra forma que distorça o mercado livre com o afastamento artificial da competição entre os agentes (TAVARES, 2011, p. 256).

A livre concorrência relaciona-se com a ação desenvolvida por um grande número de competidores, que atuam livremente no mercado de um mesmo produto, de maneira que a oferta e a procura provenham de compradores e vendedores cuja igualdade de condições os impeçam de influir, de modo permanente e duradouro, nos preços de bens e serviços (*Ibidem*).

Dessa forma, ela caracteriza-se por ser uma abertura jurídica concedida aos particulares para competirem entre si, em segmento lícito, objetivando o êxito econômico pelas leis de mercado e a contribuição para o desenvolvimento nacional e a justiça social (*Ibidem*).

Nesta linha, há duas concepções que podem ser encontradas neste princípio, a primeira diz respeito que a livre concorrência tem como objeto central o consumidor, parte vulnerável da relação de consumo que precisa de proteção; e a segunda é o anseio de garantir a eficiência e a legitimação do sistema econômico (TAVARES, 2011, p. 257). Logo, percebe-se que esse princípio contempla duas finalidades, a tutela do mercado e a tutela do consumidor.

A livre concorrência fundamenta a intervenção do Estado, de forma normativa e fiscalizadora, no sentido de assegurar que o mercado permaneça em liberdade geral, que poderia vir a ser tolhida pelo poder de dominação através de monopólios, cartéis, trustes e oligopólios (TAVARES, 2011, p. 258).

Visando isso, a Constituição em seu artigo 173, §4º determina que o Estado estabeleça e puna às práticas que distorçam a livre concorrência, estatuinto que a “lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise a dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros”.

A defesa constitucional da livre concorrência tem o condão de impedir uma posição de supremacia ou domínio, em detrimento de uma necessária igualdade, que é essencial e adequado ao desenvolvimento do mercado e a defesa do consumidor (TAVARES, 2011, p. 259), pois é inegável que um mercado competitivo permite que os consumidores sejam beneficiados, tendo em vista o aprimoramento dos seus métodos tecnológicos e dos seus custos (BASTOS, 2007, p. 27-28 *apud* TAVARES, 2011, p. 257).

Desse modo, a livre concorrência é um instrumento da intervenção estatal para manter as “regras do jogo”, consistente no mínimo de equilíbrio entre os “jogadores”, e não uma livre concorrência destinada a prevalecer a todo custo (TAVARES, 2011, p. 259). Mas a atuação do Estado tem limites a serem observados, e um deles é o próprio princípio ora em comento, pois a excessiva regulação da liberdade pode acarretar a sua eliminação, com isso, o Estado precisa atentar-se para o núcleo essencial deste princípio para não implicar em uma violação as normas constitucionais.

Por fim, cabe ressaltar que ele impõe obrigações positivas e negativas aos agentes econômicos. A positiva permite a adoção de quaisquer práticas lícitas de conquista de mercado, já a negativa proíbe e pune a utilização de meios que falseiem a livre competição (DUARTE JÚNIOR, 2016), ou seja, a concorrência leal e a desleal.

Todavia, não é simples diferenciá-los, pois ambos visam atingir o público antes, ou de maneira mais efetiva, que seu concorrente. A que se estuda neste tópico, alçada como princípio, é a concorrência leal, no qual é buscado por consumidores, poder público e os próprios empresários, por sua vez, a concorrência desleal provoca prejuízos econômicos e desestabiliza o mercado, favorecendo determinado agente que atuou de maneira antiética e até mesmo ilegal (TSCHÁ, 2016, p. 33).

É esta última que o ordenamento jurídico brasileiro combate, através de normas que visam prevenir e reprimir condutas contra a ordem econômica, que é o caso da Lei 12.529/2011.

O seu artigo 1º estabelece que a estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC prevenirá e reprimirá “às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico”, tendo a coletividade como titular dos bens jurídicos protegidos nesta lei.

Dessa forma, o artigo 36, *caput*, da lei mencionada prevê o que são infrações contra a ordem econômica, independentemente de culpa dos agentes, quando tem por objeto ou mesmo possa produzir, os seguintes efeitos, mesmo que não alcançados:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II - dominar mercado relevante de bens ou serviços; III - aumentar arbitrariamente os lucros; e IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

Diante do exposto, verifica-se que as condutas atinentes a embaraçar a disputa em condições de igualdade, tolhendo o direito do consumidor de optar por aquilo que melhor lhe serve, não só viola a Constituição Federal de 1988, como também constitui infração prevista em dispositivo infraconstitucional.

3.4.4. Princípios da Subsidiariedade e da Proporcionalidade

Além dos princípios elencados alhures, de acordo com a lição de Floriano de Azevedo Marques Neto, os princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade são limitadores da atuação estatal na economia (2006, p. 9).

A subsidiariedade é um corolário do princípio da livre iniciativa, pois impera no ordenamento jurídico que as atividades econômicas em sentido estrito devem ser livres aos particulares, só havendo regulação por parte do Estado nas situações em que ele não consiga se autorregular, se desenvolver ou concretizar os objetivos constitucionais (DUARTE JÚNIOR, 2016).

Nesta toada, verifica-se que a subsidiariedade também pressupõe a ideia de autonomia, seja dos indivíduos, das empresas, dos corpos sociais seja dos próprios entes federativos. Com isso, esses entes autônomos teriam condições de perseguir seus próprios interesses e objetivos, e por consequência, realizar as finalidades sociais. Caso contrário, estaria a ação estatal apta para suprir, complementar ou reforçar a ação autônoma para se alcançar os interesses sociais (MARQUES NETO, 2006, p. 12).

Desse modo, a atuação estatal sobre o domínio econômico será residual, tornando-se necessária quando os atores econômicos põem em risco um valor de natureza coletiva (o meio ambiente, o uso de um bem escasso, um serviço de relevância social), ou se mostra insuficiente para atingir uma finalidade de interesse geral da coletividade (a universalização de um serviço, a acessibilidade de uma comodidade, o incremento da competição, a satisfação dos usuários e etc.). Ou seja, o princípio da subsidiariedade só admitirá a regulação quando o mercado se revele insuficiente para alcançar os objetivos de interesse público (*Ibidem*, p. 13).

Seguindo esse raciocínio, surge o limite à regulação, o princípio da subsidiariedade, que servirá de parâmetro para se aferir se é legítima ou não a submissão da economia à intervenção regulatória estatal (*Ibidem*, p. 13).

Portanto, o princípio ora em comento estabelece que só será possível a incidência da regulação sobre a economia, se neles existirem valores ou interesses públicos cuja proteção e promoção não possa prescindir a atuação estatal, uma vez que os agentes econômicos não conseguem alcançar autonomamente (*Ibidem*, p. 14).

No tocante a proporcionalidade, cabe ressaltar que, inicialmente, ela erige-se como um mecanismo de proteção do indivíduo em face do poder de sanção estatal, já para a intervenção regulatória, ela é um elemento limitador do poder de polícia, que segundo Daniel Sarmiento, “visa, em última análise, a contenção do arbítrio e a moderação do exercício do poder, em favor dos direitos do cidadão” (MARQUES NETO, 2006, p. 15).

Assim, a proporcionalidade frente ao poder de polícia, só será utilizada quando necessário a concretização de interesses públicos e será mensurada no limite mínimo do necessário, qualquer ação que vá de encontro a essas condicionantes, ferirá este princípio.

Ademais, para fins deste trabalho, entende que o princípio da razoabilidade e proporcionalidade são distintos, embora ligados entre si. A razoabilidade está vinculada a ideia de juízo de plausibilidade, desse modo, é vedado ao poder estatal em suas ações ferir o senso comum tido como aceitável à luz dos juízos de valores dos cidadãos (MARQUES NETO, 2006, p. 17).

O princípio da proporcionalidade envolve a mensuração entre o benefício para o interesse público e a restrição da propriedade privada, bem como, entre uma e outra medida à disposição do Estado, obrigando-o a escolher a medida menos gravosa ao indivíduo (*Ibidem*). Portanto, elas diferem, segundo Floriano de Azevedo Marques Neto, pois “algo só poderá ser desproporcional em relação a outra alternativa possível, enquanto algo será irrazoável em si” (2006, p. 17).

A proporcionalidade decompõe-se em três elementos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

A adequação configura-se por ser a medida adotada para alcançar o interesse público mais apropriada à prossecução do fim ou fins a ele subjacentes; a necessidade é a ideia de que o cidadão tem o direito à menor desvantagem possível; e, por fim, a proporcionalidade em sentido estrito caracteriza-se por ser um princípio da justa medida, em que o meios e fins são colocados em juízo de ponderação, com o objetivo de se analisar se os meios utilizados é ou não desproporcionais em relação ao fim, trata-se, portanto, de pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens dos fins (CANOTILHO, 2003, p. 269-270 *apud* MELLO, 2009, p. 111).

