

RESPONSABILIDADE CIVIL NOS CONTRATOS DE TURISMO

Eduardo Walmsley Soares Carneiro

Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito do Recife, UFPE

Sumário: Introdução; 1 – Considerações Preliminares; 1.1 – Tratamento Constitucional do Turismo; 1.2 – O problema da qualificação do contrato: a busca de sua “causa”; 2 – A dinâmica do Direito do Consumidor nos contratos de turismo; 2.1 – Elementos essenciais do contrato; 2.1.1 – Partes; 2.1.1.1 – Consumidor-Turista; 2.1.1.2 – Agências de turismo e prestadores de serviços turísticos; 2.1.2 – Objeto; 2.2 – Deveres acessórios ao contrato; 2.2.1 – Dever de proteção e assistência; 2.2.2 – Dever de informação e publicidade; 3 – Responsabilidade civil das agências de turismo e dos fornecedores de serviços turísticos; 3.1 – Serviço defeituoso e ineficiente; 3.2 – A Responsabilidade civil nos contratos de consumo; 3.2.1 – Limitações de Responsabilidade nos âmbitos legal e contratual; 3.2.1.1 – A prevalência do CDC sobre os tratados e convenções internacionais e a inaplicabilidade do Código Brasileiro de Aeronáutica; 3.2.2 – Responsabilidade Solidária e Objetiva das agências de turismo; 3.2.3 – Férias frustradas; 3.2.4 – A irresponsabilização proposta pelo Projeto de Lei 5.120/2001; 4 – Conclusão; Referências

Resumo: Os contratos de turismo ganharam amplitude na sociedade moderna de consumo, porém tal pujança não se fez acompanhar de normas jurídicas específicas para regulamentar as relações existentes. Somente com o Código de Defesa do Consumidor tornou-se possível garantir uma maior segurança aos contratantes, com o amparo incondicionado daquele que é sempre vulnerável, o destinatário final. Assim, traçam-se as particularidades exigidas nos contratos de turismo: as responsabilidades própria, objetiva e solidária das prestadoras de serviços turísticos. Tramita no Congresso Nacional um projeto de lei que pode destruir todas as garantias arduamente conquistadas pelos usuários do turismo. Qualquer idéia que implemente uma “irresponsabilização” deve ser combatida e rechaçada frente à importância econômica e social desta modalidade contratual.

Palavras-chave: contrato de turismo, direito do consumidor, responsabilidade civil, solidariedade.

Introdução

O turismo, hoje, é responsável por uma parcela significativa da circulação de pessoas e valores financeiros em todo o mundo. Estudos apontam que a

tendência de crescimento do setor, nos próximos anos, supera qualquer outro, como se pode perceber da análise dos dados informados pelo Banco Central, os quais indicam que, no ano de 2006, as despesas dos turistas brasileiros no exterior alcançaram o montante de US\$ 5,764 bilhões, valor mais alto já registrado pelo BC, que mantém essas estatísticas desde 1947.¹

A explicação do fenômeno encontra-se associada à evolução tecnológica, responsável por duas de suas principais causas: a primeira refere-se ao fato de que em virtude da substituição do homem por equipamentos, àquele resta mais tempo livre, motivando-o à busca por atividades de lazer; a segunda causa trata da existência de meios de transportes cada dia mais econômicos e com capacidades crescentes, o que ocasiona a diminuição dos custos e, assim, o aumento dos turistas.

Entretanto, a saliência econômica do turismo não é acompanhada pela realidade normativa, no tocante ao ordenamento jurídico pátrio. Até o fim da década de oitenta, escassas leis e convenções internacionais regulamentavam a atividade no país, ainda assim, com bastante precariedade. A Constituição da República de 1988, por sua vez, passou a reconhecer juridicamente a importância do setor como fonte de relações jurídicas e fator de grande importância social e econômica. Nesse sentido, determinou a Carta Magna, em seu artigo 180, que “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios promoverão e incentivarão o turismo como fator de desenvolvimento social e econômico”.

A partir de então, começaram a despontar iniciativas com o propósito de definir as relações jurídicas decorrentes da atividade turística, despertando os interessados no setor para a necessidade de uma regulamentação firme a fim de garantir maior segurança jurídica. Importante passo foi dado com a entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990), norma objetiva que sistematizou as relações de consumo e a proteção do consumidor.

Apesar do alicerce conferido pelo CDC, os contratos de turismo enfrentam ainda inúmeras dificuldades para se solidificar no direito brasileiro, sobretudo diante do caráter transnacional que o negócio assume. Os problemas surgem dos mais diversos segmentos: desde o significado real e objetivo do vocábulo ‘turismo’ até a confusão desta modalidade contratual com os contratos de transporte, seguro, hospedagem e tantos outros.

¹ Brasileiro gastou mais de R\$ 1 bi no exterior. Jornal do Commercio, Recife, 24 mar. 2007. Economia, p. 9.

A partir das respostas alcançadas paulatinamente no presente estudo, buscar-se-á, com destacada ênfase “consumerista”, verificar o papel da responsabilidade civil diante do destinatário do contrato em questão, os turistas.

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

1.1 Tratamento constitucional do Turismo

Em tempos de globalização, o constituinte brasileiro percebeu a notável capacidade de ingresso de capital e criação de empregos que o setor turístico proporciona e, com isso, o elevou ao *status* de norma constitucional, nos seguintes termos:

Art. 180. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios promoverão e incentivarão o turismo como fator de desenvolvimento social e econômico.

Do enunciado transcrito, sobressaem três princípios norteadores da atividade turística, quais sejam: a) fator de desenvolvimento social e econômico; b) promoção estatal e c) o incentivo do Estado.

Como mola propulsora do desenvolvimento, o turismo deve figurar necessariamente no universo das escolhas administrativas e legislativas para se alcançar a prosperidade social e econômica. Visivelmente, repete-se aqui a opção pela coexistência harmônica entre os pares dialéticos da livre iniciativa e da função social. Por essa razão, as iniciativas governamentais não poderão limitar-se a uma abordagem economicista, devendo, simultaneamente, satisfazer outro objetivo fundamental da República: a redução das desigualdades sociais.

Promover uma atividade significa dar impulso, fazê-la avançar. Sendo assim, o papel do Estado na atividade do turismo vem a ser o de criar condições para o seu crescimento, acompanhando sua evolução e propiciando a infraestrutura adequada para o constante aprimoramento. Surge, então, a dúvida se a atuação estatal resume-se à fiscalização da iniciativa privada ou se ultrapassa a fronteira do estado mínimo.

No atual regime constitucional brasileiro, ao mesmo tempo em que se protegem os princípios da ordem econômica, também constituem fundamen-

tos da República a soberania, a cidadania e a dignidade da pessoa humana. Assim, deve o Estado respeitar a livre iniciativa e a livre concorrência, além de garanti-las, mas pode intervir para assegurar o respeito aos demais fundamentos e princípios de mesma hierarquia. Certo é que o art. 180 constitui verdadeira autorização constitucional para eventual exploração da atividade turística pelo Estado, na forma do art. 173, sempre no interesse do desenvolvimento social e econômico do país.

Além de promover o turismo, o Estado brasileiro deve também incentivá-lo. O estímulo, por sua vez, pode acontecer de diversas maneiras. Inicialmente, pode-se pensar no estímulo à qualidade, ou seja, procurar uma forma de exploração da atividade turística que não cause danos nem ao meio ambiente, nem ao patrimônio sócio-cultural, ao mesmo tempo em que agregue maior valor aos serviços. Em seguida, listam-se os incentivos econômicos. Nesse aspecto, compete ao Estado, em inúmeros casos, conceder financiamentos e diversos outros incentivos de reflexos financeiros.

No título atinente à organização do Estado brasileiro, reservou a Constituição dispositivo especial sobre a proteção do patrimônio turístico, *in verbis*:

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: (...)

VII – proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico;

VIII – responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

Para que se possa falar, eficazmente, em estímulo ao desenvolvimento turístico, torna-se fundamental uma política de identificação e preservação de ambientes geográficos adequados à exploração turística. Sobre essa matéria, a Constituição credita à União a disciplina das normas gerais, razão pela qual fora recepcionada a Lei nº 6.513/77, que dispõe sobre as áreas especiais e locais de interesse turístico, classificando-os de acordo com a sua finalidade. Uma vez editada a norma geral, as normas estaduais serão particularizantes, no sentido de adaptar os princípios, bases e diretrizes às peculiaridades regionais.

1.2 O problema da qualificação do contrato: a busca de sua “causa”

Pode-se afirmar que a dinâmica civilista atual carece de investigações sobre um elemento intrínseco e inegável de todo negócio jurídico: a sua causa. O Estatuto Civil pátrio parece se afastar das investigações sobre a função dos institutos jurídicos e essa tendência sustentada por Planiol e admitida por Antônio Junqueira² deve-se às dificuldades em se fixarem, seja o conceito, seja o papel jurídico da causa dos contratos. Entretanto, a extirpação desse elemento no Diploma civil não reflete sua pouca importância para a doutrina.

Do ponto de vista técnico, a causa consiste na mínima unidade de efeitos essenciais que caracteriza determinado negócio, sua função jurídica e sua qualificação contratual. Todo e qualquer instituto há de ter uma função para justificar a sua presença no ordenamento, seja de modo típico ou atípico. A principal serventia do elemento causal é, assim, a de ser utilizado como meio de recusa de proteção jurídica a negócios sem significação social.

Seguindo os parâmetros didáticos, Tepedino³ classifica o pacto em tela como um “contrato atípico, bilateral, oneroso, comutativo, caracterizado pela prestação de serviços especializados concernentes à organização de viagem para fins turísticos, celebrado entre operador de turismo ou agência de viagens, de um lado, e, de outro, o turista”.

No tocante à atipicidade do contrato de turismo, em face da autonomia causal em relação aos tipos contratuais predispostos pelo legislador brasileiro, exige-se do hermeneuta cautela e razoabilidade na solução das controvérsias e a busca do objetivo do negócio jurídico em jogo.

Nota-se que o elemento fundamental do contrato de turismo não é a motivação psíquica do agente, mas sim o fato de que o escopo, seja cultural ou laboral, implique numa transferência de responsabilidade para com a organização dos eventos que compõem o programa de viagem pretendido. Estamos falando de *obrigação de resultado*, o ponto norteador do contrato de turismo e principal responsável pela sua distinção frente aos demais tipos contratuais. Nessa esteira, a execução do contrato somente se completa quando o resultado final é atingido, quando o devedor cumpre de forma fiel o fim pretendido pela partes. A simples conduta, ainda que diligente, não satisfaz a obrigação assumida. Em consonância com esse entendimento, colacionamos o seguinte julgado:

² AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Negócio jurídico: existência, validade e eficácia. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 150 apud SILVA, Luciana Padilha Leite Leão da. A responsabilidade civil nos contratos de turismo em face ao código de defesa do consumidor. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 63.

³ TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade civil nos contratos de turismo. In: _____. Temas de direito civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 244.

RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA - VÔO INTERNACIONAL - ATRASO - APLICAÇÃO DO CDC.

