



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

RENATA LORENA ALMEIDA BRANDÃO REBOUÇAS

**DANOS SOFRIDOS POR MENORES FORA DO BRASIL,
CLÁUSULAS ABUSIVAS NOS CONTRATOS COM AGÊNCIAS DE
TURISMO E SUAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS**

Salvador
2018

RENATA LORENA ALMEIDA BRANDÃO REBOUÇAS

**DANOS SOFRIDOS POR MENORES FORA DO BRASIL,
CLÁUSULAS ABUSIVAS NOS CONTRATOS COM AGÊNCIAS DE
TURISMO E SUAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Leonardo Vieira

Salvador
2018

TERMO DE APROVAÇÃO

RENATA LORENA ALMEIDA BRANDÃO REBOUÇAS

DANOS SOFRIDOS POR MENORES FORA DO BRASIL, CLÁUSULAS ABUSIVAS NOS CONTRATOS COM AGÊNCIAS DE TURISMO E SUAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2018

A Deus, por todo suporte que me foi
dado.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus, por ter me dado a oportunidade de cursar essa faculdade, com a qual eu tanto me identifiquei, além de sabedoria, concentração e força para realizar esse trabalho. Sem a sua presença em minha vida nada seria possível.

Aos meus familiares, principalmente aos meus pais, por acreditarem em mim, me apoiarem e por estarem sempre presentes quando preciso, além de financiarem a realização desse sonho. A minha irmã por suportar as minhas crises de nervosismo e ser a minha maior companheira.

Agradeço imensamente ao professor Leonardo Vieira pela excelente orientação, por todo o apoio, cuidado e atenção que me dedicou. Obrigada por acreditar no meu projeto!

Ao meu namorado, que ficou ao meu lado nas madrugadas em que construía esse projeto, e aos meus amigos, que estiveram durante todos esses anos ao meu lado, sempre com energias positivas, apoiando uns aos outros, principalmente nesses momentos mais difíceis.

Não podendo deixar de agradecer a todos aqueles mestres que ao longo dessa jornada me ajudaram, compartilhando os seus ensinamentos e sempre solícitos para esclarecer as dúvidas existentes, e que sem dúvida marcaram na minha vida. Por fim agradecer a todos os funcionários da Faculdade Baiana de Direito, que com a sua alegria e carisma fizeram de lá a minha segunda casa.

“Cada sonho que você deixa pra trás, é um pedaço do seu futuro que
deixa de existir”.

Steve Jobs

RESUMO

Com o avançar da tecnologia e da globalização as pessoas vem cada vez mais tendo o desejo de conhecer o mundo. Isso não é diferente com os adolescente que ao chegarem perto da tão sonhada idade de 15 anos já começam a imaginar a sua viagem de presente para conhecer outros horizontes. Inúmeros são os motivos que levam os jovens a sonharem com essa excursão. Ocorre que para realizá-la é preciso que os pais busquem uma agência de turismo, que se encarregara de organizar todo o pacote turístico, e assinar com essa empresa um contrato de adesão, para que a viagem aconteça. Ocorre que estes contratos incluem cláusulas abusivas, uma vez que as agências se eximem da responsabilidade por todos os danos que os menores venham a sofrer que não tenham sido por ela praticados, o que não é admitido nem pelo Código de Defesa do Consumidor, nem pela lei especial que regula a atuação das agências de turismo. O problema está no fato de que aqueles consumidores que não possuem conhecimento jurídico quando se deparam com um dano durante a viagem não sabem da abusividade do contrato e acreditam de fato que a empresa que contrataram para organizar a viagem não tem responsabilidade por nada e acabam sem o ressarcimento devido. Busca-se, portanto, através do instituto da responsabilidade civil e das suas funções, reparatória e punitiva, um meio de inibir a prática abusiva das agências de turismo, de se eximirem da responsabilidade, para com isso garantir a proteção dos consumidores, que são nesse caso menores, com ainda mais vulnerabilidade e que por isso necessitam de uma proteção ainda maior.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Proteção ao Consumidor Menor. Agências de Turismo. Responsabilidade Solidária. Cláusulas Abusivas. Contrato de Adesão.