Por isso este princípio tornou-se um limitador da regulação estatal, pois será através dele que se poderá aferir se uma determinada manifestação regulatória se deu com a intensidade adequada, haja vista que o regulador poderá atuar desmedidamente sobre o setor ou praticar atos inconciliáveis com a proporcionalidade, por exemplo: impondo uma restrição incompatível com o benefício coletivo, atribuindo um ônus desproporcional ao bônus ou mesmo sancionando de forma exacerbada (MARQUES NETO, 2006, p. 20). Já que ninguém poderá ver sua liberdade de iniciativa ou de propriedade privada restringida, salvo se for para satisfazer um interesse público.

Logo, ao intervir na economia, o regulador deverá observar esses dois limites (sem excluir a incidência dos outros princípios), a subsidiariedade (abrangência) que indicará a área da atividade econômica passível de regulação e a proporcionalidade (intensidade) que determinará de que modo e forma a regulação deve incidir.

Sendo assim, embora a regulação estatal tenha guarida na Constituição, ela constitui medida excepcional, pois prevalece a livre iniciativa. Desse modo, para o Estado intervir no campo econômico deverá existir razões relevantes para se pôr de lado a liberdade de iniciativa, razões essas que foram explanadas no presente capítulo. No entanto, a fim de se evitar abusos ou engessamento da atividade econômica, o poder público deverá valer-se dos princípios aqui expostos de maneira no momento de regular ou normatizar.

4. INTERVENÇÃO E REGULAÇÃO SOBRE O AIRBNB

4.1. INTERVENÇÃO REGULATÓRIA SOBRE A ECONOMIA COMPARTILHADA

Retomando o explanado, o Airbnb faz parte do novo fenômeno mundial, chamado de economia compartilhada, em que pessoas compartilham seus bens ou serviços através de plataforma digital, combinando o interesse de um indivíduo de alugar ou trocar um bem subutilizado para outro que necessita fazer uso dele sem precisar adquiri-lo.

As práticas de compartilhamentos não exigem qualquer regulamentação, pois pertencem à esfera pessoal, como no caso de transações que ocorrem em pequenas escalas, cujo são motivadas por um espírito de dar e receber (RANCHORDÁS, 2015, p.

467). No entanto, as práticas de economia compartilhada geram um desafio ao Estado Regulador, uma vez que deixam de ser em pequena escala para serem um novo tipo de modelo de negócio que afeta o setor econômico tradicional e as estruturas sociais existentes.

Neste cenário, o direito depara-se com desarranjos institucionais promovidos pela evolução tecnológica, sendo sua primeira reação tentar procurar soluções dessas novas questões dentro do seu próprio ordenamento jurídico. Contudo, nem sempre o direito vigente aplica-se às novas tecnologias (BAPTISTA; KELLER, 2016, p. 128).

Dessa forma, entende-se o porquê de a economia compartilhada ter permanecido em grande parte desregulada (RANCHORDÁS, 2015, p. 467), embora não exista consenso entre os especialistas sobre a necessidade ou não de uma intervenção do estado regulador na econômica compartilhada (RIBEIRO, 2016, p. 20).

Arun Sundararajan entende que o Estado não deve regular a economia compartilhada, uma vez que a autorregulação do mercado seria suficiente, por dois fatores: o primeiro seria o sistema de reputação digital, pois as plataformas de consumo colaborativo já dispõem de mecanismos autorregulatórios satisfatórios para a redução da assimetria de informação e aumento da confiança dos consumidores, e eles seriam capazes de corrigir a maior parte das falhas de mercado; o segundo fator seria que as próprias plataformas digitais e instituições especializadas nos mercados, por meio de mecanismos privados de regulação, resolveriam os conflitos regulatórios de mais difícil solução (2012 *apud* RIBEIRO, 2016, p. 20).

Assim, este autor conclui que a regulação estatal provocaria o engessamento desse desenvolvimento dos mercados, gerando, inclusive, elevados riscos de captura regulatória pelos agentes estabelecidos que concorrem com as novas plataformas (*Ibidem*).

Em contrapartida, Patrícia Baptista e Clara Iglesias Keller afirmam que o direito administrativo econômico registrou uma série de justificativas à intervenção regulatória do Estado em atividades econômicas, diante das falhas de mercado, nas quais justificam a impossibilidade ou incompetência do sistema livre de mercado de produzir os comportamentos ou resultados desejáveis de acordo com o interesse público, bem como, ante a promoção dos direitos fundamentais e de valores sociais e culturais, a inclusão de grupos minoritários, a proteção de interesses intergeracionais e as demandas redistributivas (2016, p. 140).

Desse modo, essas justificativas quando presentes nas novas tecnologias, ensejariam a intervenção econômica estatal. Afinal, os novos contextos de mercado resultantes de uma disrupção tecnológica também estão sujeitos às demandas refletidas nas justificativas tradicionais de intervenção, uma vez que o surgimento de agentes de mercado detentores exclusivos de uma tecnologia determinada pode levar ao exercício de comportamento monopolista e as práticas anticoncorrenciais em geral, como o abuso de posição dominante e comportamento excludente (BAPTISTA; KELLER, 2016, p. 141).

Neste diapasão, expõem Patrícia Borba Vilar Guimarães e Lucas do Monte Silva (2016, p. 1254), que há uma corrente que afirma ser necessária uma regulação estatal sobre a economia compartilhada para promover uma concorrência leal com outros serviços, evitar abusos de mercado e corrigir ações irracionais do mercado (GUIMARÃES; SILVA, 2016, p. 1243).

Ademais, de acordo com o Deloitte Report, há algumas áreas que não são abrangidas pelos mecanismos de autorregulação das empresas, como: (i) acessibilidade, isto é, a facilitação do acesso a certos grupos em desvantagem na sociedade; (ii) externalidades, custos impostos a outros membros da sociedade fora da comunidade do mercado de compartilhamento; (iii) transparência, a abertura de informações ao Poder Público para permitir suficiente visão prática das empresas (2015, p. 66).

Assim, o presente trabalho concorda com este último posicionamento, no qual a economia compartilhada deverá ser regulada quando presente um dos fundamentos da intervenção regulatória analisados no tópico anterior. E a regulação deverá conciliar a promoção da inovação e a observância das regras e princípios econômicos, para não gerar uma posição dominante dos novos entrantes, ao mesmo tempo não obstar a entrada da inovação e não tolher o desenvolvimento tecnológico.

Nesta toada, segundo Sofia Ranchordás, a relação entre lei, inovação e regulação pode gerar três resultados: (i) primeiro, a regulação pode prejudicar a inovação, colocando encargos excessivos aos empreendedores, como licenças para indústrias e requerimento de entrada ou proibição de produção de produtos novos em virtude de seus potenciais riscos; (ii) segundo, a lei e a regulação podem facilitar a introdução de inovações no mercado, notavelmente renunciando aos requerimentos ou cumprimento das normas, concedendo isenções ou autorizando as empresas a desenvolverem novas atividades de forma temporária ou permanente, (iii) terceiro, a regulação pode não ter efeito direto sobre a inovação, apenas a promove acidentalmente (2015, p. 442).

Ressalte-se que o segundo resultado, a regulação facilitando a entrada da inovação no mercado, só pode acontecer se os reguladores conseguirem compreender a complexidade das inovações, interagir com os inovadores e regulá-las pensando à frente, sem política de retrocesso (RANCHORDÁS, 2015, p. 443).

Dessa forma, os legisladores ao regularem deverão vincular o caráter de rápida mudança da inovação com a necessidade de previsibilidade e a segurança jurídica, levando em consideração que a inovação é incerta, complexa e de natureza temporária (RANCHORDÁS, 2015, p. 443), bem como, ela deve ser orgânica, ou seja, positivada se necessária, pois o marco regulatório estanque de setores ligados à inovação, que por sua vez necessita de resposta rápida do Estado, pode vir a estabelecer óbices para o desenvolvimento dessas novas tecnologias (GUIRMARÃES; SILVA, 2016, p. 1244).

Portanto, a economia compartilhada poderá sofrer intervenção por parte do Estado quando apresentar falhas de mercado ou for necessário para promover direitos fundamentais e valores sociais, e a sua regulação deverá levar em consideração a importância da preservação da inovação como fator de produção essencial ao desenvolvimento econômico, a concorrência leal e evitar engessamento das novas tecnologias que pode decorrer da captura do mercado.

4.2. INTERVENÇÃO REGULATÓRIA SOBRE O AIRBNB

O Airbnb caracteriza-se por ser um *sharing economy* que põe em contato dois interesses convergentes, um de alugar o seu espaço excedente por um curto período de tempo e outro que procura um local para passar uma temporada, pagando um custo reduzido e tendo uma experiência mais comunitária e social, através da plataforma digital.