- Se o fato ocorreu na vigência do CDC, a responsabilidade por atraso em vôo internacional afasta a limitação tarifada da Convenção de Varsóvia (CDC; Arts. 6º, VI e 14).

- O contrato de transporte constitui obrigação de resultado. Não basta que o transportador leve o transportado ao destino contratado. É necessário que o faça nos termos avençados (dia, horário, local de embarque e desembarque, acomodações, aeronave etc.).

- O Protocolo Adicional n.º 3, sem vigência no direito internacional, não se aplica no direito interno. A indenização deve ser fixada em moeda nacional (Decreto 97.505/89).

(STJ, REsp 151401/SP, 3ª T., DJ 01/07/2004, p. 188, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, grifos nossos).

No que tange aos contratos de turismo, percebe-se que o cliente pretende efetuar viagens nos padrões e datas estabelecidas. Caso contrário, a viagem fatalmente tornar-se-á sem função ou sem qualquer valor, saindo frustrado o contrato. A título de exemplo, de que adiantaria a um estudante chegar ao local da palestra depois de a mesma ter ocorrido? Ou como um trabalhador poderá viajar se o seu período de férias já foi ultrapassado? E por fim, qual será o valor de uma viagem para o Egito se o viajante não pode realizar o seu sonho de conhecer as pirâmides? Acompanhando a doutrina, Guinther Spode⁴ proclama:

O cliente, ao contratar, não sabe, e nem quer saber, que por trás do negócio realizado existe uma operadora de turismo, uma empresa aérea, uma transportadora terrestre, um ou vários hotéis. Esta transferência de responsabilidade é que gera a obrigação de resultado essencial (o consumidor quer exonerar-se das preocupações organizacionais da viagem, até porque ele, em geral, se sente mais seguro para viajar com a programação já contratada).

⁴ SPODE, Guinther. Turismo e o consumidor. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 9, n. 35, p. 136, jul./set. 2000, grifo do autor.

Encerrando essa questão buscam-se os bons ensinamentos de Tepedino⁵, *in verbis*:

Em outras palavras a finalidade turística serve aqui de premissa – já que a despreocupação é estado de espírito típico da viagem de turismo –, modo de caracterizar a obrigação de resultado essencial ao contrato, para cuja consecução depende o viajante de uma exoneração de preocupações organizacionais, transferindo-as, por isso mesmo, ao agente, operador de turismo ou agência de viagens.

Ainda na classificação exposta acima, a bilateralidade do negócio está presente na obrigação mútua de ambas as partes contratantes. É oneroso porque, com a prestação realizada, há uma diminuição do patrimônio dos contratantes, porém, em contrapartida, há também um benefício. A comutatividade está no fato de ambas as partes saberem, ao menos em tese, exatamente quais serão as obrigações assumidas. Não deve haver risco, não há o elemento surpresa nas prestações.

Cuida-se de contrato de duração, já que os serviços não se esgotam no ato de pactuar, mas se prolongam no tempo, com inúmeras prestações. Por fim, assumem os contratos de turismo a figura de *contratos de adesão*, pois trazem em seu texto condições pré-definidas imunes às alterações unilaterais, mormente as que possam satisfazer ao comprador. Nas próximas linhas, veremos que as cláusulas protecionistas atendem somente a agência vendedora, interessada em ter assegurado exclusivamente o seu lucro, livrando-se de quaisquer ônus futuros. Impede, no momento, discutir a inserção dessa modalidade contratual na sistemática do direito do consumidor, de forma a conseguir garantir a proteção do contratante hipossuficiente das armadilhas do fornecedor.

2. A DINÂMICA DO DIREITO DO CONSUMIDOR NOS CONTRATOS DE TURISMO

2.1. Elementos essenciais do contrato

No direito brasileiro não existem mais dúvidas quanto à incidência do Código do Consumidor nos contratos de turismo, sendo o turista o destinatário final

⁵ TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade civil nos contratos de turismo. In: _____. Temas de direito civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.246, grifo do autor.

do “pacote de viagem” consubstanciado na prestação de serviços oferecidos pelo operador ou pela agência de viagens. Para figurar nesse âmbito, a relação jurídica empreendida entre turistas e agências especializadas preenche os requisitos subjetivos e objetivos relativos ao vínculo de consumo, quais sejam:

2.1.1 Partes

2.1.1.1 Consumidor-Turista

Antes de qualquer análise aprofundada sobre o tema, convém esclarecer o que se entende por turista. Nem mesmo o auxílio do dicionário resolve tal agrura, como se percebe com a leitura dos significados ofertados pelo Dicionário Houaiss : “1 - indivíduo que faz turismo; 2 - regionalismo: aquele cuja presença é imprevisível e inconstante”

De fato, o turismo é um fenômeno recente como objeto de estudos e, embora antigo como fato socioeconômico e político-cultural, são escassos os trabalhos jurídicos dedicados à sua sistematização e à compreensão de sua disciplina.

As tentativas iniciais de conceituação do termo turismo em seu sentido vulgar referem-se apenas aos aspectos relacionados às viagens de lazer. Ainda hoje, parte da doutrina conserva tal entendimento e procura restringir a amplitude do tema à motivação da viagem. Logo, viagens de empresários a feiras, de enfermos a estabelecimentos hospitalares, ou de intelectuais a congressos não se constituiriam em ação turística porque motivados por objetivos profissionais ou por necessidade de sobrevivência.

Atualmente, desponta novo posicionamento no sentido de considerar turistas sejam quais forem os objetivos da viagem ou os sujeitos que desfrutam da realização das operações turísticas lucrativas. Isso porque, conforme dispõe Gustavo Tepedino⁶, “o entretenimento, a recreação e a viagem podem coexistir com o trabalho, de modo fluente, dinâmico e permanente, pois a existência de um não exige, em absoluto, a supressão do outro”. Nesse sentido, argumenta Wander Marotta⁷:

⁶ TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade civil nos contratos de turismo. In: _____. Temas de direito civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.242.

⁷ MAROTTA, Wander. Indenização do dano moral nos serviços de turismo. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 10, n. 37, p.210, jan./mar. 2001.

Não se tem distinguido a viagem 'feita por prazer', ou de 'de lazer', com a do executivo que, a serviço de sua empresa, adquire passagens aéreas, hospeda-se em hotéis, alimenta-se em restaurantes, a até mesmo adquire, nos intervalos, excursões 'a locais que despertam interesse'. Pode haver, nesses casos, perfeita concomitância entre a 'viagem profissional' – o chamado 'turismo de negócios' – com o turismo tradicional.

A divergência acima mencionada, na verdade, gira em torno da teoria que se adota ao analisar o conceito de consumidor: a teoria *finalista* ou *maximalista*.

Pela primeira, o direito do consumidor é o conjunto de regras que tem por finalidade proteger os seus tutelados, estes entendidos como as pessoas que adquirem, possuem ou utilizam um bem ou serviço para uso privado (pessoal, familiar ou doméstico), de modo a satisfazer suas necessidades pessoais e familiares, mas não os que obtêm ou utilizam bens para satisfação das necessidades de sua profissão ou da sua empresa.

Para os adeptos dessa posição não basta a destinação fática do produto ou serviço, com a retirada dele da cadeia de produção; é preciso ser também o seu destinatário econômico, não adquiri-lo para revenda ou uso profissional. Defende tal posicionamento a professora Cláudia Lima Marques⁸:

O destinatário final é o Endverbraucher, o consumidor-final, o que retira o bem do mercado ao adquirir ou simplesmente utilizá-lo (destinatário final fático), aquele que coloca um fim na cadeia de produção (destinatário final econômico) e não aquele que utiliza o bem para continuar a produzir, pois ele não é o consumidor-final, ele está transformando o bem, utilizando o bem para oferecê-lo por sua vez ao seu cliente, seu consumidor.

Por outro lado, pela corrente maximalista, não se faz a restrição acima vista; leva-se em consideração, simplesmente, se o consumidor que adquire

⁸ MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 279, grifo do autor.

ou utiliza produto ou serviço é o destinatário final da coisa, independentemente se o objetivo do ato é a satisfação de suas necessidades pessoais ou profissionais.

Para facilitar a compreensão, pensemos em um advogado que compra um *pacote de viagem* para participar de um congresso de direito, a ser realizado em outra cidade. Para a primeira corrente, provavelmente, não seria esse contrato de consumo, já que o conhecimento obtido pelo profissional seria repassado para a sua atividade; para o segundo movimento, e levando em consideração que o profissional é o destinatário final das informações, há sim uma relação de consumo.

A nosso ver e com todo o respeito às opiniões em contrário, a Lei n.º 8.078/90 acolhe essa segunda corrente (maximalista), já que no conceito de consumidor (art. 2.º) coloca-se como requisito apenas a destinação final do produto ou serviço.

Por fim, vale acrescentar que, por recomendação da ONU, a União Internacional dos Organismos Internacionais de Turismo (UIOOT) estabeleceu o termo *visitante* como gênero, enquanto os vocábulos *excursionista* e *turista* figuram como espécies do primeiro.

A categoria de excursionista caracteriza-se pelo fato único de não pernoitar no receptivo visitado. Já a denominação turista indica o indivíduo (sem distinção de raça, sexo, língua e religião) que ingressa em município diverso daquele em que tem residência habitual e nele permanece pelo prazo mínimo de 24 (vinte e quatro) horas e máximo de 6 (seis) meses, no transcorrer de um período de 12 (doze) meses, com finalidade de turismo, recreio, esporte, peregrinações religiosas ou negócios, mas sem o propósito de imigração.

Traçado um dos pólos da relação de consumo, convém, no momento, discorrer sobre a outra parte, a agência de turismo.

2.1.1.2 Agências de turismo e Prestadores de serviços turísticos

Assim como o consumidor, a figura do fornecedor é essencial à configuração de uma relação de consumo, a permitir, sempre que necessário, a aplicação das normas excepcionais do CDC.

De acordo com a legislação pátria e conforme os serviços que estejam habilitados a prestar, as agências de turismo classificam-se em duas categorias: as agências de viagens e turismo e as agências de viagem. As primeiras

correspondem às operadoras de turismo, conhecidas internacionalmente como *tour operators*, e possuem competência privativa para operação de viagens e excursões, individuais ou coletivas, compreendendo a organização, contratação e execução de programas, roteiros e itinerários do Brasil e do exterior. A operadora turística, ao elaborar o pacote turístico, efetua contratos com hotéis, transportadoras e demais empresas do ramo, o que requer conhecimento do mercado, tanto da oferta de prestadores de serviços turísticos, quanto da demanda de turistas.

Por outro lado, a segunda categoria refere-se às agências de viagem, que têm como função primordial proporcionar aos turistas todos os elementos para a realização de viagens seguras e bem-organizadas. De acordo com o Decreto n.º 84.934, de 21 de julho de 1980, compreende-se agência de turismo a sociedade que tem como objetivo social exclusivamente as seguintes atividades:

I – venda comissionada ou intermediação remunerada de passagens individuais ou coletivas, passeios, viagens e excursões; II – intermediação remunerada na reserva de acomodações; III – recepção, transferência e assistência especializadas ao turista ou viajante; IV – operação de viagens e excursões, individuais ou coletivas, compreendendo a organização, contratação e execução de programas, roteiros e itinerários; V – representação de empresas transportadoras, empresas de hospedagem e outras prestadoras de serviços turísticos; VI – divulgação pelos meios adequados, inclusive propaganda e publicidade, dos serviços mencionados nos incisos anteriores.