ABSTRACT

With the advancement of technology and globalization people are increasingly having the desire to know the world. This is no different with the teenagers who, when they get close to the long dreamed 15 years old already begin to imagine their trip as a gift. There are many reasons why young people dream about this excursion. It happens that to realize it it is necessary that the parents look for a tourist agency, that was in charge to organize the whole tourist package, and to sign with her an agreement of adhesion, so that its can travel. It turns out that such contracts are a vehicle of unfair terms, since the agencies disclaim liability for all damages that minors will suffer that have not been committed by it, which is not admitted either by the Code of Consumer Protection , nor by the special law that regulates the performance of tourism agencies. The problem lies in the fact that those consumers who do not have legal knowledge when they encounter damage while traveling do not know of the abusiveness of the contract and believe in fact that the company they hired to organize the trip has no responsibility for anything and they end up without due reimbursement. Therefore, through the Institute of Civil Liability and its functions, reparatory and punitive, a means of inhibiting the abusive practice of tourism agencies is to be exempted from liability, in order to ensure the protection of consumers, who are in this case smaller, with even more vulnerability and therefore need even greater protection.

Keywords: Civil Responsibility. Consumer Protection Minor. Turism agencies. Solidarity Responsibility. Abusive Clauses. Adhesion contract.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	Artigo
CADASTUR	Cadastro dos Prestadores de Serviços Turísticos
CC	Código Civil
CF	Constituição Federal
CDC	Código de Defesa do Consumidor
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
MERCOSUL	Mercado Comum do Sul
PROCON	Programa de Proteção e Defesa do Consumidor
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJBA	Tribunal de Justiça da Bahia

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 RELAÇÃO DE CONSUMO E RESPONSABILIDADE CIVIL	14
2.1 PROTEÇÃO INERENTE AO CONSUMIDOR NO BRASIL	16
2.2 CLÁUSULAS ABUSIVAS	18
2.4 DIÁLOGO DAS FONTES: CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E CÓDIGO CIVIL	26
2.5 CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL	28
2.6 FUNÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL	29
2.7 CLÁSSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL	30
2.8 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL	33
3 TURISMO	37
3.1 AGÊNCIAS DE TURISMO	39
3.1.1 Imposições legais da Lei nº 12.974/2014 às agências de turismo	41
3.1.2 Defesa do consumidor nos contratos firmados pelas agências de turismo: fornecedores responsáveis	44
3.1.2.1 Direito de Regresso	51
3.2 A PREVALÊNCIA DO CDC SOBRE TRATADOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS E A INAPLICABILIDADE DO CÓDIGO BRASILEIRO DE AERONÁUTICA	53
3.3 CARACTERÍSTICAS DOS CONTRATOS DE VIGEM ENVOLVENDO MENORES	56
3.3.1 Vulnerabilidade agravada da criança consumidora	61
4 DANOS SOFRIDOS POR MENORES FORA DO BRASIL, CLÁUSULAS ABUSIVAS NOS CONTRATOS COM AGÊNCIAS DE TURISMO E SUAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICA	63
4.1 ABUSIVIDADE CONTRATUAL E SUAS CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS	63
4.2 CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS IMPOSTAS ÀS AGÊNCIAS DE TURISMO	66
4.2.1 Por danos sofridos pelos menores	68

4.2.1.1 Morte do menor durante a viagem	73
4.2.2 Pela imposição de cláusulas abusivas nos contratos	75
5 CONCLUSÃO	81
REFERÊNCIAS	84

1 INTRODUÇÃO

O turismo hoje é responsável por uma parcela significativa da circulação de valores financeiros e de pessoas em todo o mundo. Com o avanço do turismo vem se tornando cada vez mais comum que os adolescentes de famílias com elevado nível de renda, quando dos festejos da idade de 15 anos, escolham uma viagem para fora do Brasil, em lugar de uma grande festa para comemorar.