Ocorre que, o modelo de negócio realizado pela plataforma digital incomodou o setor hoteleiro brasileiro, por ter modificado a forma de hospedagem dos viajantes. Desse modo, os representantes da rede hoteleira têm, em várias ocasiões, requisitado a declaração de ilegalidade do aplicativo, mediante a argumentação de que a inovação provoca concorrência desleal, por não realizar o pagamento de tributos atinentes aos hotéis (MENEZES, 2016 *apud* MARTINS; RIBEIRO, 2016, p. 36).

Dentre os argumentos, afirma-se que a falta de regulação específica faz com que os proprietários dos apartamentos utilizados pelo Airbnb não paguem diversas taxas, não sigam as exigências convencionais impostas aos hotéis, como alvarás de funcionamento,

verificações dos bombeiros, contas comerciais de água e energia, entre outros, bem como não arcam com o custo de uma gama de funcionários registrados para atender os clientes e não emitem nota fiscal (REVISTA HOTÉIS, 2017).

Enquanto que para o setor hoteleiro há uma forte incidência de regulações, como registros do hotel no setor competente, vistorias periódicas da vigilância sanitária, a responsabilização objetiva pela segurança dos hóspedes, determinação da quantidade de ruído que pode ser produzido pelo estabelecimento, a proibição de fumar nos ambientes internos (MARTINS; RIBEIRO, 2016, p. 41) e a excessiva carga tributária, além do pagamento de PIS, COFINS e ISS (REVISTA HOTÉIS, 2017). São essas regras que criam uma padronização dos serviços de hotelaria, de modo que os consumidores têm uma noção mínima dos seus direitos e do que esperar quando firmar um contrato de hospedagem com o hotel (MARTINS; RIBEIRO, 2016, p. 41).

Portanto, como afirma Manuel Gama, presidente do Fórum dos Operadores Hoteleiros do Brasil – FOHB, “é muito fácil você não ter uma carga tributária, não ter os patamares de segurança, com os custos de segurança, e colocar um imóvel para usar a um preço mais baixo”, configurando assim, uma competição injusta do mercado de hospedagem (REVISTA HOTÉIS, 2017).

Assim, diferente do posicionamento de declaração de ilegalidade da plataforma, Manuel Gama declara que os operadores de hotéis não são contra o Airbnb, apenas querem que as mesmas regras de extrema segurança que acontecem nos hotéis e a mesma carga tributária, além do PIS, COFINS e ISS, recaiam sobre os serviços da plataforma (*Ibidem*).

Neste lume, visando impedir a concorrência desleal e a falta de fiscalização do Airbnb e aplicativos que prestam serviços similares a ele, o setor hoteleiro propugna a regulação deles para que seja dado um tratamento igualitário a dos hotéis nos campos fiscal, tributário, sanitário e de segurança (*Ibidem*). Isto é, quer incidir para uma inovação tecnológica os mesmos parâmetros do setor tradicional.

Contudo, tal regulação não merece ser implementada no ordenamento jurídico brasileiro, por dois motivos. O primeiro relaciona-se com a natureza jurídica do Airbnb, pois para se regular nos moldes direcionados ao setor hoteleiro, a plataforma deverá prestar serviço de meios de hospedagem, ou seja, serviços de alojamento temporários e serviços necessários aos usuários (serviço de hospedagem), mediante cobrança de diária, conforme observa-se no *caput* do artigo 23 da Lei 11.771 de 2008:

Art. 23. Consideram-se meios de hospedagem os empreendimentos ou estabelecimentos, independentemente de sua forma de constituição, destinados a prestar **serviços de alojamento temporário**, ofertados em unidades de frequência individual e de uso exclusivo do hóspede, **bem como outros serviços necessários aos usuários, denominados de serviços de hospedagem**, mediante adoção de instrumento contratual, tácito ou expresso, e cobrança de diária.

Esses outros serviços necessários aos usuários ou serviços de hospedagem, disponíveis no período de 24 horas (§4º, art. 23, Lei 11.771/2008), correspondem aos serviços de lavanderia, arrumação, *conciierge*, restaurante, *room-service* e outros, que geram conforto e comodidade aos hóspedes.

Nessa esteira pontuou Sílvio de Salvo Venosa ao afirmar que o contrato de hospedagem se caracteriza por ser a exploração de um imóvel ou parte dele destinado a dar habitação temporária e deverá proporcionar aos hóspedes serviços de luz, telefone, camareira, água corrente, mobília, utensílios de toalete, roupa de cama, portaria e limpeza¹⁸.

Do mesmo modo, não se pode considerar o Airbnb como uma das locações excluídas da proteção da Lei 8.245 de 1991 (Lei do Inquilinato), nos termos do seu parágrafo único do artigo 1º, que assim estabelece:

Art. 1º A locação de imóvel urbano regula - se pelo disposto nesta lei. Parágrafo único. Continuam regulados pelo Código Civil e pelas leis especiais: a) as locações: 1. de imóveis de propriedade da União, dos Estados e dos Municípios, de suas autarquias e fundações públicas; 2. de vagas autônomas de garagem ou de espaços para estacionamento de veículos; 3. de espaços destinados à publicidade; **4. em apart-hotéis, hotéis - residência ou equiparados, assim considerados aqueles que prestam serviços**

¹⁸ APELAÇÃO CÍVEL – MANDADO DE SEGURANÇA – IMÓVEL UTILIZADO COM FINALIDADE HOTELEIRA – AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO LEGAL – IRREGULARIDADES CONSTATADAS EM BOLETIM DE INSPEÇÃO SANITÁRIA – RECURSO DESPROVIDO – SENTENÇA MANTIDA. O mandado de segurança está condicionado à ofensa a direito líquido e certo da impetrante. Por direito líquido e certo, entende-se aquele que se mostra inequívoco e comprovável de plano, sem necessidade de dilação probatória. Não estando demonstrada a existência de locação residencial no imóvel interdito pela autoridade tida por coatora, já que os contratos juntados aos autos não se prestam para tanto, não há como reconhecer ilegalidade do Auto de Infração e de Interdição, notadamente porque fulcrado em denúncia de irregularidades, posteriormente confirmadas pela autoridade pública. (TJ-MS - APL: 08006246620158120006 MS 0800624-66.2015.8.12.0006, Relator: Des. Eduardo Machado Rocha, Data de Julgamento: 06/10/2015, 3ª Câmara Cível, Data de Publicação: 06/10/2015)

regulares a seus usuários e como tais sejam autorizados a funcionar.

Pois não será considerado os imóveis anunciados no aplicativo como hotéis-residências ou equiparados, haja vista que não existe a prestação de serviços de hospedagem, como recepção 24 horas, serviço de quarto e segurança, configurando apenas locação de unidade autônoma sem de prestação de serviço.

Dessa forma, ao verificar que o Airbnb é uma plataforma de acomodações, na qual os usuários criam uma conta para anunciarem ou reservarem espaços por temporada, mas seu serviço restringe-se a disponibilização do espaço, não havendo nenhum dos serviços de hospedagem, sua natureza jurídica é de locação.

Assim, a plataforma assemelha-se como uma intermediária imobiliária, pois o anfitrião cede ao usuário/hóspede, por tempo determinado, o uso e gozo de coisa não fungível, mediante certa retribuição¹⁹, incidindo a Lei 8.245 de 1991, em especial o seu artigo 48, cujo prevê:

Art. 48. Considera - se locação para temporada aquela destinada à residência temporária do locatário, para prática de lazer, realização de cursos, tratamento de saúde, feitura de obras em seu imóvel, e outros fatos que decorrem tão-somente de determinado tempo, e contratada por prazo não superior a noventa dias, esteja ou não mobiliado o imóvel.

Já o segundo motivo está relacionado a possibilidade do Airbnb vier a ser regulado da forma como o setor hoteleiro deseja, pois configurará ofensa aos princípios da livre iniciativa, livre concorrência e da defesa do consumidor, uma vez que ao estabelecer alta carga tributária imposta aos hotéis para o serviço da plataforma e excessivas exigências para funcionamento, onerará consideravelmente o preço dos aluguéis e engessará o serviço desenvolvido pelo Airbnb.

Ademais, os termos desta regulação demonstram a tentativa dos hotéis em dominar o mercado, pois valendo-se de sua posição já consagrado na economia, deseja impor condições que lhe são favoráveis para o entrante, de modo que este não tenha possibilidade de atuar no determinado setor.

¹⁹ Art. 565 do Código Civil de 2002: Na locação de coisas, uma das partes se obriga a ceder à outra, por tempo determinado ou não, o uso e gozo de coisa não fungível, mediante certa retribuição.