Sendo assim, a agência de viagem e turismo organiza a prestação de serviços turísticos junto aos demais fornecedores de serviços do contrato, vendendo ao consumidor este aparelhamento sob a forma de pacote turístico. Já a agência de viagens apenas revende ao consumidor o pacote coordenado pela operadora de turismo. Em harmonia com tal posicionamento, manifesta-se Cláudia Lima Marques⁹:

⁹ MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 454, grifo do autor.

Desde 1985, a jurisprudência estrangeira diferencia contratos de organização de viagem ou contratos de viagem turística e contratos de intermediação de viagens. Tratando-se de um contrato de organização de viagens, responsabiliza a agência de viagem pela conduta de qualquer prestador de serviços envolvido na viagem turística, prestador este que considera como um 'auxiliar' da agência. No Brasil, a jurisprudência vem também responsabilizando solidariamente as agências de turismo, em caso de falha na prestação do serviço por fornecedor direto, por transportador aéreo e terrestre e por transportador marítimo.

Em resumo, a agência de turismo apresenta-se como sujeito indispensável à caracterização do contrato de consumo, tendo em vista que, na ponta da cadeia de fornecedores de serviços turísticos, figura como intermediária entre o consumidor e os prestadores de serviços turísticos.

Pode ocorrer, também, de o fornecedor ser pessoa jurídica que não exerça a atividade de agência de viagem. Supomos, então, uma associação ou uma cooperativa que, como fato isolado, planeja uma excursão para seus associados ou cooperados.

Apesar de não observarmos em um dos pólos da relação jurídica uma entidade que tenha como função primordial o fornecimento de serviços turísticos, haverá também, nesse caso, um contrato de turismo.

Irrelevante o fato de não ter essa pessoa objetivo de lucro. A lucratividade do negócio é matéria indiferente para caracterização do contrato de turismo, havendo apenas reflexos no campo da norma a ser aplicada e na responsabilidade civil. Isto porque o art. 3.º, §2.º, do CDC, estabelece que só haverá serviço quando ele for remunerado.

Assim sendo, caso não haja neste ato ou nesta atividade fins lucrativos, só haverá responsabilidade dos organizadores se tiverem agido com dolo (art. 392 do Código Civil). Imaginemos, por fim, o exemplo de uma comissão de formatura que organiza uma viagem de final de ano para os formandos. Nesse caso, se a viagem não for realizada, ou for, porém de forma diversa do planejado, só haverá responsabilidade da comissão de formatura se tiver agido com dolo.

2.2.2 Objeto

O objeto do contrato de turismo não é um bem corpóreo, mas sim as prestações de serviços, o prometido e esperado. Na verdade, o produto que está sendo negociado é o *pacote turístico* comercializado pela operadora de viagens. No momento da compra do pacote de viagem, o consumidor tem vantagens e desvantagens: o valor cobrado tende a ser inferior ao valor dos serviços, se adquiridos isoladamente; o consumidor não tem qualquer trabalho organizacional, pois tudo lhe é preparado e facilitado para que possa usufruir da viagem. Por outro lado, deve se amoldar ao tipo de viagem oferecida, com seus horários e passeios preestabelecidos. Com perspicácia, Gladston Mamede¹⁰ assim resumiu o objeto do contrato em destaque:

Antes de mais nada, são imateriais e intangíveis, não podendo ser vistos por quem vai contratá-los, a não ser por imagens que o identifiquem (...); quem os consome deles não se apropria, já que não são coisas; não pode ser revendido, e de seu consumo restam apenas lembranças.

O CDC nos arts. 4.º, III, e 51, IV, consagrou o princípio da boa-fé objetiva e, com isso, ampliou o objeto do contrato. O referido princípio assume, na verdade, uma função dúplice nos contratos de consumo: a primeira é a *criadora*, na medida em que desponta como fonte de novos deveres; a segunda é *limitadora*, pois restringe a liberdade de atuação dos sujeitos ao definir algumas condutas e cláusulas como abusivas.

Não é diferente com o contrato de turismo. Assim, não basta a prestação de serviços turísticos sem que estejam presentes ao lado do fazer principal, representado pelo pacote turístico, os deveres anexos de conduta, como o de informar, aconselhar, cuidar da segurança e da dignidade do consumidor, bem como não lhe obstar as expectativas legítimas.

A incidência do princípio da boa-fé objetiva na relação de consumo impõe igualmente a exigência de cooperação para alcançar os fins contratuais. Com

¹⁰ MAMEDE, Gladston. Direito do consumidor no turismo: código de defesa do consumidor aplicado aos contratos, aos serviços e ao marketing do turismo. São Paulo: Atlas, 2004, p. 34-35.

efeito, assume o organizador uma responsabilidade solidária por todos os atos praticados por si ou pelos terceiros que participam da realização do serviço.

2.2. Deveres acessórios ao contrato

Ausente qualquer dos requisitos previstos no tópico anterior a relação em questão não seria de consumo, porém de outra espécie (civil, comercial, tributária, trabalhista). No tocante aos contratos de turismo, verifica-se, de pronto, uma completa sintonia entre o conceito de consumidor oferecido pelo diploma em questão e o de turista apresentado no começo deste estudo. O mesmo ocorre em relação aos fornecedores e as agências de viagem, tanto as encarregadas da organização quanto as responsáveis pela intermediação. Já em relação ao objeto, as empresas encarregadas pelos contratos de turismo trabalham como a modalidade serviço, que se define como qualquer atividade prestada de um fornecedor para um consumidor, mediante remuneração, e que, no caso, vai desde a organização da hospedagem e do transporte até a realização de um simples passeio.

Depois da discussão acerca da perfeita incidência do Código das relações de consumo ao contrato ora em estudo, convém perquirir, no momento, os deveres acessórios inerentes aos contratos do consumidor.

1.1.1 Dever de proteção e assistência

Sem dúvida, com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor consagrou-se a incidência do princípio da boa-fé objetiva a todas as relações de consumo, restando prejudicada qualquer análise do elemento volitivo na atuação do fornecedor.

Substituiu-se no direito brasileiro, enfim, a teoria clássica da responsabilidade e a boa-fé subjetiva ou psicológica pela *teoria da confiança*, que se assenta na leal conduta dos contratantes.

Para tanto, as partes não poderão deixar de cumprir com os deveres principais e os secundários assumidos em virtude da avença, agindo com lealdade e na consecução dos fins visados por cada qual.

Na apreciação do princípio da boa-fé objetiva, deve o julgador analisar casuisticamente a conduta adotada pelas partes e a eventual quebra da

confiança ante a violação de uma regra que se acha implícita ou expressa no instrumento negocial, levando-se em conta a frustração ou não da legítima expectativa da outra parte, segundo as regras ordinárias de experiência.

Entre as obrigações secundárias das agências de turismo, estão o auxílio, a segurança e o bem-estar dos viajantes. Na nova visão contratual, não se admite que a obrigação do contratado seja apenas a venda dos bilhetes aéreos ou a reserva de hotéis.

Inclui-se nesse dever a obrigação da agência em prestar assistência ao cliente, seja na fase que antecede a viagem (por exemplo, preparando-lhe ao informando-lhe sobre os documentos necessários), seja na fase de execução do contrato, ajudando-o na solução das dificuldades surgidas durante a viagem.

No tocante ao estágio que antecede o início da viagem, importante frisar que a preparação dos documentos não é necessariamente uma obrigação da agência de turismo; todavia, dispondo-se a providenciá-los, deve agir com diligência, sob pena de responder pelos prejuízos causados ao consumidor.

Manifestou-se o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, nos autos da Apelação cível nº 2001.001.02976.9, sobre as conseqüências resultantes da falha desse dever acessório:

Apelação Cível. Indenizatória. Havendo prova nos autos de que o autor não conseguiu ingressar nos EUA por falta de visto para as filhas, e tendo contratado viagem com empresa que se comprometeu a fornecer a autorização para entrada no País, durante a viagem, quando a família estivesse no Canadá, surge clara responsabilidade da empresa. Cabe à fornecedora do serviço a prova da culpa exclusiva do consumidor, não bastando mera afirmação. Dano moral existente e bem valorado. Recurso desprovido. (TJRJ, 9ª Câmara Cív., AC 200100102976, Julgado em 21/08/2001, Rel. Des. Joaquim Alves de Brito).

Ao discorrer sobre a questão, o autor português Miguel Miranda¹¹ cita um julgado da *Cour de Cassation* francesa de 1979, onde se decidiu que:

¹¹ MIRANDA, Miguel. O contrato de viagem organizada. Coimbra: Almedina, 2000, p. 209 apud GUILARDES, Paulo Jorge Scartezini. Dos contratos de hospedagem, de transporte de passageiros e de turismo. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 246.

a agência organizadora tem a obrigação de tomar as providências necessárias a assegurar a execução do contrato e, sobretudo, em viagens no estrangeiro, de levar assistência ao seu cliente dentro dos meios de que disponha. Defendia-se, já que a fragilidade, que resulta para o cliente do simples facto de estar no estrangeiro, desconhecendo pessoas, costumes e formas de actuação que variam conforme o local de destino da viagem, deveria constituir argumento suficiente para justificar um dever de assistência ao cliente, por parte da agência organizadora.

Por fim, devemos ter em mente que o dever de assistência precisa ser entendido como uma obrigação de meio, não assumindo a agência o dever de resolver o problema do cliente, mas sim o de utilizar os meios necessários para tentar solucioná-lo.

1.1.2 Dever de informação e publicidade

Na formação dos contratos entre fornecedores e consumidores, sobressai, atualmente, em face do art. 4.º da Lei nº 8.078/90¹², o *princípio da transparência*. Nas palavras de Cláudia Lima Marques, “transparência significa informação clara e correta sobre o produto a ser vendido, sobre o contrato a ser firmado, significa lealdade e respeito nas relações entre fornecedor e consumidor, mesmo na fase pré-contratual, isto é, na fase negocial dos contratos de consumo”.

O ideal de transparência representou uma verdadeira *virada conceitual* dos tradicionais papéis assumidos pelos contratantes na relação de consumo. De um lado, o consumidor que necessitava atuar, informar-se, perguntar, conseguir conhecimentos técnicos ou informações suficientes para realizar um bom negócio, passou para a confortável posição de detentor de um direito subjetivo de informação (art. 6.º, III¹³), enquanto o fornecedor, que se

¹² “Art. 4.º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (...)”

¹³ “Art. 6º (...) III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre

encontrava na segura posição passiva, passou a ser sujeito de um novo dever de informação, titular de uma conduta ativa.

É dever do negociante fornecer todas as informações relativas ao contrato de consumo que se formará, assim como o seu desenrolar com a execução. Ensina Herman Benjamin¹⁴ que “a informação deve ser correta (verdadeira), clara (de fácil entendimento), precisa (sem prolixidade), ostensiva (de fácil percepção) e em língua portuguesa”.