Anseio por um grau maior de liberdade, amadurecimento e responsabilidade, além da busca por outros laços de amizade, diversão, compras fora do país e novas e inesquecíveis experiências são alguns dos motivos que levam os adolescentes a quererem tanto uma viagem para fora do país como presente de 15 anos, e os pais a autorizarem e financiarem essa aventura.

Para os adolescentes, uma viagem com os pais para algum dos destinos mais comuns de desejo, como Disney ou Europa, por exemplo, não agradaria o suficiente, justamente porque não conseguiriam vivenciar as experiências que só uma excursão em grupo, apenas com pessoas da idade deles, pode proporcionar.

Para saciar então esse desejo dos filhos, os pais buscam agências de turismo, de preferência as conhecidas no mercado ou de indicação, para que os seus descendentes possam viajar com segurança e alegria.

No momento em que escolhem a agência de turismo e a viagem dos seus filhos, os pais são compelidos a assinar um contrato de adesão. Este, portanto, formulado unilateralmente pela operadora turística, que é a responsável por montar todo o programa da viagem e por levar e acompanhar os menores nessa aventura.

Ocorre que no contrato imposto aos responsáveis pelos menores, as operadoras turísticas eximem-se de toda a responsabilidade por danos que não tenham sido diretamente por elas provocado, ou que, uma vez ocasionados por ela, não decorram de culpa ou se aproximem da ideia de caso fortuito ou força maior, independentemente de reflexões sobre o que seja fortuito interno ou externo, como por exemplo, o extravio de bagagem, o atraso no voo que ocasione perda de um ingresso previamente adquirido, hotéis de má qualidade, dentre outros.

Acontece que a relação firmada entre os menores, representados pelos seus responsáveis, e as agências de turismo é de consumo, uma vez que adquirem um serviço como destinatários finais, sendo assim caracterizados pela sua

hipossuficiência e vulnerabilidade, essas ainda potencializadas por se tratarem de menores de idade. Desse modo, essa relação além de ser protegida pela lei nº 12.974, que regulamenta a atuação das agências de turismo, é também regulada pelo Código de Defesa do Consumidor e resguardada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Tanto a lei nº 12.974 quanto o CDC impõem a responsabilidade objetiva para esse tipo de relação. Todavia, não é isso que rotineiramente vem sendo trazido nos contratos de adesão impostos pelas agências de turismo.

Com essa prática, não raramente imposta pelas agências, os consumidores que não possuem esclarecimento na área jurídica, e só enxergam o contrato como fonte normativa daquela relação, acabam acreditando no que ali está exposto. Por isso, diante da ocorrência de danos, acreditam que a única alternativa possível é ir atrás do causador direto do ato lesivo. Ocorre que na maioria das vezes se trata de empresa estabelecida em outro país, o que acaba gerando a desistência da propositura da ação pela grande maioria dos consumidores devido ao grau de complexidade que é um litígio com uma empresa de fora do Brasil.

O avanço do turismo não foi acompanhado pela realidade normativa, no tocante ao ordenamento jurídico pátrio. Apesar do apoio conferido pelo CDC, os contratos de turismo ainda enfrentam inúmeras dificuldades para se solidificar no direito brasileiro, principalmente por conta do caráter de negociação assumido pelo negócio, diante da autonomia do direito privado.

Diante desse cenário que tanto prejudica o consumidor, que é a parte vulnerável e hipossuficiente da relação em questão, e do aumento notável do número de adolescentes que passaram a embarcar nesse tipo de viagem nos últimos anos, especialmente antes da atual crise econômica brasileira, vem à tona a necessidade de um estudo que possa identificar e esclarecer qual a responsabilidade das agências de turismo perante os seus consumidores, nos mais diversos casos, e como o consumidor deve agir.

Buscar-se-á identificar o que pode e deve ser feito como meio de inibir essa prática rotineira das agências de turismo de se eximirem da responsabilidade nos contratos de adesão. Serão analisadas também a viabilidade e a possibilidade da aplicação dos *punitives damages* no Brasil diante da reincidência da imposição dos atos lesivos aos consumidores.