Melhor dizendo, essa regulação estará tolhendo a faculdade do empreendedor de instalar-se, desenvolver seus investimentos e auferir lucros, uma vez que serão impostas barreiras para a entrada dos novos *players*, gerando reserva de mercado ou mesmo monopólio. Sendo assim, ele terá o poder de estabelecer as condições de demanda do mercado monopolizado, como os preços, originando, em inúmeros casos, situações de abuso pelo controle da oferta e procura do serviço (PLACHA, 2007, p. 144).

Como também, distorcerá o mercado livre com o afastamento artificial da economia compartilhada da competição, diminuindo ou mesmo extinguindo o número de competidores prestadores do serviço de acomodação, uma vez que dificultará os requisitos para funcionamento para os anfitriões, impossibilitando, por conseguinte, os consumidores de exercer seu direito de escolha.

Por sua vez, os preços deste serviço serão elevados, devido alta carga tributária e fixação ocorrer por mera deliberação do dominante e não pela qualidade do serviço ofertada, causando prejuízos aos consumidores, que acabam arcando com esta decisão abusiva, pois, como já explanado no presente trabalho, a concorrência livre beneficia o consumidor, tendo em vista que os competidores sempre vão desejar atraí-lo através da qualidade e dos custos reduzidos.

Desta forma, a regulação não estará atendendo ao seu papel, que, segundo Gabriel Placha, é de regular em benefício da sociedade, de forma a atender políticas públicas e evitar monopólios, tendo em vista que a atuação de vários agentes econômicos em determinados setores estimulam a competição com resultados positivos para o mercado e para os consumidores (2007, p. 150).

Ante o exposto, a regulação do Airbnb poderá caracterizar uma reserva monopolística de mercado por parte dos hotéis, uma vez que as pessoas físicas que anunciam seus espaços terão dificuldade para atender todas as exigências de alvarás e licenças, pois, como destaca Patrícia Borba Vilar Guimarães e Lucas do Monte Silva, na economia colaborativa há uma linha muito delicada entre a esfera pessoal e a profissional. Logo, aplicar uma estrutura regulatória estabelecida para grandes empresas e profissionais em pessoas que utilizam das plataformas como fonte de renda complementar, acabaria criando uma barreira de entrada para a economia colaborativa e para a inovação (2016, p. 1240).

Situação essa que o ordenamento jurídico extirpa e reprime, nos termos do artigo 173, §4º da Constituição Federal de 1988,

Fora o óbice constitucional, tal intervenção regulatória esbarraria no regime legal de defesa da concorrência, no qual configura como crime a ordem econômica “limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa” (art. 36, I, Lei 12.529/2011), “limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado” (art. 36, §3º, III, Lei 12.529/2011) e “criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços” (art. 36, §3º, IV, Lei 12.529/2011).

Portanto, encaixar o aplicativo no regime jurídico dos hotéis configura afronta aos princípios econômicos constitucionais, não atingi o interesse público como também constitui crime contra a ordem econômica.

Destarte, também geraria o engessamento do desenvolvimento da inovação tecnológica, que como já visto, deverá ser preservada por ser um fator de produção essencial ao desenvolvimento econômico, pois, de acordo com a lição de Joseph Schumpeter, as inovações tornam ultrapassadas tecnologias até então utilizadas e provocam transformações nos fatores de produção, por via de obsolescência da capacidade instalada e do desemprego, já que o progresso tecnológico levará a ganhos de produtividade e aumentos da renda do trabalho, porém os custos de transição são inevitáveis (BINENBOJM, 2016, p. 226).

Em outras palavras, esse autor afirma que a proteção das velhas formas de produção é destrutiva, a sua destruição por práticas e tecnologias inovadoras e criativas é a expressão do próprio desenvolvimento econômico e social (BINENBOJM, 2016, p. 226).

Sendo assim, o Airbnb não deverá ser regulado nos moldes regulatórios dos hotéis, devido a sua natureza jurídica ser de locação e não hospedagem, bem como ele configurará um reserva de mercado, por conseguinte uma infração a Constituição Federal e a Lei 12.529/2011.

No entanto, a intervenção estatal na modalidade regulação não deve se resumir as falhas de mercado ligadas ao direito antitruste, pois como exposto alhures, a intervenção regulatória poderá ocorrer por questões de externalidades e promoção de interesse público, que seria a justiça social, equidade social, direitos fundamentais e outros princípios elencados no artigo 170 da CF.

Neste raciocínio é que se deve observar se o Airbnb sofrerá ou não com a intervenção econômica indireta do Estado, através de diretrizes normativas por direção,

de acordo com o previsto no artigo 174 da CF, para alterar o seu comportamento econômico a fim de alcançar o interesse público e promover a justiça social.

Pois bem, cabe retomar o conceito de um fundamento que enseja a intervenção regulatória, a de externalidade. Esta compreende por ser a transferência dos custos decorrentes do exercício das atividades econômicas para terceiros, que não fazem parte do processo produtivo (SUNSTEIN, 2003, p. 41 *apud* PLACHA, 2007, p. 145).

Por exemplo, a poluição gerada por uma indústria que afeta os moradores de um vilarejo, seria uma externalidade negativa, enquanto que uma avenida pavimentada por uma grande empresa, e que beneficia a população de determinada região, seria uma externalidade positiva (TSCHÁ, 2016, p. 27).

Desse modo, a intervenção justifica-se, tendo em vista que o mercado se revelou insuficiente para atingir seus objetivos (PLACHA, 2007, p. 145), fazendo-se necessário a regulação para redirecionar os efeitos da externalidade para aqueles que participam da relação econômica, ou seja, internalizando os efeitos.

É neste lume que se fundamenta a intervenção do Airbnb, uma vez que os seus serviços causam externalidades negativas para o mercado de locação a longo prazo e para os vizinhos dos anfitriões.

Cannon e Chung expõem estudos que identificaram relevantes externalidades negativas na utilização do Airbnb em locais em que coexistem uma alta demanda por hospedagem para turistas com alta demanda por habitação regular, notadamente nas cidades de São Francisco e Nova York. Nessas cidades, foi constatado que nos bairros mais valorizados houve a redução da oferta de longo prazo em troca da disponibilização de apartamentos inteiros para aluguéis de curto prazo por meio do aplicativo, o que provocou uma elevação desproporcional nos preços dos aluguéis de longo prazo, dificultando e até mesmo impossibilitando o usufruto do direito de moradia nessas regiões (RIBEIRO, 2016, p. 20-21).

Ademais, há os problemas com os vizinhos dos anfitriões, estes queixaram-se que não desejam transformar seus edifícios em hotéis e que não querem compartilhar o acesso a instalações comuns com totais estranhos (RANCHORDÁS, 2015, p. 459), bem como os moradores reclamam dos barulhos causados pelos usuários, dos turistas antissociais e dos proprietários exploradores, o que fez gerar em Barcelona, Espanha, uma onda de protesto contra o Airbnb e HomeAway (ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE RESORTS, 2016, p. 14).

Assim, os aluguéis por temporada têm como efeitos negativos o aumento dos valores dos aluguéis para quem pretende morar por mais tempo e a diminuição da oferta destes, prejudicando o mercado imobiliário de locação para moradia, bem como ainda gerar incômodos para os vizinhos devido à alta rotatividade dos usuários.

Diante do exposto, verifica-se a necessidade da regulação desta plataforma, pois ela apresenta um dos fundamentos da intervenção regulatória, qual seja, a externalidade. Esta, como afirma o Deloitte Report (2015, p. 66), não é uma falha que possa ser autorregulada pelo aplicativo, pois atinge membros da sociedade estranho ao mercado de compartilhamento, dessa forma, a regulação visará minimizar ou extirpar os danos causados a terceiros.

Por fim, a intervenção regulatória dessa economia compartilhada encontra-se dentro de um dos limites definidos por Floriano de Azevedo Marques Neto (2006, p. 13), o princípio da subsidiariedade, uma vez que a atuação do Estado só é necessária ante a insuficiência do mercado de alcançar os objetivos de interesse público, isto é, manter na normalidade os preços de locação de longo prazo e diminuir a alta rotatividade dos usuários/hóspedes.

4.3. REGULAÇÕES FIRMADAS PELO AIRBNB

Feitas essas considerações, sabe-se que a economia compartilhada ora estudada poderá ser regulada, por apresentar externalidades negativas, e que sua natureza jurídica é de locação. Logo, para que o Estado exerça o seu papel de agente normativo, concedido no texto constitucional, deverá haver modificação no texto da Lei 8.245/1991, gerando comandos imperativos a serem cumpridos pelo agente econômico, a fim de corrigir uma falha de mercado e alcançar o interesse público, mantendo, por conseguinte, o equilíbrio na economia.