Uma das mais eficazes formas de informação é a publicidade, podendo aparecer por meio de anúncios de mídia, na internet, em cartazes, *folders* distribuídos na via pública, etc.

Na área do turismo, é crucial o estudo do tema, já que, como bem lembra Miguel Miranda¹⁵:

As agências de viagem se colocam numa posição sobranceira relativamente ao turista/consumidor individual que, seduzido pelos programas cheios de imagens de lugares de sonho e oferecendo condições e preços aparentemente vantajosos, contrata com a agência a sua participação na viagem há muito ambicionada. Só mais tarde se aperceberá que, por detrás das lindas paisagens e descrições anunciadas, se encontra, por vezes, uma realidade bastante diferente da que havia imaginado.

É possível afirmar que a teoria da expedição da aceitação, que permeia o direito civil clássico, no qual a proposta somente passará a obrigar o negociante a partir da aceitação de seus termos pelo adquirente, evoluiu. Assim, para as relações de consumo, a simples oferta do fornecedor, diretamente realizada ou por meio de anunciante, vincula o mesmo aos seus termos.

os riscos que apresentem;”

¹⁴ BENJAMIN, Antônio Herman. Código de defesa do consumidor. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002, p. 245 apud MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 596.

¹⁵ MIRANDA, Miguel. O contrato de viagem organizada. Coimbra: Almedina, 2000, p. 36 apud GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini. Dos contratos de hospedagem, de transporte de passageiros e de turismo. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 247.

Portanto, com as mudanças trazidas pelo CDC, é possível afirmar que a publicidade, quando suficientemente precisa, tem efeitos de uma obrigação pré-contratual. Assim, nos termos do art. 30 da Lei n.º 8.078/90, deverá o fornecedor tomar cuidado com as informações que veicula tendo em vista que estas já criam para ele um vínculo, uma obrigação de manter a oferta nos termos em que foi disposta, sob pena de ter de cumprir forçosamente o contrato ou de efetuar o pagamento da indenização por perdas e danos.

A nova noção de oferta instituída pelo CDC nada mais é, portanto, que um instrumento para assegurar uma maior lealdade, maior veracidade das informações fornecidas ao consumidor.

Dentro do princípio da vinculação da publicidade, se adquirimos um pacote turístico que traga em seu folheto a foto de um hotel famoso, nesse estabelecimento deverão se hospedar os viajantes. Também, se consta do folheto publicitário a imagem de um determinado tipo de transporte, esse deve ser o meio utilizado pelos adquirentes da excursão.

A questão não é estranha aos tribunais brasileiros, conforme se extrai de decisão do extinto Tribunal de Alçada Civil de São Paulo:

Responsabilidade da empresa de turismo pela hospedagem do contratante em hotel de categoria inferior ao prometido. Aquele que, ao contratar com companhia de turismo viagem de lua-de-mel, prevendo a hospedagem de três, quatro ou cinco estrelas, acaba sendo hospedado em hotel de categoria bastante inferior, deve ser indenizado pelos danos experimentados, levando em conta lesão ao aspecto psicológico da vítima dada a situação especial do caso. (TACSP, Apelação n.º 786.921-6, 9ª Câmara, Rel. Hélio Lobo Júnior).

Por outro lado, é preciso ter cautela ao considerar defeituoso o serviço prometido pela agência de turismo. Isto porque se consta no instrumento contratual, de forma clara e em destaque, que aquele hotel ou aquele meio de transporte equivale a uma tarifa especial, diversa daquela paga pelo adquirente, não poderá o consumidor-turista exigir o tipo de serviço constante da informação.

O princípio da transparência, além de consagrar o dever de informar e prever a vinculação da oferta, manifesta-se ainda de outra forma: deve o cliente receber esclarecimento prévio sobre todas as condições da viagem, sobre as cláusulas do contrato e sobre os documentos necessários.

De fato, todo aquele que contrata tem o direito de ser devidamente informado, de maneira clara e precisa, sobre o negócio que realiza. Por exemplo, quem se hospedará num hotel ou pousada tem o direito de saber o número de dias da estada, bem como se terá direito a alguma refeição. Se houver limitações, elas deverão ser destacadas na oferta, como no caso dos serviços de lavanderia ou, então, as bebidas dispostas no interior do apartamento.

Essa exigência se faz presente em virtude de os contratos que envolvem a atividade turística serem, em regra, de adesão, e muitas vezes o consumidor se surpreende com a existência de uma cláusula que não lhe foi prévia e claramente informada.

Na verdade, só haverá vinculação do consumidor se ele tiver conhecimento antecipado de seu conteúdo. Isso significa dizer que se ao turista não foi dada oportunidade de avaliar determinada circunstância (por exemplo, que a condição para exercer o direito de desistência da viagem, com a devolução dos valores pagos, somente existe se o cancelamento ocorrer sessenta dias antes do início da viagem), não poderá o fornecedor se beneficiar dessa regra. Prevalece, nesse caso, o disposto no art. 46¹⁶ do Código das relações de consumo.

Não raro alguns fornecedores fazem constar de pequenos formulários que as cláusulas gerais do contrato estão disponíveis em endereços eletrônicos ou registradas em cartórios de títulos e documentos. Esse método não pode ser aceito, visto que não dá ao consumidor, previamente, o conhecimento do conteúdo do negócio jurídico.

É muito comum nos contratos firmados entre as agências e o consumidor-turista ter a indicação do hotel ou da companhia de transporte previstos naquele pacote, mas também constar que eles poderão ser substituídos por outros similares, a critério do fornecedor.

Não há qualquer fundamento legal nessa ressalva, já que há consumidores que levam em consideração, para o fechamento do negócio, o hotel ou o meio de transporte oferecido. Na escolha de um local de hospedagem não está em jogo apenas a qualidade do hotel e as facilidades de que ele dispõe para os seus hóspedes, mas também há de ser analisada a sua localização, bem como a proximidade com meios de transporte, como trens e metrô. Por exemplo, a que adianta um turista que se desloca para Nova Iorque com o intuito de

¹⁶ “Art. 46. Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.”

fazer compras se hospedar em um hotel cinco estrelas situado em plena via rápida do estado vizinho de Nova Jersey? A esse turista interessa mais um hotel, ainda que de qualidade bastante inferior ao primeiro, mas que esteja em plena *Manhattan*, próximo de tudo. No tocante à forma de deslocamento, não adianta fornecer outro meio de transporte da mesma categoria e conceito se a escolha do passageiro teve como razão de ser o programa de milhagem da companhia aérea original.

Assim, como reflexos do princípio da transparência, temos o *dever de informar* o consumidor, seja através da oferta publicitária, clara e correta, seja através do próprio texto do contrato, devendo o fornecedor dar oportunidade ao consumidor conhecer o conteúdo do negócio jurídico, sob pena de não vinculá-lo aos seus termos.

3. RESPONSABILIDADE CIVIL DAS AGÊNCIAS DE TURISMO E DOS FORNECEDORES DE SERVIÇOS TURÍSTICOS

1.1 Serviço defeituoso e ineficiente

Celebrado um contrato de turismo, no momento em que se dá a reserva dos serviços ou do pacote turístico, tem-se, de um lado, o turista consumidor dos serviços a serem prestados pela outra parte, o operador ou a agência de viagem, fornecedora dos respectivos serviços. Normalmente, espera-se que tudo ocorra como planejado. Isto é, que nenhum imprevisto surja e ponha em risco a execução do contrato, mas, em virtude da complexidade da matéria, podem ocorrer problemas, os quais precisam ser solucionados e reparados o quanto antes, a fim de não macular o contrato por inteiro. Surge, então, a discussão sobre a responsabilidade pelos ônus daquele negócio jurídico.

A teor do artigo 20 do CDC, o serviço prestado é considerado ineficiente (vicioso) quando há disparidade entre a sua prestação e as indicações encontradas na oferta ou mensagem publicitária. Podemos imaginar a situação em que a operadora não realiza ou atrasa um determinado passeio, altera de última hora o hotel, fornece meio de transporte em condições inadequadas ou um guia de viagem que não tem conhecimento histórico sobre os locais visitados.

De acordo com Paulo Jorge Scartezzini¹⁷, se as alterações do programa ocorrerem antes do início da viagem e tendo sido o consumidor delas informado, terá direito a: a) rescindir o contrato de viagem, com a devolução do valor pago; b) aceitar a alteração, com a devida compensação, se for o caso; c) aceitar outra viagem em substituição; d) exigir, se for possível, seu cumprimento, conforme pactuado. Em todas as situações poderá ainda o passageiro exigir, autônoma ou cumulativamente, indenização pelos danos sofridos, inclusive o moral.

Ocorre que o princípio da boa-fé objetiva, ao mesmo tempo em que concede inúmeras garantias ao consumidor, dentro daquela função criadora que vimos acima, também se manifesta limitando o direito subjetivo desse particular mais vulnerável. Assim, esse princípio restringe a faculdade do agente em utilizar norma existente no direito positivo sempre que essa utilização se mostrar mais gravosa para a outra parte e mais desvantajosa à função social que o contrato recebe.

Dentro dessa perspectiva, não poderia o consumidor, por exemplo, pedir a rescisão do contrato porque foi informado de que o avião sairá meia hora mais tarde do que o previsto, ou que não mais ocupará determinado quarto no hotel, mas sim outro equivalente. Cabe, então, ao julgador decidir de acordo com o caso concreto.

Se o cumprimento imperfeito ocorrer durante a execução do serviço, hipótese mais comum, deverá o consumidor pleitear a indenização pelos prejuízos sofridos ou o abatimento no preço, proporcional ao descumprimento.

Não estamos com isso afastando a possibilidade de pedido de rescisão ou de refazimento do serviço, todavia eles só deverão ser acolhidos quando as prestações iniciais se mostrarem totalmente inúteis.

Imaginemos o caso em que o consumidor deve ser hospedado em um hotel cinco estrelas e é alojado em outro de categoria inferior; deveria ter assistido a um espetáculo ou jantado em determinado restaurante e isso não acontece. Fora todos esses transtornos, as demais prestações combinadas foram devidamente cumpridas. Podemos visualizar, nesse caso, o cumprimento tolerável do contrato, mas se exigirá o abatimento do preço pago, pois, de qualquer forma, o serviço não foi realizado nos termos pactuados.

O extinto Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, através da sua 3ª Câmara Cível, entendeu que:

¹⁷ GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. Dos contratos de hospedagem, de transporte de passageiros e de turismo. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 268.

...é direito dos excursionistas o abatimento do preço, proporcional aos dias a menos que durou a excursão, dados os percalços e incidentes de viagem que ocorreram por responsabilidade da empresa de turismo encarregada de realizá-la reatando em desacordo com a que fora pactuado e as indicações constantes da mensagem publicitária de oferta que antecederá... (TARS, Emb. Infringentes, nº 594.125.007, Rel. Des. Osvaldo Stefanello, Julgado em 03/03/1995).

Por outro lado, pensemos numa excursão para algumas cidades do sul da França, com o intuito único de conhecer as vinícolas, os métodos de produção do vinho, os agricultores da região. Se esse grupo, ao chegar a Paris, for informado que o programa foi cancelado e que não mais farão as visitas às vinícolas, poderão os viajantes, em face da flagrante perda do objeto da viagem, pedir o imediato retorno, com o pagamento dos valores despendidos, sem falarmos em eventual dano moral.