Ou seja, buscar-se-á identificar quais as consequências jurídicas cabíveis diante dos danos sofridos por menores fora do Brasil e da incidência de cláusulas abusivas nos contratos com as agências de turismo.

2 RELAÇÃO DE CONSUMO E RESPONSABILIDADE CIVIL

O intuito desse trabalho científico é a análise das consequências jurídicas dos danos sofridos por menores fora do Brasil, diante da incidência de cláusulas abusivas nos contratos com as agências de turismo. Para isso faz-se necessária uma análise preliminar dos elementos da relação de consumo envolvidos nesse contexto, e o entendimento de conceitos básicos da responsabilidade civil para que se possa compreender melhor os elementos analisados nesse trabalho.

Com isso tem-se que os elementos da relação jurídica, são: sujeitos, objeto e o fato propulsor. Foi dessa noção que partiu o legislador do CDC, que não conceitua a relação de consumo, mas conceitua alguns dos elementos desta. Assim, presentes os elementos dessa relação jurídica ela estará configurada.

Segundo João Batista de Almeida¹ são bilaterais as relações de consumo, estando de um lado o fornecedor, que pode tomar a forma de produtor, fabricante, importador, comerciante ou prestador de serviço, ou seja, aquele que se dispõe a fornecer bens e serviços a terceiros, e do outro lado o consumidor, aquele subordinado às condições e aos interesses impostos por aquele que é titular do bem ou do serviço, no atendimento de suas necessidades de consumo.

O mesmo autor afirma ainda que a proteção ao consumidor é uma consequência direta das mudanças havidas nos últimos tempos nas relações de consumo, representando desse modo uma reação ao avanço rápido do fenômeno, que deixou, por sua vez, o consumidor desprotegido ante as novas situações decorrentes do desenvolvimento.

Existem duas espécies de relação de consumo: a padrão (tipo, típica) e a por equiparação. Para caracterização da relação de consumo padrão, é necessário que estejam presentes os sujeitos ativo e passivo, ou seja, o fornecedor e o consumidor. O CDC² traz no seu artigo 2º que consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

¹ ALMEIDA, João Batista de. **A Proteção Jurídica do Consumidor**. 7.ed. rev. atual. Local: Saraiva: 2009. p. 01.

² BRASIL. **Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm> Acesso em: 04 Set. 2017.

Sergio Cavaliere Filho³ costuma decompor este conceito de consumidor em dois elementos: o elemento subjetivo e o elemento anímico. O elemento subjetivo consiste naquelas pessoas que podem ser consumidoras. Sobre este elemento, diz o CDC, que consumidor será toda pessoa física ou jurídica. Assim, em tese, qualquer pessoa poderia ser consumidora, desde que presente o elemento anímico. Já sobre o elemento anímico diz que seria quem adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

A relação de consumo não exige contratação de consumo direta, ou seja, o sujeito pode ser consumidor mesmo sem ser contratante. O elemento anímico encontra-se na destinação final. Destinatário final é aquele que adquire o produto ou serviço com ânimo definitivo, para si, ou seja, sem relação de intermediação. A intermediação que descaracteriza a relação de consumo é a intermediação lucrativa. A intermediação despretensiosa e não lucrativa não descaracteriza a relação de consumo.

Quanto ao fornecedor o CDC⁴ diz no seu artigo 3º que:

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Sergio Cavaliere Filho⁵ decompõe o fornecedor em três elementos: o elemento subjetivo, o elemento objetivo e o elemento anímico. O elemento subjetivo é amplo. Neste sentido, toda pessoa poderá ser fornecedora, bem como os entes despersonalizados também poderão. O elemento objetivo seriam as atividades econômicas que o fornecedor pode se dedicar. Esta atividade poderá ser qualquer atividade. O próprio legislador traz um elenco de atividades, este rol é extremamente abrangente, de modo que qualquer atividade estaria dentro daquelas previstas pelo artigo. O elemento anímico é a habitualidade. Assim, o fornecedor é alguém que desenvolve uma atividade econômica de maneira habitual ou profissional.