Porém, antes de propor determinadas regras para uma possível regulação, cabe demonstrar os tipos de regulações que foram fechadas entre o Airbnb e outras cidades de alguns países, no qual visou a coleta e remessa de impostos ou a estipulação de regras inteligentes para o compartilhamento de casa de forma que viesse a estabilizá-lo e reafirmá-lo (AIRBNB POLICY TOOL CHEST 2.0, 2017).

Pois bem, conforme exposto no tópico 2.3 deste trabalho, a maioria das cidades determinaram prazos para a disponibilização dos imóveis para aluguel por temporada por

meio do aplicativo, a exemplo de Londres, com 90 dias por ano sem a necessidade de autorização do governo; Amsterdã, com limite de 60 dias por ano; e Nova York, com locação por período menor do que 30 dias se o proprietário do bem nele residir.

Entretanto, outras cidades regularam de forma diferente, de acordo com o Airbnb Policy Tool Chest 2.0, a plataforma firmou parcerias fiscais com mais de 275 jurisdições que passou a recolher e remeter quase um quarto de bilhão de dólares em impostos de hotel e de turismo ao redor do mundo (2017, p. 8).

É o que ocorre em Paris, a cidade além de ter fixado o prazo de 120 dias por ano para disponibilização dos bens para aluguel por temporada, sem a necessidade de permissão (AIRBNB POLICY TOOL CHEST 2.0, 2017, p. 13), fechou um acordo para recolher uma taxa turística no valor de € 0,83 por pessoa para cada dia de alojamento, sob o argumento de deixar o Airbnb mais alinhado com os hotéis da cidade (O GLOBO, 2017c).

Outras cidades que seguem essa política são Chicago e Los Angeles, naquela o Airbnb recolhe 4 por cento por estadia, cujo valor é revertido para um programa de habitação para sem-teto; já nesta cidade, o valor arrecadado também é revertido para os sem-teto, através de iniciativas de programas de habitação acessível e de baixa-renda (AIRBNB POLICY TOOL CHEST 2.0, 2017, p. 12).

E mais recentemente, a plataforma firmou parceria com a Cidade do México, em que ela cobrará um imposto por hospedagem do valor de 3 por cento da reserva em nome dos anfitriões e remete o montante ao tesouro municipal (*Ibidem*, p. 11).

Dessa forma, percebe-se a versatilidade e o engajamento do Airbnb em promulgar regulações junto com os governos locais, estando dispostos ao diálogo para melhor beneficiar a economia do turismo, não obstaculizar a prestação do seu serviço e atender as necessidades dos anfitriões e hóspedes.

É neste viés que deve ser pensada a regulação para o exercício dos serviços do Airbnb aqui no Brasil, visando sempre os princípios da ordem econômica constitucionais e a promoção da inovação tecnológica à luz do princípio da proporcionalidade, isto é, o novo desenho regulatório deverá ter como fim o interesse público, causar menor prejuízo para o consumidor e sociedade, além do que ser a justa medida entre os meios utilizados e os fins alcançados (CANOTILHO, 2003, p. 269-270 *apud* MELLO, 2009, p. 111), com o escopo de se evitar o processo da captura ou distorções de mercado causadas pela própria regulação (BINENBJOM, 2016, p. 196).

4.3.1. Projetos de Leis

Diante da polêmica protagonizada pelo setor hoteleiro e o Airbnb, o Governo brasileiro não ficou inerte e editou duas propostas de leis que visa regular o aplicativo. Uma tramita na Câmara dos Deputados (PL nº 6.431/2016) e a outra é de iniciativa do Senado Federal (PL nº 748/2015), ambas têm como objetivo alterar a seção que dispõe sobre o aluguel por temporada prevista na Lei 8.245/1991.

O projeto de lei de iniciativa da Casa dos Deputados Federais acrescenta à Lei do Inquilinato o artigo 48-A, que em caso de aprovação terá a seguinte redação:

Art. 48-A. A locação para temporada realizada por meio de sítio eletrônico ou plataforma congênere sujeita-se às disposições desta Seção. Parágrafo único. Caso se verifique, no município em que se situe o imóvel, a instituição de tributo cujo fato gerador seja a locação para temporada, competem ao sítio eletrônico ou à plataforma congênere a apuração, a retenção e o pagamento do valor respectivo, devendo tal importância ser discriminada em separado, para ciência do locatário.

A sua justificativa é baseada no caráter incontestável da mudança e da imposição que novos modelos econômicos impõem a sociedade e ao Estado, cabendo ao Poder Legislativo permitir o exercício da atividade econômica dos novos atores no setor de locação por temporada, dar segurança as partes e garantir que os impostos devidos dessa atividade sejam pagos de forma correta.

Por sua vez, o projeto de lei oriundo do Senado Federal visa alterar a redação do artigo 48 da lei supracitada, que se promulgada passa a dispor os seguintes termos:

Art. 1º. O art. 48 da Lei 8.245, de 18 de outubro de 1991, passa a vigorar com as seguintes alterações:
I- O atual parágrafo único passa a §1º, com a seguinte redação: “§1º No caso de a locação envolver imóvel mobiliado, constará do contrato caso o locatário solicite, a descrição dos móveis e utensílios que o guarnecem, bem como o estado em que se encontram”. II- São acrescentados os seguintes §§2º e 3º: “§2º **Não descaracterizam a locação para temporada: I- O oferecimento de**

imóveis residenciais para locação, em todo ou em parte, por meio de sítios eletrônicos ou aplicativos, observados o disposto no caput; II- A cobrança, em apartado, de valores como indenização das pessoas com limpeza. §3º O locador que prestar qualquer serviço regular de hospedagem deverá obter os cadastros do Ministérios do Turismo e os demais cadastros previstos em lei.”.

Esse PL tem como justificacão as modificaes sofridas no mercado pelas tecnologias *peer-to-peer*, sendo uma dessas alteraes o mercado de turismo, que experimentou mudanças decorrentes de empresas que fazem conexões diretas entre hóspedes e proprietários de residências, aumentando enormemente o rol de opes dos viajantes e proporcionando o compartilhamento de casas (*home sharing*).

Ela também visa evitar brechas na proliferao de hotéis ilegais por meio de anúncio em plataforma ou sítio eletrônico, ao dispor que não se pode entender locao por temporada a disponibilizao de unidades que prestem serviços regulares característicos de hotelaria, que não inclui eventual taxa de limpeza e a locao do espaço em si, bem como, objetiva contribuir para o desenvolvimento do turismo nacional, fornecendo aos viajantes acomodaes com preços acessíveis e criando nova fonte de renda para os cidadãos brasileiros.

Ante os projetos de leis e suas justificaes, percebe-se que o Poder Legislativo já entende a atividade econômica do Airbnb como o de locao, uma vez que a alterao  no texto da Lei 8.245/1991, e que nenhuma das propostas trazem noes que configurem afronta aos princípios da ordem econômica, ou seja, não visa embaraçar o serviço dos aplicativos com alta carga tributária ou requisitos para funcionamento, evitando, por conseguinte, uma posio de dominância do setor hoteleiro.

Ademais, ambas preveem que o serviço prestado pelo Airbnb e plataformas congneres  locao por temporada, a proposta da Câmara inclui o serviço como um aluguel por prazo determinado, já a do Senado estabelece que não descaracteriza a intermediao realizada por forma digital o aluguel por temporada, trazendo, assim, segurança jurídica e finalizando o debate de ser ou não um meio de hospedagem. Ainda, a Câmara dos Deputados estabelece a incidência de imposto sobre o serviço para os municípios que tiverem como fato gerador a locao por temporada, que deverá ser retido pelo próprio aplicativo.

Quanto a este último ponto, considera-se irrazoável cobrar um imposto sobre a locação por curto prazo, uma vez que o anfitrião já tem que declarar a renda oriunda desse serviço no Imposto de Renda, cuja a alíquota chega ao limite de 27,5% para pessoas físicas (REVISTA HOTÉIS, 2017), configurando, dessa forma, uma bitributação, tendo em vista que será cobrado duas vezes por entes federativos diversos o mesmo fato gerador. Assim, se o Estado quiser cobrar imposto sob este serviço, que regule uma taxa de turismo que seja revertida ao ente municipal, como acontece em outras cidades.

Destarte, ao analisar as duas propostas vê-se que nenhuma traz sanção pecuniária em caso de descaracterização de locação por temporada, logo, deveria haver uma imposição de multa a fim de constituir uma barreira para condutas oportunistas de pessoas tentando livrar-se das regulações impostas aos hotéis²⁰, além de ser uma afronta a determinação legal.

O Poder Público também deve se preocupar com os turistas e terceiros impactados com essa relação locatícia. Dessa forma, pode verificar-se a ausência de determinação de documentos que garantam segurança a esses indivíduos, como a certidão de antecedentes criminais e seguro para o imóvel e contra danos causados a terceiros.