Por conseguinte, os motivos pelos quais o usuário não aceita continuar a viagem, com as modificações propostas pelo organizador, devem ser razoáveis, isto é, quando as variações dispostas afetem de maneira significativa algum dos serviços essenciais do pacote turístico, comprometendo as expectativas legítimas do consumidor.

A agência vendedora do pacote de viagem, mesmo que não esteja suficientemente informada quanto à qualidade do serviço negociado, ainda que a sua prestação esteja a cargo de operadora que atue em local diverso daquele onde a agência se situa, a sua responsabilidade subsistirá, conforme disposto no artigo 23 do CDC. O vício que for apurado no futuro resultante de serviço ineficiente ou incompleto não exclui a responsabilidade do fornecedor, presumindo-se que este esteja ciente da capacidade de quem o prestou, já que o representa, na condição de intermediário. As palavras de Marques¹⁸ mostram-se fundamentais para o bom entendimento da questão:

A idéia de vício do serviço (...) se concentra na funcionalidade, na adequação do serviço prestado e não na subjetiva existência da diligência normal ou de uma eventual negligência do prestador de

¹⁸ MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 1164-1165.

serviços e de seus prepostos. A prestação de um serviço adequado passa a ser a regra, não bastando que o fornecedor tenha prestado o serviço com diligência.”

O E. Superior Tribunal de Justiça já acolheu tal doutrina conforme demonstrado no acórdão, *in verbis*:

RESPONSABILIDADE CIVIL. AGÊNCIA DE TURISMO. PACOTE TURÍSTICO. SERVIÇO PRESTADO COM DEFICIÊNCIA. DANO MORAL. CABIMENTO. PROVA. QUANTUM. RAZOABILIDADE. RECURSO PROVIDO. (...) Todavia, não menos certo igualmente é que não se pode deixar de atribuir à empresa-ré o mau serviço prestado, o descaso e a negligência com que se houve, em desrespeito ao direito dos que com ela contrataram. (STJ, REsp 304738/ SP, 4ª T., DJ 13/08/2001, p. 167, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira).

Ao falar sobre a responsabilidade sobre fato de serviço, Spode traz à baila o artigo 14, do CDC, o qual considera defeituoso o serviço que não oferece segurança que dele o consumidor pode esperar. Nesse sentido, afirma que o rol de circunstâncias relevantes dos incisos I a III do § 1.º são meramente exemplificativas e que o nó górdio da questão está no fato de que o consumidor, ao procurar uma agência, transfere a ela toda a responsabilidade, gerando uma obrigação de resultado essencial. Assim, do ponto de vista do consumidor, dar a impressão de que tudo correrá bem representa a essência do contrato de turismo.

3.2 A responsabilidade civil nos Contratos de Consumo

O sistema de responsabilidade civil, durante longos anos, não conseguia proteger os consumidores contra os riscos do consumo. Havia, na realidade, uma barreira que afastava a responsabilidade dos fornecedores, acostumados a praticar medidas abusivas, e tornava a atividade simples da compra e venda

de produtos e serviços uma verdadeira *aventura do consumo*¹⁹. Na verdade, a responsável por toda essa fragilidade do sistema de proteção jurídica da parte mais vulnerável era a *culpa provada*, ou seja, era preciso que o consumidor mostrasse o dolo/culpa do fornecedor para que ele fosse responsabilizado.

Com o advento do Código de Defesa do Consumidor, iniciou-se uma mudança significativa da sistemática de responsabilização, na medida em que os riscos do consumo foram transferidos para o fornecedor. Ficou estabelecida a responsabilidade objetiva para todos os casos de acidente de consumo, quer decorrentes do fato do produto, quer do fato do serviço. Por essa razão, podemos afirmar que o código das relações do consumo consagrou a *teoria do risco do empreendimento*, que se contrapõe à *teoria do risco do consumo*.

Pela *teoria do risco do empreendimento*, todo aquele que se disponha a exercer alguma atividade no mercado de consumo tem o dever de responder pelos eventuais vícios ou defeitos dos bens e serviços fornecidos, independentemente de culpa. A responsabilidade é originada do simples fato de dispor-se alguém a realizar uma atividade econômica, seja de produção, seja de estocagem ou distribuição. O fornecedor passa a ser o garante dos produtos e serviços que oferece no mercado de consumo, respondendo pela qualidade e segurança dos mesmos.

O consumidor não pode assumir os riscos das relações de consumo, não pode arcar sozinho com os prejuízos decorrentes dos serviços defeituosos, ou ficar sem indenização. Tal como ocorre na responsabilidade do Estado, os riscos devem ser socializados, repartidos entre todos, já que os benefícios são também para todos. Compete ao fornecedor, através dos mecanismos de preço, proceder a essa repartição de custos sociais dos danos. Fala-se na justiça distributiva, que compartilha eqüitativamente os riscos da sociedade de consumo no próprio meio social, através dessa alteração nos preços e ainda dos seguros sociais, evitando, assim, despejar esse enorme ônus na pessoa do consumidor individual.

Outrossim, discute-se se a responsabilidade civil teria uma função meramente *reparadora* ou se ela exerceria uma função *punitiva*. Entendo que ambas podem coexistir, pois não se excluem e nem apresentam primazia sobre a outra. O instituto da responsabilidade civil, quando confere um aspecto reparador, procura, invariavelmente, suprir ou, pelo menos, amenizar o prejuízo

¹⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 6. ed. São Paulo: Malheiros, p. 496, grifo do autor.

sofrido pelo lesado. Já a função punitiva atende menos ao interesse individual do ofendido e mais à sociedade como um todo, já que age em sintonia com a prevenção de condutas desconformes com a legislação.

O contrato de turismo por apresentar uma série de núcleos contratuais (transporte, hospedagem, alimentação, seguros, bilhetes para espetáculos, visitas a museus e exposições e outras atrações turísticas) gera algumas dificuldades na identificação da responsabilidade do agente de viagem em relação à segurança e ao sucesso do programa. Sendo assim, duas questões surgem frequentemente no exame dessa modalidade de negócio jurídico: a primeira consiste na limitação de responsabilidade prevista nestes contratos individualmente considerados e na tentativa de fazer prevalecer tais cláusulas em detrimento da proteção integral do consumidor, enquanto a segunda relaciona-se com uma pretendida transferência de responsabilidade da operadora da agência de turismo para os prestadores dos específicos serviços a serem desenvolvidos no decorrer da viagem.

3.2.1 Limitações de responsabilidade nos âmbitos legal e contratual

A fim de responder ao primeiro dos questionamentos suscitados, convém analisar a suposta hierarquia do CDC frente a tratados internacionais e a leis ordinárias anteriores ao seu implemento.

3.2.1.1 A prevalência do CDC sobre os tratados e convenções internacionais e a inaplicabilidade do Código Brasileiro de Aeronáutica

Aspecto imprescindível a ser analisado é quanto à hierarquia do Código de Defesa do Consumidor perante outras normas e tratados internacionais, que tratam de limitação de responsabilidade no tocante ao transporte aéreo nacional e internacional.

A Convenção de Varsóvia, introduzida no direito brasileiro pelo Decreto n.º 20.704, de 24 de novembro de 1931, posteriormente alterada pelo protocolo de Haia, dispõe que o transportador responde pelo dano ocasionado por morte, ferimento ou qualquer outra lesão corpórea sofrida pelo viajante, sempre que o acidente tenha ocorrido a bordo de aeronave ou no curso de quaisquer operações de embarque ou desembarque (art. 17). O transportador não será responsável se provar que tomou, e tomaram seus prepostos, as medidas necessárias para que não se produzisse o dano ou que não lhes foi possível tomá-las (art. 20).

Após a vigência do CDC, tornou-se polêmica essa indenização limitada. De um lado, há os que sustentam que, sendo integral o dever de indenizar estatuído pelo Código (art. 6º, VI), as hipóteses de responsabilidade tarifada restaram afastadas. De outro lado, os cultores do Direito Aeronáutico defendem o princípio de que, no conflito entre a lei interna e o tratado, prevalece este último.

No tocante ao segundo grupo, figura o professor Rui Stoco²⁰, que defende a sobrevivência da Convenção e dos pactos internacionais que lhe sucederam frente à legislação interna. Assim dispõe o douto jurista:

Sendo a Convenção de Varsóvia lei interna específica sobre transporte aéreo e dispondo o CDC genericamente sobre as relações de consumo e serviços, não regulamentando inteiramente a matéria de que trata aquela, subsume-se à perfeição ao disposto no § 1º do art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil (DL 4.657/42), de modo que a lei posterior só revoga a anterior quando expressamente o declare ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior. Não é o que ocorreu (...) Cabe acrescentar um último argumento. A formação e vigência de qualquer tratado ou convenção ao nível internacional depende de várias etapas ou fases (...). Portanto, o país subscritor de um tratado ou convenção compromete-se e empenha-se com outras nações às quais adere em unidade de intenções, prometendo tal e qual comportamento. Diante disso um tratado só pode ser revogado por lei interna após a deliberação nesse sentido e denúncia formal do tratado perante as demais nações convenientes, sem se deslembrar que alguns desses ajustes não permitem denúncia ou reservas, salvo mediante algumas condições.

Não obstante a excelência dos argumentos e a autoridade de quem provêm, divergimos, *data venia*, do entendimento do célebre Rui Stoco. É bem verdade que, há época em que a Convenção foi recebida no país, a existência de um teto para reparação dos danos teve como causa a percepção de que as companhias

²⁰ STOCO, Rui. Tratado de responsabilidade civil: responsabilidade civil e sua interpretação doutrinária e jurisprudencial. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 287.

aéreas, cujo desenvolvimento era ainda incipiente, não deveriam estar expostas aos rigores do direito comum. A insegurança do tráfego aéreo naquele período, origem de muitos acidentes, recomendava a adoção de regime jurídico especial para o transporte aéreo com a finalidade de estimular o aperfeiçoamento do setor. Afinal, a condenação ao pagamento de expressivos montantes de indenização a que estavam sujeitas as companhias aéreas ameaçava comprometer a sua consolidação, desaconselhando novos investimentos.

A realidade de hoje é diversa. Além de um maior número de equipamentos de segurança e controle do tráfego aéreo, há contratos subsidiários do principal, como o de seguro, que asseguram os danos diante da ocorrência de algum sinistro. Sendo assim, manifesto a nossa adesão ao grupo que defende a revogação da Convenção de Varsóvia em tudo aquilo que estiver em desacordo com a proteção dos direitos do consumidor. Entre nós, é grande defensor do primado do CDC o professor Sérgio Cavalieri Filho²¹, que proclama:

(...) a nossa Suprema Corte, desde o julgamento do RE 80.004, que se desenrolou de fins de setembro de 1975 a meados de 1977, firmou entendimento no sentido de que a Convenção, embora tenha aplicabilidade no Direito Interno Brasileiro, não se sobrepõe às leis do país. Logo, em face do conflito entre tratado e lei posterior, prevalece esta última, por representar a última vontade do legislador, (...). Desde então – e o Supremo Tribunal Federal ainda não mudou a sua posição –, parece-me não mais existir nenhuma sustentação para a tese do primado do Direito Internacional, pelo quê entendo também não mais ter aplicação entre nós a indenização limitada prevista na Convenção de Varsóvia.