Por fim, não basta haver consumidor e fornecedor, é necessário também haver o objeto desta relação jurídica, que é o produto ou serviço. O CDC traz o conceito de produto no seu artigo 3º, §1º, em que diz tratar-se de qualquer bem,

³ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Direito do Consumidor**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.

⁴ BRASIL. Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 04 set. 2017.

⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op.cit*, 2014, p.

móvel ou imóvel, material ou imaterial. Já o conceito de serviço está no § 2º, desse mesmo artigo no CDC, que diz que:

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista

Com isso conclui-se que para se falar em relação de consumo faz-se necessária a presença de todos os elementos acima mencionados.

Já a responsabilidade civil possui um conceito geral, funções específicas, pressupostos, além de ser dividida em algumas modalidades, tais como: objetiva, subjetiva, contratual e extracontratual. Todos esses conceitos serão tratados com profundidade ao longo do capítulo.

2.1 PROTEÇÃO INERENTE AO CONSUMIDOR NO BRASIL

O Brasil possui o grau mais alto de proteção ao consumidor no âmbito do MERCOSUL e foi o primeiro a editar uma legislação específica nesta matéria, antes mesmo da formação do bloco. A proteção ao consumidor é preceito de ordem constitucional, prevista nos art.5º, XXXII e 170, V, da CF/88. Vale ressaltar ainda que a jurisprudência brasileira consagrou a primazia da ordem constitucional em relação aos tratados constitucionais, muito embora o art. 4º da CF tenha eleito a integração latino-americana como um dos princípios norteadores das relações exteriores da República⁶.

O artº 5º, XXXII, da CF, eleva a proteção ao consumidor ao nível de direito fundamental. De acordo com Celso Ribeiro Bastos⁷, esse dispositivo trata de uma importância vital, uma vez que estabelece para o Estado um dever, além de autorizar o legislador a elaborar regras de prevalência do direito do consumidor.

A defesa do consumidor também está prevista, como já foi dito, no art.170 da CF/88, que o posicionou entre os princípios gerais da atividade e da ordem econômica. A inclusão do consumidor neste capítulo significa a obrigação do Estado de assegurar o atendimento às necessidades básicas do consumidor, no que diz

⁶ FELLOUS, Beyla Esther. **Proteção do Consumidor no Mercosul e na União Européia**. Revista dos Tribunais: 2002. p. 160.

⁷ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2.ed. São Paulo: Saraiva: 2000, p.175.

respeito a sua dignidade, segurança, saúde e a proteção dos interesses econômicos. O art. 17, V, da CF consagra a proteção ao consumidor impondo limites positivos e negativos ao Estado. O primeiro refere-se ao dever de editar normas infraconstitucionais que consagrem este princípio, enquanto o segundo impede o prevailecimento de normas infraconstitucionais que de algum modo limitem tais direitos⁸.

Além do aparato constitucional que a CF/88 confere a esta matéria, o que garante uma força inegável e uma proteção judicial, foi promulgada em 11 de setembro de 1990 a Lei 8.078/90, qual seja o Código de Defesa do Consumidor (CDC).

O CDC brasileiro é considerado um dos mais avançados do mundo. Por ser de altíssimo nível, influenciou as legislações promulgadas em diversos países da América Latina, tais como a lei argentina, paraguaia e uruguaia nesta matéria⁹.

O próprio CDC define-se como uma norma de ordem pública, uma vez que legisla sobre valores básicos e o fato de estar indisponível à vontade das partes, limitando a autonomia privada, tanto sob o ponto de vista econômico, quanto sob o ponto de vista jurídico.

Vale ressaltar que o CDC é uma norma dotada de grande interesse social, uma vez que objetiva a proteção de um grupo vulnerável da sociedade de massas, que busca um equilíbrio social. A sua implementação trouxe uma melhora muito grande ao relacionamento fornecedor-consumidor, contando com o apoio institucional ativo e especializado na matéria, como o Programa de Proteção e Defesa do Consumidor (PROCON) e o Ministério Público (MP), além da adequada aplicação realizada pela interpretação jurisdicional¹⁰.