4.4. PROPOSTA DE REGULAÇÃO PARA O AIRBNB

Em que pese os Projetos de Leis não apresentarem engessamentos na inovação tecnológica e nem obstar o desenvolvimento econômico advindo dela, essas propostas em apartado não resolvem os problemas aqui expostos, por isso propõe-se, ainda que seja desafiante regular uma economia compartilhada por ser um fenômeno recente e de rápida mutação, uma possível regulação nos seguintes termos:

²⁰APELAÇÃO CÍVEL – MANDADO DE SEGURANÇA – IMÓVEL UTILIZADO COM FINALIDADE HOTELEIRA – AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO LEGAL – IRREGULARIDADES CONSTATADAS EM BOLETIM DE INSPEÇÃO SANITÁRIA – RECURSO DESPROVIDO – SENTENÇA MANTIDA. O mandado de segurança está condicionado à ofensa a direito líquido e certo da impetrante. Por direito líquido e certo, entende-se aquele que se mostra inequívoco e comprovável de plano, sem necessidade de dilação probatória. Não estando demonstrada a existência de locação residencial no imóvel interditado pela autoridade tida por coatora, já que os contratos juntados aos autos não se prestam para tanto, não há como reconhecer ilegalidade do Auto de Infração e de Interdição, notadamente porque fulcrado em denúncia de irregularidades, posteriormente confirmadas pela autoridade pública. (TJ-MS - APL: 08006246620158120006 MS 0800624-66.2015.8.12.0006, Relator: Des. Eduardo Machado Rocha, Data de Julgamento: 06/10/2015, 3ª Câmara Cível, Data de Publicação: 06/10/2015)

a) A inclusão na definição de aluguel por temporada o serviço prestado pelas inovações tecnológicas, como já vem sendo tratado nas duas propostas, o que traz segurança jurídica não só para os consumidores como para as empresas de *startups*;

b) A manutenção da estipulação do prazo, previsto no *caput* do artigo 48 da Lei 8.245/1991, de 90 dias por ano para colocar em disponibilidade o mesmo imóvel no aplicativo para aluguel por temporada, pois evita-se o problema com possíveis diminuições de ofertas de locação a longo prazo e o aumento dos preços destas, como também, limita o fluxo de pessoas estranhas no condomínio, não incomodando os vizinhos. Medida adotada em outras cidades, como já relatado;

c) A previsão de sanção pecuniária para os locadores e o aplicativo que descumprirem o prazo de 90 dias e para os proprietários que desvirtuarem o instituto de locação por temporada com características de hotéis, além da exigência, neste caso, de atender todos os requisitos previstos à rede hoteleira estabelecidos na Lei 11.771/2008. Logo, com essa medida impedirá a criação de hotéis ilegais e a concorrência desleal;

d) A exigência de apresentação, além dos documentos já cobrados pelo aplicativo para cadastrar-se como membro, da certidão de antecedentes criminais e um seguro para danos causados na propriedade e contra terceiros, em que pese já existir a Garantia do Anfitrião dado pelo Airbnb, contudo, os seus requisitos de concessão são muito restritos, deixando desprotegido os usuários e terceiros;

e) Por fim, a possibilidade de se determinar o recolhimento de uma taxa de turismo revertido ao município em que se localiza a propriedade no valor de 3% a 5%, seguindo os passos dos outros países, como México e França, com o intuito de alinhar a prestação desse serviço a intensa tributação existente para os hotéis.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho teve como principal objetivo analisar a intervenção regulatória estatal sobre o serviço prestado pelo Airbnb e como ocorreria essa regulação, se com a criação de nova norma ou se com a utilização de normas já existentes no ordenamento jurídico brasileiro. Isso se explica pela preocupação que a rede hoteleira tem com a plataforma digital, por entender que esta presta serviço de hospedagem sem a devida regulação e sem ônus destinado aos hotéis, o que geraria uma concorrência direta e desleal.

Assim, constatou-se que o Airbnb é uma inovação tecnológica que faz parte do fenômeno denominado de economia compartilhada, em que esta caracteriza-se por ser uma nova forma de se fazer negócio baseada na confiança, cujo foco é compartilhamento de bens ou serviços que estão subutilizados, através de aplicativos de celulares e computadores, permitindo a valorização do uso frente a propriedade.

Por ter inovado os modelos de negócios, o *sharing economy* é considerado, na lição de Joseph Schumpeter, uma tecnologia disruptiva, tendo em vista que rompeu com as antigas lógicas econômicas e criou novas. Ademais, frisou-se que ele favorece a democracia participativa com a inclusão da sociedade no mercado, pois além de desenvolver novos empreendimentos, ele permite que qualquer indivíduo na posse de um *smartphone* consiga transacionar um bem ou serviço, tornando-se independente de empregadores, gerando renda e ampliando a concorrência.

Por sua vez, o Airbnb foi caracterizado como uma inovação disruptiva, pois provoca desarranjos no modelo de produção vigente, haja vista ser uma plataforma em que indivíduos disponibilizam parte ou todo de seu imóvel para outras pessoas, tendo como controle de serviço, o ranqueamento, que oferece maior proteção e segurança aos usuários. No entanto, esse modelo de serviço gerou polêmica nas cidades mundo afora, devido à falta de regulação e, em especial, o seu impacto no setor imobiliário, enquanto que no Brasil, foi devido a semelhança com o serviço de hospedagem.

Neste passo, estudou-se o instituto da intervenção sobre o domínio econômico, fazendo uma breve análise da sua evolução histórica, pois com a implementação do Estado Regulador, o ente concede aos particulares o exercício da atividade econômica, passando a ter uma atuação subsidiária, pautada em traçar diretrizes normativas e nas funções de fiscalização, incentivo e planejamento, de acordo com o artigo 174 da Constituição Federal, observando aos princípios e fundamentos da ordem econômica elencados no artigo 170 do mesmo diploma.

Dessa forma, foi determinado que a intervenção estatal só ocorre em área titularizada pelo setor privado, isto é, em atividade em sentido estrito, a qual é uma conduta do Estado que visa alterar o comportamento econômico espontâneo dos agentes, com o fito de prestigiar a livre concorrência e garantir o interesse público, podendo ser dividida por absorção ou participação, direção ou indução.

No entanto, o foco deste trabalho foi a forma indireta de intervenção, uma vez que o Estado não atuará como sujeito econômico e sim, exercendo sua função reguladora de criar princípios e regras de condutas para os agentes de mercado, a fim de se alcançar

o interesse público, os princípios constitucionais da ordem econômica e os direitos fundamentais e evitar comportamentos abusivos.

Ocorre que, como a intervenção regulatória interfere em direitos ligados à propriedade e à liberdade dos cidadãos, ela só vai acontecer quando o próprio mercado não estiver apto a concretizar de forma adequada e satisfatória os princípios que a orientam, ou seja, quando existir falhas de mercado.

Assim, concluiu-se que o Estado que tem atuação subsidiária só poderá regular a economia quando houver abuso do poder econômico, assimetria de informação, externalidades e quando for para promover o interesse público, por meio de mecanismos de regulação de entrada, preço, quantidade e qualidade, informação e banimento.

Contudo, a intervenção regulatória estará adstrita a limites, sem os quais poderão erradicar os princípios basilares da ordem econômica e da República Federativa do Brasil. Dessa forma, os princípios elencados no artigo 170 da Constituição Federal determinarão a atuação estatal ao mesmo tempo que traçarão limites ao ente para se evitar abusos do poder de império, através, em especial, dos princípios da propriedade privada, livre iniciativa e livre concorrência, além dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade.

Com isso, o Estado não pode editar normas que visem retirar a apropriação de bens e meios de produção, desrespeitando os limites da propriedade; impedir que indivíduos realizem e desenvolvam qualquer negócio ou profissão; e distorcer a livre concorrência, auxiliando no surgimento de posição de supremacia econômica, prejudicando os consumidores. Ademais, a intervenção só será possível se nela existir valores e interesse públicos que necessitam da atuação estatal, uma vez que não conseguiriam alcançar autonomamente, bem como a medida deve ser a mais adequada para prossecução dos fins, o cidadão ter a menor desvantagem possível e observar a justa medida entre os fins e os meios.

Diante do exposto, chegou-se à conclusão de que a economia compartilhada, apesar de apresentar mecanismos de autorregulação e regulação própria realizada pelas plataformas digitais, deverá ser regulada pelo Estado quando houver a impossibilidade ou incompetência do sistema livre de mercado produzir resultados que objetivem garantir a livre iniciativa, a livre concorrência, os interesses públicos e os demais princípios do artigo 170 da CF.