Corroborando com o posicionamento ora exposto, observem-se os seguintes julgados:

RESPONSABILIDADE CIVIL. CANCELAMENTO DE VÔO INTERNACIONAL. NOVA CONEXÃO POR PAÍS CUJOS PAS-

²¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 341, grifo do autor.

SAGEIROS NÃO DETINHAM VISTO DE ENTRADA. ATRASO DE, PELO MENOS, 36 HORAS DA CHEGADA EM RELAÇÃO A HORA PREVISTA. DANOS MORAIS DEVIDOS. MULTA TARIFADA. DESCABIMENTO.

A quantificação da indenização por danos morais, decorrente de atraso de vôo, deve pautar-se apenas pelas regras dispostas na legislação nacional, restando inaplicável a limitação tarifada prevista na Convenção de Varsóvia e em suas emendas vigentes, embora possam ser consideradas como mero parâmetro. Hipótese em que, contudo, a indenização por danos morais foi fixada em valor exorbitante. Com a reparação dos danos morais e afastada a ocorrência de danos materiais, não tem cabimento a condenação da empresa aérea transportadora, por atraso de vôo, com base no art. 22 da Convenção de Varsóvia. Recurso especial conhecido e parcialmente provido. (STJ, REsp 575486/RJ, 4ª T., DJ 21/06/2004, p. 228, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, grifos nossos.)

Todo transporte aéreo realizado exclusivamente dentro do território nacional é disciplinado pelo Código Brasileiro de Aeronáutica, Lei n.º 7.565, de 19 de dezembro de 1986, cujos princípios, no que respeita à responsabilidade do transportador, não divergem daqueles que foram consagrados pela Conversão de Varsóvia. Tal como no transporte internacional, é limitada a responsabilidade do transportador, nos termos dos artigos 246 e 257 do CBA. Reiteramos, aqui, o que já ficou dito nos parágrafos anteriores: o Código do Consumidor derogou os dispositivos que estabelecem responsabilidade *tarifada* para as empresas de turismo. Apresenta posicionamento semelhante o desembargador Cavalieri Filho²²:

A questão, aqui, é bem mais singela do que no caso de conflito entre o Código do Consumidor e a Convenção de Varsóvia. O Código Brasileiro de Aeronáutica é lei nacional, tal como o Código do Consumidor, e, sendo este posterior àquele, há de prevalecer

²² CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 349, grifo do autor.

naquilo que dispôs de forma diferente. Não vale argumentar que o Código do Consumidor, por ser lei geral posterior, não derogou o Código Brasileiro de Aeronáutica, de natureza especial e anterior – lex posterior generalis non derogat priori speciali –, porque essa regra, além de não ser absoluta, não tem aplicação no caso em exame.

Além disso, o CDC, em observância a preceito constitucional (Constituição Federal, art. 5º, XXXII), veio para implantar uma política nacional de relações de consumo a fim de tutelar os interesses patrimoniais e morais de seus destinatários, bem como o respeito à sua dignidade, saúde e segurança. Ao assim fazer, disciplinou não só aquilo que ainda não estava disciplinado como, ainda, alterou a disciplina que já existia em leis especiais. Novamente é apresentada sobre o tema uma decisão do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

RESPONSABILIDADE CIVIL. TRANSPORTE AÉREO. EXTRA-VIO DE BAGAGEM. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. – Tratando-se de relação de consumo, prevalecem as disposições do Código de Defesa do Consumidor em relação à Convenção de Varsóvia e ao Código Brasileiro de Aeronáutica. Precedentes da Segunda Seção do STJ.

Recurso especial não conhecido. (STJ, REsp 538685/RO, 4ª T., DJ 16/02/2004, p. 269, Rel. Ministro Barros Monteiro)

As palavras de Tepedino²³ esclarecem e sintetizam a questão:

No direito brasileiro, todavia, como já se esclareceu, através de vozes majoritárias, em tema de responsabilidade do transportador aéreo, o Código de Defesa do Consumidor revoga o Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei nº. 7.505/86), bem como as convenções internacionais ratificadas pelo Brasil, em tudo que estiver em desacordo

²³ TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade civil nos contratos de turismo. In: _____. Temas de direito civil. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.256.

com a proteção dos direitos do consumidor, tutela inserida na ordem pública interna e expressa da norma constitucional.

3.2.2 Responsabilidade solidária e objetiva das agências de turismo

Superada a questão da verificação da culpa, já que o Código das relações de consumo adotou expressamente a responsabilidade objetiva, devemos analisar três condições que, sob a ótica da prestação de serviços, conduzem à responsabilização do fornecedor.

A primeira delas é a *colocação do serviço no mercado*, isto é, fazer ingressar em circulação comercial, dar início a um serviço potencialmente danoso e que possa causar lesões aos interesses dos consumidores. Em seguida, sobressai uma *relação de causalidade* entre a ação do fornecedor (ou a sua omissão) e o dano verificado. Ao fim, chegamos ao *dano ressarcível*, consubstanciado nos prejuízos efetivos, diretos e imediatos, e também nos lucros cessantes.

Assim, presentes essas três circunstâncias, não há o que se discutir sobre a responsabilidade do fornecedor. Surge, então, uma dúvida quanto à abrangência dessa responsabilidade.

Antes de qualquer solução para esse ponto, imaginemos o objeto do contrato de turismo, formado por uma série de núcleos (transporte, hospedagem, alimentação, seguros, etc.) e representado por uma cadeia de fornecedores. Há, sem dúvidas, para o turista algumas dificuldades na identificação da responsabilidade quando algo ocorre diferente do planejado.

Trazendo um exemplo prático, suponhamos um pacote turístico montado por uma agência de viagens, que dispunha de um hotel mal localizado, com quartos sujos e desprovido de conforto, ou de um meio de transporte deficiente, com péssimas condições de segurança. Nesse caso, deveria o consumidor se insurgir individualmente contra cada um dos prestadores de serviço ou teria a agência de viagem responsabilidade nessa relação? Sem maiores digressões, verificamos aí uma solidariedade da agência, na medida em que planeja mal a excursão e falha ao selecionar os fornecedores de serviço turístico.

Parece inegável que, uma vez definida a autonomia causal do contrato de turismo, a responsabilidade da operadora ou da agência de viagens independe das cláusulas estipuladas em cada um dos contratos que integram o pacote turístico, cabendo ao consumidor acionar qualquer um dos fornecedores dos

serviços, solidariamente responsáveis pela segurança e pelo atendimento do programa de turismo que lhe foi vendido. Manifesta-se Tepedino²⁴:

A agência de turismo responsabiliza-se pelo bom êxito do pacote, para isso contratado, sem prejuízo da responsabilidade contratual fixada em cada um dos serviços que o compõe e do direito de regresso que eventualmente poderá exercer contra outros agentes, co-responsáveis pelos serviços desenvolvidos no curso da relação contratual.

O art. 34 do CDC, segundo pensamos, também dá suporte a tal entendimento, ao dispor que “o fornecedor do produto ou serviço é solidariamente responsável pelos atos de seus prepostos ou representantes autônomos”. Assim, tanto quem vende – intermedeia – quanto quem organiza – opera – a excursão é responsável pelo que vende; agentes outros do contrato são “prepostos”, *strictu sensu*, ou “representantes autônomos”, o que, no caso, é desimportante, visto que ignorar o fornecedor os defeitos do serviço ou produto de seu representante, ou “agente vinculado”, não lhe exclui a responsabilidade.

E, sobre a responsabilidade da Agência de Turismo Operadora, dispõe o item 1.2 da Deliberação Normativa 161 da Embratur²⁵ (Anexo 1), em condições gerais:

A agência de turismo é diretamente responsável pelos atos de seus prepostos, inclusive os praticados por terceiros por eles contratados ou autorizados, ainda que na condição de autônomos, assim entendidas as pessoas físicas por ela credenciadas, tácita ou expressamente, limitada essa responsabilidade enquanto os autônomos ou prepostos estejam nos estritos limites de exercício do trabalho que lhes competir, por força da venda, contratação e execução do programa turístico operado pela agência.

²⁴ TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade civil nos contratos de turismo. In: _____. Temas de direito civil. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 255.

²⁵ BRASIL. Deliberação normativa nº 161, de 09 de Agosto de 1985. Ministério da Indústria e do Comércio - Empresa Brasileira de Turismo. Disponível em: <http://institucional.turismo.gov.br/portalmtur/opencms/institucional/legislacao/arquivos/deliberacao_normativa_n_161_85_09_agosto_1985.html>. Acesso em: 20 abr. 2008.

Cláudia Lima Marques²⁶, pretendendo conferir ao contrato de turismo contornos definitivos, chegou a admitir a existência de uma “nova responsabilidade” com nuances próprias, assumida pelo fornecedor que, no caso, são as próprias agências:

O resultado prático da inversão de papéis (da caveat emptor para a caveat venditor) e da imposição legal de novos deveres aos fornecedores, também no ramo de turismo, foi reconhecido pela jurisprudência de uma nova responsabilidade (própria e solidária) para as agências de viagens, as quais comercializam os chamados ‘pacotes turísticos’ e passam a ser responsáveis pela atuação de toda uma cadeia de fornecedores por elas escolhidos e previamente contratados.

Apesar da taxatividade do referido art. 34 do CDC, que abrange, inclusive, os atos de prepostos ou representantes autônomos, há parcela da doutrina que defende a *irresponsabilização* das agências de viagem, quando praticam o serviço de intermediação. Assim, caso a agência se limite a vender passagens aéreas ou, então, pacotes turísticos já formulados por outra empresa, estaria na condição de mera intermediária e, com isso, não responderia pelos atos e fatos de terceiros.

Para o professor Paulo Jorge Scartezzini²⁷, situações como esta não configuram sequer o contrato de turismo, pois a agência estaria atuando como mera representante de outra empresa (fornecedora final do serviço). Por essa razão, defende o autor paulista a inexistência de responsabilidade pela agência de viagem diante do descumprimento ou cumprimento imperfeito do contrato, pois se situa apenas como prestadora de um serviço de intermediação.

Para responder o problema que ora se apresenta, buscamos o auxílio da doutrina europeia. Sem sombra de dúvidas, o direito europeu se apresenta muito mais desenvolvido no que se refere ao turismo do que o nosso. A existência de legislação específica em cada estado-membro somada à profusão de diretivas da União Europeia sobre o assunto demonstram o avanço do tema turismo no velho continente.

²⁶ MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 455-456, grifo do autor.

²⁷ GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. Dos contratos de hospedagem, de transporte de passageiros e de turismo. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 274.

Em Portugal, por exemplo, o legislador previu, através do art. 39º, 3, do Decreto-Lei nº 209/97, uma responsabilidade objetiva e solidária entre a agência organizadora e a agência vendedora, podendo aquele que desembolsou o valor, regressivamente, cobrar do verdadeiro culpado.

Em comentário sobre esse artigo, e com a perspicácia que lhe é característica, o professor luso Miguel Miranda²⁸ diz que:

Na prática, isto implica que a agência intermediária, aquela com quem o cliente contratou uma viagem preparada por outra agência, pode ser responsabilizada objetivamente pelos prejuízos causados pelo incumprimento ou cumprimento defeituoso das obrigações próprias da agência organizadora e, também, objectivamente pelos prejuízos decorrentes da actuação dos prestadores de serviços durante a execução da viagem. Incide, pois, sobre a agência intermediária, uma responsabilidade objectiva, muito favorável aos interesses do cliente, dando-lhe a possibilidade de accionar diretamente aquela com quem contratou e de obter a reparação efectiva dos seus prejuízos, o que se revelará especialmente eficaz quando a agência organizadora e os diversos prestadores de serviços tenham sede no estrangeiro.

Importa, no momento, saber como nossos Tribunais se manifestam a respeito do tema. Desponta o seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

DANO MORAL. PAGAMENTO POR SERVIÇO DE TURISMO. INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. RESPONSABILIDADE DA AGÊNCIA DE TURISMO E DA OPERADORA. QUANTUM INDENIZATÓRIO BEM PONDERADO. Agência de turismo que divulga pacotes de serviços e celebra contratos com consumidores em nome de agência operadora daqueles serviços assume posição de preposta desta última, respondendo solidariamente pelos eventuais danos sofridos pelo consumidor, no caso de o serviço contratado não

²⁸ MIRANDA, Miguel. O contrato de viagem organizada. Coimbra: Almedina, 2000, p. 219 apud GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini, op. cit., p. 278.

ser prestado. Inteligência dos arts. 34 e 25, §1º, do Código de Defesa do Consumidor (...). (TJRJ, 16ª Câm. Cív., AC 200200129520, Julgado em 11/02/2003, Rel. Des. Edson Vasconcelos).

O Superior Tribunal de Justiça já pacificou tal entendimento, conforme demonstrado no acórdão, *in verbis*:

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE DO FORNECEDOR. CULPA CONCORRENTE DA VÍTIMA. HOTEL. PISCINA. AGÊNCIA DE VIAGENS.

- Responsabilidade do hotel, que não sinaliza convenientemente a profundidade da piscina, de acesso livre aos hóspedes. Art. 14 do CDC.

- A culpa concorrente da vítima permite a redução da condenação imposta ao fornecedor. Art. 12, § 2º, III, do CDC.

- A agência de viagens responde pelo dano pessoal que decorreu do mau serviço do hotel contratado por ela para a hospedagem durante o pacote de turismo.

- Recursos conhecidos e providos em parte. (STJ, REsp 287849/SP, 4ª T., DJ 13/08/2001, p. 165, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar).

Vale salientar que o CDC veda a denúncia à lide em seu art. 88, ou seja, a agência de viagem não pode propor que o pedido de ressarcimento seja feito no mesmo processo.

Assim, somente após indenizar o consumidor, poderá o agente de viagem, com base no parágrafo único do art. 13 do CDC, propor uma ação de regresso contra aquele fornecedor, que foi o verdadeiro responsável pelo evento.

É bom frisar que essa ação regressiva proposta pela agência que indenizou o consumidor, contra o fornecedor do serviço inadequado, não poderá ser fundada no Código de Defesa do Consumidor, já que entre os dois contratantes não há relação de consumo. É ainda importante dizer que o cliente, pelo princípio da boa-fé objetiva, deve colaborar com o organizador para que esse possa ser ressarcido dos valores desembolsados. Isto significa, por exemplo, que o consumidor dever fornecer documentos, prestar depoimento, etc.

Por fim, verbera o notável Rui Stoco que as empresas relacionadas com a atividade turística deverão assumir o risco integral pelos danos causados às

peças e coisas transportadas, eximindo-se exclusivamente por força maior ou caso fortuito (art. 393, parágrafo único do Código Civil).

De fato, apesar de não previstas expressamente na lei de proteção, tanto o caso fortuito quanto a força maior possuem força liberatória e, por isso, quebram a relação de causalidade entre o defeito do produto/serviço e o dano causado ao consumidor. Nesse sentido, mesmo antes da edição do código do consumidor, já se posicionava a doutrina²⁹.

Importante aqui apenas reforçar a idéia de que o requisito de inevitabilidade deve ser visto não através de um confronto com o “homem médio”, mas, no caso do turismo, em comparação com um profissional diligente, cuidadoso e que presta todas as informações necessárias ao consumidor.

Dessa forma, por evoluir o contrato em tela uma expectativa do cliente, baseada em uma obrigação de resultado, deve a agência sempre oferecer ao consumidor uma outra opção de viagem diante de alguma imprevisto. Não pode, simplesmente, sob pena de violar o princípio da boa-fé objetiva, abandoná-lo, com a alegação de impossibilidade de cumprimento de sua obrigação.

Decidiu o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro ser descabida qualquer indenização ao passageiro, já que comprovada a ocorrência de força maior. Consta da ementa:

Ordinária de indenização fundada na consideração de descumprimento de pacote turístico. Passeio cancelado em razão de condições meteorológicas adversas. Força maior configurada. Substituição por estadia em cidade próxima, em hotel de primeira classe. Integral cumprimento do contrato por parte da ré. Dano incomprovado. Improcedência. (TJRJ, AC 7.935/96-RJ, Rel Des. Amaury Arruda de Souza, Julgado em 11/03/1997).

Não se podem incluir nessa eximente de responsabilidade os casos do *overbooking* e do extravio de malas nos meios de transporte e de hospedagem. Essas situações, muitas vezes previsíveis, são causadas pelo próprio fornecedor do serviço, assumindo a organizadora da viagem uma co-responsabilidade.

²⁹ ALMEIDA, João Batista de. A proteção jurídica do consumidor. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 90.

3.2.3 Férias Frustradas

Além de tudo o que já foi dito sobre o dano material, importante nesse instante trazer algumas idéias sobre o dano não patrimonial no caso específico das viagens de férias.

A doutrina estrangeira reserva inúmeras expressões para designar o assunto: em Portugal, fala-se em *férias arruinadas*; na Espanha, *vacaciones malgastadas*; na Inglaterra costuma-se falar da *mental distress*; na Itália, *vacanza rovinata*³⁰ é a situação na qual a viagem de férias, tanto esperada e programada, acaba por frustrar as expectativas do viajante. Ao invés de repousar, descansar e se divertir, acaba por se irritar e se aborrecer.

Além da indenização pelos danos patrimoniais, que muito já se discutiu, convém traçar ainda algumas explicações sobre o dano moral, assegurado como direito fundamental e previsto no art. 5º, inc. V, da Carta Magna.

O tema é muito debatido na doutrina e na jurisprudência estrangeira, procurando-se, no que for possível, aceitar a indenização por esses danos. Na Itália, por exemplo, se mostra imprescindível a tutela dos danos não patrimoniais³¹, considerados aqueles derivados do incômodo e do sofrimento psicológico, que alteraram a presumida serenidade de uma viagem de férias.

Essa situação pode acontecer tanto antes da partida, com o cancelamento indevido da viagem, a alteração do roteiro ou a mudança dos prestadores de serviços, como também durante a execução do pacote, com o abandono do viajante no aeroporto, reiterados atrasos do prestador de serviços local ou na hipótese do guia local não falar a língua dos excursionistas.

A discussão, hoje em dia, consiste em saber qual espécie de prejuízo pode ensejar o pagamento de danos morais. Será que o simples fato de o consumidor não ter simpatizado com a decoração do hotel ou com o tempero da comida local é suficiente para gerar algum tipo de indenização?

É importante frisar que não são passíveis de indenização as frustrações, aborrecimentos e irritações de cunho puramente subjetivo de um consumidor. Além do mais, também não configuram descumprimento contratual os danos

³⁰ TAMBURINO, Simone. Il problema del risarcimento nel contratto di viaggio organizzato. Diritto & Diritti – rivista giuridica on line, Ragusa, febb. 2001. Disponível em: <<http://www.diritto.it/materiali/civile/tamburino.html>>. Acesso em: 27 abr. 2008.

³¹ TENAGLIA, Mauro Leo. Il danno da vacanza rovinata nella prospettiva della responsabilità contrattuale e extracontrattuale e del danno patrimoniale o non patrimoniale. Diritto & Diritti – rivista giuridica on line, Ragusa. Disponível em: <<http://www.diritto.it/art.php?file=/archivio/20624.html>>. Acesso em: 27 abr. 2008.

considerados absolutamente insignificantes, como o atraso de quinze minutos do funcionário da agência para pegar o passageiro de férias no aeroporto. No mais, podemos falar em danos morais, cabendo ao magistrado a quantificação desse dano.

Como exemplo de *férias frustradas*, o Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de se manifestar no seguinte *leading case*:

DIREITO DO CONSUMIDOR. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. VÍCIO DE QUALIDADE. ART. 20, CDC. VIAGEM TURÍSTICA. DANO MATERIAL E DANO MORAL DISTINÇÃO. OPÇÃO DO CONSUMIDOR. ADEQUAÇÃO À REPARAÇÃO DO DANO. RECURSO DESACOLHIDO.

I - Na prestação de serviços de viagem turística, o desconforto, o abalo, o aborrecimento e a desproporção entre o lazer esperado e o obtido não se incluem entre os danos materiais, mas pertencem à esfera moral de cada um dos viajantes, devendo a esse título ser ressarcidos.

II - Os danos materiais, que sabidamente se distinguem dos morais, devem recompor estritamente o dispêndio do consumidor efetuado em razão da prestação de serviços deficiente, sem o caráter de punir o fornecedor.

III - O direito de opção mencionado no art. 20, I a III do Código de Defesa do Consumidor, relaciona-se com a suficiência da reparação do dano, não devendo afrontar nem a proporcionalidade entre a conduta do fornecedor e o dano causado, nem o princípio que veda o enriquecimento indevido. (STJ, 4ª T., REsp 328182/RS, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 04/02/2002, p. 390).

Não há objetivamente um critério para a quantificação do dano moral, o que dá ao magistrado certa liberdade na fixação da indenização. Todavia, essa liberalidade não pode se confundir com arbitrariedade, devendo o julgador estipular um valor que amenize o sofrimento do viajante, porém sem caracterizar um enriquecimento indevido.

3.2.4 A irresponsabilização proposta pelo Projeto de Lei 5.120/2001

Encontra-se em trâmite no Congresso Nacional, inclusive com a aprovação da redação final na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei 5.120-C/2001 que, na contramão da defesa do consumidor, possui dispositivos que isentam as agências de viagens da responsabilidade pelos serviços que presta. Entre artigos aparentemente favoráveis, o que o projeto estabelece, realmente, é isenção de responsabilidade das agências, pelo não cumprimento dos serviços por ela intermediados.