Ou seja, a intervenção econômica estatal nessa tecnologia se justificará quando presente um dos fundamentos da regulação, com fito de promover a concorrência leal

com outros serviços, evitar abusos de mercados e corrigir ações irracionais. Contudo, a intervenção regulatória deverá observar a preservação da inovação, como fator de desenvolvimento econômico, evitar o engessamento dessas tecnologias e assegurar o melhor resultado para os consumidores.

Neste diapasão, verificou-se que o Airbnb poderá sofrer intervenção econômica por parte do Estado, mas não nos moldes pleiteado pelo setor hoteleiro, que quer incidir para uma inovação tecnológica os mesmos parâmetros do setor tradicional, pois a natureza jurídica da plataforma não é de hospedagem, uma vez que ela não presta serviços de hospedagem previsto no §4º do artigo 23 da Lei 11.771/2008 e sim de locação, tendo em vista que o anfitrião cede à outra pessoa, por tempo determinado, o uso e gozo do seu espaço, incidindo no disposto no artigo 48 da Lei 8.245/1991, a locação por temporada.

Outrossim, a regulação realizada nos mesmos termos estabelecidos para os hotéis configuraria ofensa aos princípios da livre iniciativa, livre concorrência e defesa do consumidor, haja vista que a norma regulatória estaria tolhendo a faculdade do empreendedor de desenvolver seus investimentos e auferir lucros, gerando uma reserva de mercado dos *players* tradicionais e diminuiria o número de prestadores, ante a dificuldade de se preencher os requisitos para funcionamento, impossibilitando, por conseguinte, que os consumidores exerçam seu direito de escolha, bem como, os preços não seriam determinados pelo mercado e sim por deliberação das empresas dominantes e a incidência de alta carga tributária.

Com isso, o Estado Regulador não estaria atendendo ao seu papel de regular em benefício da sociedade, feriria os princípios constitucionais que deve ter como norte e configuraria crime contra a ordem econômica, de acordo com a Lei 12.529/2011.

Entretanto, concluiu-se que a plataforma digital ora analisada deverá ser regulada devido apresentar outra falha de mercado que foge ao direito antitruste, a externalidade, pois há a transferência dos custos da atividade econômica para terceiros estranhos a relação produtiva, pois a reserva de espaço por temporada gera efeitos negativos, aumentando os valores dos aluguéis para quem pretende residir por mais tempo, diminuindo a oferta de locação por longo prazo, bem como, gera incômodos aos vizinhos ante à alta rotatividade dos usuários. Desse modo, faz-se imprescindível a intervenção do Estado para redirecionar os efeitos da externalidade àqueles que participam da relação econômica.

Portanto, o Estado ao exercer seu papel de agente normativo, deverá modificar o texto da Lei 8.245/1991, inserindo comandos imperativos a serem cumpridos pelos

agentes econômicos, ou seja, a intervenção será por normas de direção, com fito de se corrigir uma falha de mercado, atingir o interesse público e manter o equilíbrio na economia, mas preservando a inovação tecnológica e seu desenvolvimento e evitando engessamento do serviço da plataforma, conforme o princípio da proporcionalidade.

Destacou-se o trâmite de dois projetos de leis que visam regular essa economia compartilhada, elas trazem alteração na Lei do Inquilinato, incluindo o serviço como um aluguel por prazo determinado e preveem ainda a cobrança de imposto sobre essa locação. No entanto, embora a alteração seja no diploma legal correto, a proposta da Câmara dos Deputados que visa incidir um imposto sobre esse tipo de aluguel geraria uma bitributação, uma vez que a locação é declarada no Imposto de Renda, além do mais, as duas propostas não trazem nenhuma sanção pecuniária para quem descaracterizar a locação por temporada com a implementação de hotéis ilegais e nenhuma medida de segurança para os terceiros e usuários.

Por fim, visando solucionar a falha de externalidade negativa, uma vez que os projetos de leis não a resolvem, e seguindo os passos de outras cidades, como Londres, Amsterdã, Cidade do México e Paris, foram propostas algumas premissas para regulação, ainda que desafiante regular um fenômeno recente e de rápida mutação, que são: a) a inclusão do Airbnb e serviços similares como locação por temporada na Lei 8.245/1991; b) a manutenção do prazo de 90 dias anuais para dispor do imóvel em aplicativos; c) a sanção pecuniária em casos de descumprimento desse prazo ou a configuração de hotéis irregulares; d) a apresentação de documentos, como antecedentes criminais e seguro da propriedade; e e) o recolhimento de uma taxa de turismo.

REFERÊNCIAS

AIRBNB CONCORDA EM COBRAR PEQUENA TAXA TURÍSTICA POR ALUGUÉIS EM PARIS. O Globo. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/economia/negocios/airbnb-concorda-em-cobrar-pequena-taxa-turistica-por-alugueis-em-paris-17296558>>. Acesso em: 1º nov. 2017c.

AIRBNB FIRMA PARCERIA COM CAMPINA GRANDE PARA AMPLIAR HOSPEDAGEM NO SÃO JOÃO DE 2017. Globo. Disponível em: <<https://g1.globo.com/pb/paraiba/noticia/airbnb-firma-parceria-com-campina-grande-para-ampliar-hospedagem-no-sao-joao-2017.ghtml>>. Acesso em: 29 set. 2017b.

AIRBNB LIMITA TEMPO PARA ALUGUEL EM LONDRES E AMSTERDÃ. O Globo. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/economia/airbnb-limita-tempo-para-aluguel-em-londres-amsterda-20574793>>. Acesso em: 30 set. 2017a.

AIRBNB PROCESSA NOVA YORK POR LEI QUE RESTRINGE ATUAÇÃO DA COMPANHIA. O Globo. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/economia/airbnb-processa-nova-york-por-lei-que-restringe-atuacao-da-companhia-20340232>>. Acesso em: 30 set. 2017b.

AIRBNB RECEBE DE APORTE DE US\$ 1 BI E O VALOR SOBRE PARA US\$ 31 BILHÕES. Canal Tech. Disponível em: <<https://canaltech.com.br/mercado/airbnb-recebe-aporte-de-us-1-bi-e-valor-sobe-para-us-31-bilhoes-90440/>>. Acesso em: 21 set. 2017a.

AIRBNB. **Airbnb Policy Tool Chest 2.0**, 2017. Disponível em: <<https://2sqy5r1jf93u30kwzc1smfqt-wpengine.netdna-ssl.com/wp-content/uploads/2017/05/AirbnbPolicyToolChestUpdate.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2017.

AIRBNB. Como Podemos Ajudar?. Disponível em: <<https://www.airbnb.com.br/help/article>>. Acesso em: 19 set. 2017b.

AIRBNB. Quem Somos. Disponível em: <<https://www.airbnb.com.br/about/about-us>>. Acesso em: 19 set. 2017a.

AIRBNB. Termos de Serviço de Pagamentos. Disponível em: <https://www.airbnb.com.br/terms/payments_terms>. Acesso em: 19 set. 2017c.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE RESORTS. **Airbnb – um modelo de negócio**. Disponível em: <<https://abr-resortsbrasil.com.br/airbnb-um-modelo-negocio/>>. Acesso em: 18 out. 2017.

BAPTISTA, Patrícia; KELLER, Clara Iglesias. **Por que, Quando e Como Regular as Novas Tecnologias?** Os desafios trazidos pelas inovações disruptivas. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 273, p. 124-163, set./dez. 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **A Ordem Econômica Constitucional e os Limites à Atuação Estatal no Controle de Preços**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 226, p. 187-212, out. 2001.

BINENBOJM, Gustavo. **Poder de Polícia Ordenação Regulação:** Transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BORNELI, Júnior. Airbnb vale mais do que qualquer outra rede de hotéis, você sabe o por quê?. Startse. Disponível em: <<https://conteudo.startse.com.br/mercado/juniorboneli/airbnb-vale-mais-do-que-qualquer-outra-rede-de-hoteis-voce-sabe-o-por-que/>>. Acesso em: 21 set. 2017.

BRASIL, Lei nº 11.771. Política Nacional de Turismo. Promulgada em 17 de setembro de 2008. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111771.htm>. Acesso em: 28 out. 2017.

BRASIL, Lei nº 12.529. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Promulgada em 30 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 15 out. 2017.

BRASIL, Lei nº 8.245. Locações de Imóveis Urbanos. Promulgada em 18 de outubro de 1991. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8245.htm>. Acesso em: 28 out. 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 5 de outubro de 1988. Contêm as emendas constitucionais posteriores. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Projeto de Lei do Senado nº 748/2015. Altera a Lei nº 8.245 de 18 de outubro de 1991. Senado Federal, 2015. Disponível em: < <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/124165>>. Acesso em: 30 out. 2017.