O PL pretende afastar a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, reduzindo-o a mera aplicação subsidiária e acessória, conforme o atual artigo 11 do diploma. A limitação da responsabilidade encontra-se presente em inúmeros dispositivos, entre eles o artigo 14, *in verbis*:

Art. 14. Ressalvados os casos de comprovada força maior, razão técnica ou expressa responsabilidade legal de outras entidades, a Agência de Viagens e Turismo promotora e organizadora de serviços turísticos será a responsável pela prestação efetiva dos mencionados serviços, por sua liquidação junto aos prestadores dos serviços e pelo reembolso devido aos consumidores por serviços não prestados na forma e extensão contratadas, assegurado o correspondente direito de regresso contra seus contratados.

Esse dispositivo apresenta como exceções as modalidades mais comuns de ineficiência nos contratos de turismo. Exemplificando: no caso de força maior, se o hotel reservado sofresse um incêndio, não podendo continuar, por óbvio, a prestar seus serviços normalmente, a agência não tem qualquer obrigação de providenciar outro, nas mesmas características; no contexto de razão técnica, se o vôo não decola por motivos de manutenção e o passageiro perde um dia da viagem pela qual pagou integralmente, a responsabilidade é, única e exclusivamente, da companhia; já em relação à responsabilidade de outros, caso a companhia aérea pratique o famigerado *overbooking*, a agência se exime de qualquer responsabilidade.

Continuando, o artigo 17 determina que “os serviços turísticos para fruição no exterior, salvo quando seu prestador tiver representação no Brasil, serão de responsabilidade das Agências de Turismo que os operem ou vendam.” Como

sempre, para os menos atenciosos, parece que os artigos em questão trazem benesses ao consumidor, mas, pelo contrário, procuram enganar e ludibriar os leigos com exceções que representam verdadeiras regras na realidade atual. No dispositivo em comento, caso o passeio de *bateau mouche* em Paris, que eu contratei aqui, não acontece, a agência só responde se não houver, aqui no país, representação da empresa responsável pelo passeio.

Felizmente, em uma demonstração exemplar de que o sistema político brasileiro está assentado em bases sólidas, podemos assistir hoje a uma mudança de paradigma na discussão da legislação das Agências de Turismo no âmbito do Senado Federal.

Apesar de, em tese, ser a Câmara dos Deputados a representante direta dos anseios da população brasileira à medida que o Senado Federal preocupa-se antes de tudo com as expectativas dos Estados, a casa que verdadeiramente fez valer a posição do consumidor nacional foi o Senado. Explicamos.

Logo ao chegar à Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal, os parlamentares dessa casa perceberam o rumo desvirtuado que tomava o projeto de lei e, de pronto, realizaram diversas modificações. Entre elas destacam-se: a Emenda nº 2 deu nova redação ao art. 12 para explicitar a responsabilidade objetiva das Agências de Turismo pelos “danos causados nos serviços prestados diretamente ou contratados de terceiros e por estes prestados e executados”; a Emenda n.º 12 modificou o art. 11 do antigo projeto para ressaltar a incidência do CDC aos contratos de turismo, como forma de harmonizar o texto com a importância constitucional que o constituinte originário emprestara à matéria (art. 5.º, XXXII, da Carta Magna); além de outras supressões e mudanças que mudaram a “cara” daquele projeto arcaico que fora aprovado pela Câmara.

Todavia, as alterações mais radicais vieram em momento seguinte, quando transitou o projeto de lei na Comissão de Desenvolvimento Regional e Turismo. Ao ressaltar as importantes emendas realizadas pela CCJ, a CDR não se furtou em tecer inúmeras críticas ao projeto aprovado pela Câmara, acusando-o de ser manifestamente contrário à tutela dos consumidores.

Por essa razão, propôs a CDR a completa reformulação do projeto, para privilegiar a proteção do consumidor, excluindo-se os arts. 12, 13, 14 e 15 e ressaltando as emendas sugeridas pela CCJ e não prejudicadas por essas supressões. Nesse aspecto, fora retirado do projeto o artigo que excluía a responsabilidade das agências de viagem que atuava na condição de intermediária, ao vender serviços turísticos de terceiros, e também o dispositivo que

tornava amplas em excesso as exceções à responsabilidade das operadoras, pois tal grau de generalidade na ressalva levaria a regra da responsabilidade a sua ineficácia.

Destarte, procurou a comissão afastar qualquer tentativa de restrição da responsabilidade por parte das agências ou operadoras de turismo. Com essas alterações, espera o Senado Federal que a Lei das Agências de Turismo cumpra seu papel de regulamentar a atividade no Brasil, fomentando o turismo sem trazer prejuízo à defesa do consumidor de serviços turísticos.

4. CONCLUSÃO

A atividade turística nacional já mereceu toda espécie de tratamento pelo legislador ordinário, desde a patente intervenção do Estado na época do regime militar com a promulgação do Decreto-lei n.º 55/66, que fixou as bases da então Empresa Brasileira de Turismo – EMBRATUR, até os regulamentos mais liberais da década de 80, já sob os auspícios da nova ordem constitucional brasileira.

Essa constante mudança de paradigma impediu o desenvolvimento de um estudo sistematizado sobre o setor turístico e se reflete hoje nas inúmeras dificuldades enfrentadas no manejo do contrato de turismo.

Em verdade, a situação somente começou a mudar com a Constituição Federal de 1988 e, logo em seguida, com o código das relações de consumo, o qual trouxe em seu bojo a proteção incondicionada da parte mais vulnerável do contrato, o consumidor-turista.

Diante das profundas alterações trazidas pelos diplomas mais recentes, não paira qualquer dúvida quanto à atual responsabilidade objetiva e solidária da agência de viagem diante de algum defeito no serviço turístico prestado por toda a cadeia de fornecimento.

Entretanto, preocupou-nos a pretensa irresponsabilização das agências de turismo apresentada pelo PL 5.120/2001, aprovado pela Câmara dos Deputados, que previa a diminuição da proteção dada ao consumidor de serviços turísticos. Felizmente, o Senado Federal tem revertido o tratamento dado à matéria pelo projeto e novamente orientou a legislação para a tutela do ente mais frágil da relação.

É preciso ter presente que a redução do nível de proteção do consumidor de serviços turísticos não parece ser uma boa forma de fomentar o turismo.

Ao contrário, é razoável imaginar que a um ganho da indústria do turismo decorrente da redução da responsabilidade das Agências de Viagem corresponderia uma diminuição do número de potenciais turistas, causado pela redução da proteção ao consumidor viajante.

Nesse diapasão, devemos nos conscientizar da especial atenção que os contratos de turismo estão a merecer, seja pelo significado social – a transferência das preocupações de organização da viagem para uma empresa especializada a fim de assegurar a expectativa de realização plena de lazer, cultura, diversão e prazer – e econômico – a pujança do setor nos últimos anos –, seja pelas características singulares de que se revestem. E, por fim, torna-se imperioso rechaçar qualquer proposta legislativa no sentido de limitar a responsabilidade das empresas turísticas, sob pena de destruir todas as garantias arduamente conquistadas pelos usuários do turismo nos últimos tempos.

REFERÊNCIAS

Livros

ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

ATHENIENSE, Luciana Rodrigues. **A responsabilidade jurídica das agências de viagem**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

BAPTISTA, Silvio Neves. **Teoria geral do dano**: de acordo com o novo código civil brasileiro. São Paulo: Atlas, 2003.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini. **Dos contratos de hospedagem, de transporte de passageiros e de turismo**. São Paulo: Saraiva, 2007.

KHOURI, Paulo R. Roque A. **Direito do consumidor**: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

LISBOA, Roberto Senise. **Contratos difusos e coletivos**: consumidor, meio ambiente, trabalho, agrário, locação, autor. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MAMEDE, Gladston. **Direito do consumidor no turismo**: código de defesa do consumidor aplicado aos contratos, aos serviços e ao marketing do turismo. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. **Direito do turismo**: legislação específica aplicada. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. _____. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

QUEIROZ, Odete Novais Carneiro. **Da responsabilidade por vício do produto e do serviço**: Lei 8.078, de 11.09.1990. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

SILVA, Luciana Padilha Leite Leão da. **A responsabilidade civil nos contratos de turismo em face ao código de defesa do consumidor**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: responsabilidade civil e sua interpretação doutrinária e jurisprudencial. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade civil nos contratos de turismo. In: _____. **Temas de direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

Periódicos

Brasileiro gastou mais de R\$ 1 bi no exterior. **Jornal do Commercio**, Recife, 24 mar. 2007. Economia.

AMARAL JUNIOR, Alberto do. A invalidade das cláusulas limitativas de responsabilidade nos contratos de transporte aéreo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 7, n. 28, out./dez. 1998.

ATHENIENSE, Luciana Rodrigues. Responsabilidade solidária das agências de turismo segundo o Código de Defesa do Consumidor: Lei 8.078/90. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 10, n. 37, jan./mar. 2001.

MAROTTA, Wander. Indenização do dano moral nos serviços de turismo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 10, n. 37, jan./mar. 2001.

MATTEDI, Milton Carlos Rocha. Responsabilidade civil nos contratos de turismo. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Campos, ano 7, n. 8, jun. 2006.

NERY JUNIOR, Nelson. Os Princípios Gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. **Revista do Direito do Consumidor**, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 1, n. 3, jul./set. 1992.

SPODE, Guinther. Turismo e o consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 9, n. 35, jul./set. 2000.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Pacote de viagem: vício do serviço e decadência do CDC. **Revista Jurídica**. São Paulo, Moderna, v. 48, n. 279, jan. 2001.

Meio eletrônico

BRASIL. Deliberação normativa nº 161, de 09 de Agosto de 1985. Ministério da Indústria e do Comércio - Empresa Brasileira de Turismo. Disponível em: <http://institucional.turismo.gov.br/portalmtur/opencms/institucional/legislacao/arquivos/deliberacao_normativa_n_161_85_09_agosto_1985.html>. Acesso em: 20 abr. 2008.

FÉRIAS VIVAS. Projeto de lei vai na contramão da defesa do consumidor e isenta agências de turismo de responsabilidade. São Paulo, jan. 2004. Disponí-

vel em: <http://www.feriasvivas.org.br/v5/secoes/comunicacao/releases_link.asp>. Acesso em: 21 abr. 2008.

HOUAISS, Antônio. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Disponível em: <<http://v.houaiss.uol.com.br/zoom.php?verbete=turista>>. Acesso em: 05 maio 2008.

IDEC. Agências de viagem tentam fugir do CDC: associação de consumidores apóia campanha do Idec. **IDEC em ação**. Jan. 2004. Disponível em: <<http://www.idec.org.br/emacao.asp?id=560>>. Acesso em: 20 abr. 2008.

TAMBURINO, Simone. Il problema del risarcimento nel contratto di viaggio organizzato. **Diritto & Diritti – rivista giuridica on line**, Ragusa, febb. 2001. Disponível em: <<http://www.diritto.it/materiali/civile/tamburino.html>>. Acesso em: 27 abr. 2008.

TENAGLIA, Mauro Leo. Il danno da vacanza rovinata nella prospettiva della responsabilità contrattuale o extracontrattuale e del danno patrimoniale o non patrimoniale. **Diritto & Diritti – rivista giuridica on line**, Ragusa. Disponível em: <<http://www.diritto.it/art.php?file=/archivio/20624.html>>. Acesso em: 27 abr. 2008.