BRASIL. Projeto de Lei Nº 6.431/2016. Altera a Lei nº 8.245 de 18 de outubro de 1991. Câmara dos Deputados, 2016. Disponível em: < <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2116195>> . Acesso em: 30 out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Agravo Regimental nº RE nº 632.644. Relator: FUX, Luiz. 1º Turma. Publicado em 10 de abril de 2012. 15 p. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1978810>>. Acesso em: 27 out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 422.941-2. Relator: VELLOSO, Carlos. 2º Turma. Publicado em 06 de dezembro de 2005. 44 p. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=368445>>. Acesso em: 10 out. 2017.

DELOITTE REPORT. **The sharing economy and the competition and Consumer Act,** 2015.

DUARTE JÚNIOR, Ricardo. Os princípios na ordem econômica da Constituição Federal de 1988. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/51897/os-principios-na-ordem-economica-da-constituicao-federal-de-1988/1>>. Acesso em: 3 out. 2017.

ESTADO DE NOVA YORK APROVA LEI QUE RESTRINGE ALUGUÉIS PELO AIRBNB. Globo. Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/noticia/2016/10/estado-de-nova-york-aprova-lei-que-restringe-alugueis-pelo-airbnb.html>>. Acesso em: 30 set. 2017a.

FÓRUM DE OPERADORES HOTELEIROS DO BRASIL. **O Fenômeno da Sharing Economy e a Hotelaria.** Disponível em: <<http://fohb.com.br/wp-content/uploads/2017/01/White-Paper-O-fen%C3%B4meno-da-Sharing-Economy-e-a-Hotelaria-.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2017.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988.** 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

GUIMARÃES, Patrícia Borba Vilar; SILVA, Lucas do Monte. **Autorregulação Jurídica no Urbanismo Contemporâneo: Smart Cities e Mobilidade Urbana.** Revista de Direito da Cidade, vol. 08, nº 04, 2016, p. 1231-1253.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Limites à Abrangência e à Intensidade da Regulação Estatal,** Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 4, nov/dez 2005, jan 2006.

MARTINS, João Victor Ruiz; RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. **Economia do Compartilhamento, Assimetria Informacional e Regulação Econômica Consumerista.** Revista de Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável, Curitiba, v. 2, n. 2, p.34-52, jul./dez. 2016.

MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Apelação nº 0800624-66.2015.8.12.0006. Relator: Des. Eduardo Machado Rocha. 3ª Câmara Cível. Disponível em: <<https://tj-ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/262218441/apelacao-apl-8006246620158120006-ms-0800624-6620158120006/inteiro-teor-262218462?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 27 out. 2017.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

MENDES, F. S.; CERROY, F. M. **Economia Compartilhada e a Política Nacional de Mobilidade Urbana: Uma proposta de marco legal.** Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/ CONLEG/Senado, Novembro/2015 (Texto para Discussão nº 185). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em: 28 set. 2017.

MOREIRA, Egon Bockmann, **O Direito Administrativo Contemporâneo e a Intervenção do Estado na Ordem Econômica.** Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 10, maio/junho/julho, 2007.

MOREIRA, Egon Bockmann, **Os Princípios Constitucionais da Atividade Econômica**. 103-111 f. In: CONCURSO PÚBLICO PARA PROFESSOR ASSISTENTE DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ. jun. 2006.

NEVES, Davi Guedes. Recessão contribui para o aumento da economia compartilhada. Canaltech. 02 out. 2017. Disponível em: < <https://canaltech.com.br/mercado/recessao-contribui-para-o-aumento-da-economia-compartilhada-101304/>>. Acesso em: 21 nov. 2017b.

NEVES, Ricardo Vasconcellos. Análise Jurídica: Uber como ferramenta de inclusão socioeconômica. 2016. 63 f. Trabalho de Conclusão de Curso – Curso de Direito, Universidade do Extremo Sul Catarinense, Criciúma, 2016.

NORONHA, Mariana Azevedo. **Economia Compartilhada e desafios de regulação**: Uma tipologia para regulações de plataformas tecnológicas de transporte individual. 94 f. Dissertação (Mestrado em Gestão e Políticas Públicas), Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2017.

OLIVEIRA, Diogo Pignataro; SILVA, Fabiano André de Souza; XAVIER, Yanko Marcus de Alencar. A Governança Pública e o Estado Regulador Brasileiro na Efetivação do Direito Fundamental ao Desenvolvimento. In: MENDONÇA, Fabiano André de Souza; FRANÇA, Vladimir da Rocha; XAVIER, YANKO, Marcus de Alencar (Org.). **Regulação Econômica e Proteção dos Direitos Humanos**: Um enfoque sob a óptica do direito econômico. Fortaleza: Fundação Konrad Adenauer, 2008, p. 41-89.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PLACHA, Gabriel. **A Atividade Regulatória do Estado**. 2007. 238 f. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico e Social) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2007.

PORTAL CONSUMO COLABORATIVO. Disponível em: <<http://www.consumocolaborativo.cc>>. Acesso em: 20 set. 2017.

PRICEWATERHOUSE COOPERS. **The sharing economy**. Disponível em: <<https://www.pwc.com/us/en/technology/publications/assets/pwc-consumer-intelligence-series-the-sharing-economy.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2017.

QUEIROZ, Lizziane Souza; MENDONÇA, Fabiano André de Souza. O Papel do Estado Regulador na Concretização dos Direitos Fundamentais. MENDONÇA, Fabiano André de Souza; FRANÇA, Vladimir da Rocha; XAVIER, YANKO, Marcus de Alencar (Org.). **Regulação Econômica e Proteção dos Direitos Humanos**: Um enfoque sob a óptica do direito econômico. Fortaleza: Fundação Konrad Adenauer, 2008, p. 121-148.

RANCHORDÁS, Sofia. **Does sharing mean caring? Regulating Innovation in the Sharing Economy**. Tilburg Law School Legal Studies Research Paper Series, Tilburg, n. 06, p.01-63, 2015.

RIBEIRO, Bruno Santos. **Princípios e desafios para regulação da economia do compartilhamento, com substrato da teoria responsiva e enfoque na atuação do aplicativo Uber**, 74 f. Trabalho de Conclusão de Curso – Curso de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2016.

SALOMÃO, Karin. Airbnb Movimentou R\$ 2 Bilhões no Brasil em 2016. Exame. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/negocios/airbnb-movimentou-r-2-bilhoes-no-brasil-em-2016/#>>. Acesso em: 29 set. 2017.

SANTOS, Raiza O. Airbnb Desperta Polêmica no Setor Hoteleiro. Revista Hotéis. Disponível em: <<http://www.revistahoteis.com.br/airbnb-desperta-polemica-no-setor-hoteleiro/>>. Acesso em: 25 out. 2017.

SCANDIUZZI, Ana Carolina Fialho. **Os Desafios Regulatórios da Economia do Compartilhamento**. 2016. 49 f. Trabalho de Conclusão de Curso – Curso de Direito, Escola de Direito de Brasília, Brasília, 2016.

SCHOR, Juliet B. **The Sharing Economy: Reports from stage one**. 2015. Disponível em: <https://www.bc.edu/content/dam/files/schools/cas_sites/sociology/pdf/TheSharingEconomy.pdf>. Acesso em: 26 set. 2017.

SENA SEGUNDO, Oswalter de Andrade; FRANÇA, Vladimir da Rocha. Estado Regulador e Estado Empresário: Coexistência e Possibilidades. In: MENDONÇA, Fabiano André de Souza; FRANÇA, Vladimir da Rocha; XAVIER, YANKO, Marcius de Alencar (Org.). **Regulação Econômica e Proteção dos Direitos Humanos: Um enfoque sob a óptica do direito econômico**. Fortaleza: Fundação Konrad Adenauer, 2008, p. 91-120.

SILVA, Raphael Andrade; PAIVA, Matheus Silva da; DINIZ, Gustavo Saad. **Desafio Jurídico-Regulatórios e Economia Compartilhada: Elementos para uma reflexão crítica**. Scientia Iuris, Londrina, v. 21, p. 98-125, jul. 2017.

TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo: Método, 2011.

TSCHÁ, Mateos Kruchelski. **A (i)legalidade do aplicativo Uber**. 2016. 54 f. Trabalho de Conclusão de Curso – Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2016.

VECCHIO, Erik Dolan-Del. The Largest Hotel Companies as of 2016. Bisnow. Disponível em: <<https://www.bisnow.com/national/news/hotel/the-top-hotel-companies-as-of-2016-72277?single-page>>. Acesso em: 20 set. 2017.

VILLANOVA, Ana Luisa Ilha. **Modelos de negócio na economia compartilhada: Uma investigação multi-caso**. 2015. 126 f. Dissertação (Mestrado em Gestão Empresarial) – Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2015.