Logo, o CDC criado em 11 de setembro de 1990 passou a ser, desde então, a norma básica e específica de proteção ao consumidor, que viu consagradas a sua hipossuficiência e vulnerabilidade, combatendo assim muitas injustiças. Um grande marco do CDC foi a utilização da responsabilidade civil objetiva pautando essas relações, de modo que as vítimas dos danos, a partir de então, passam a não mais ter que provar a culpa do fornecedor, como será demonstrado ao longo do

⁸ FELLOUS, Beyla Esther. **Proteção do Consumidor no Mercosul e na União Européia**. Revista dos Tribunais: 2002, p. 163.

⁹ *Ibidem*, p. 167.

¹⁰ *Ibidem*, *loc.cit.*

capítulo. Não podendo também esquecer da proteção constitucional que a CF/88 deu à matéria.

2.2 PRÍNCÍPIOS BÁSICOS DO DIREITO DO CONSUMIDOR

O direito do consumidor tem uma ligação muito próxima com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, que é o princípio mais relevante do sistema jurídico brasileiro. Todo o sistema normativo constitucional está orientado no sentido de realizar a proteção da dignidade da pessoa humana. A Constituição Federal (CF) de 1988¹¹ trouxe claramente a necessidade de proteção e defesa do consumidor, conforme evidencia seu artigo 170:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) V - defesa do consumidor.

A Constituição Federal de 1988¹², como já dito anteriormente, determina também que o Estado brasileiro imponha uma medida pública de defesa do consumidor, diferente do que acontecia no passado, em que havia apenas casos pontuais. Nesse sentido contraria a ordem constitucional qualquer forma de medida que desproteja o consumidor, conforme traz o seu artigo 5º, inciso XXXII: o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.

O direito do consumidor traz além do princípio da dignidade da pessoa humana, que norteia toda a CF/88, oito princípios próprios e de extrema importância que caracterizam o ramo, são eles: o princípio da vulnerabilidade, boa-fé objetiva, conservação dos contratos, transparência, efetiva prevenção de danos, efetiva reparação de danos, repressão eficientes dos abusos e harmonização do mercado de consumo.

O princípio da vulnerabilidade é um princípio unânime, pois está expresso no artigo 4º, inciso I do CDC. Mas, antes de ser um princípio expresso no CDC, é um princípio constitucional implícito, pois a própria CF/88, implicitamente, reconheceu a vulnerabilidade do consumidor, no momento em que trata da proteção e defesa do consumidor. Quem disso precisa é considerado frágil, o que implica no

¹¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 04 set. 2017.

¹² *Ibidem*.

reconhecimento implícito da vulnerabilidade daquele que consome. Ela é, portanto, um estado de fraqueza do consumidor, que não está em igualdade de condições com a sua contraparte.

A vulnerabilidade do consumidor constitui uma presunção legal absoluta, isso porque há na sociedade atual o desequilíbrio entre dois agentes econômicos, quais sejam o fornecedor e o consumidor, nas relações jurídicas que travam entre si. O reconhecimento desta situação pelo consumidor é o que fundamenta a existência de regras especiais, de uma proteção ao sujeito mais fraco da relação de consumo¹³.

Segundo Jorge Alberto Silva¹⁴ o sentido do CDC, ao contrário do Código Civil, parte do pressuposto de que, nas relações de consumo, o que existe é uma desigualdade fática, uma relação vertical e de poder entre os consumidores e fornecedores, razão pela qual, ao estabelecer uma série de vantagens e direitos para o consumidor, tenta igualar sua posição jurídica na relação contratual.

Ocorre que esta vulnerabilidade é multifacetária. Não equivale à hipossuficiência do empregado, por exemplo, pois a hipossuficiência do empregado está associada ao aspecto econômico, já a vulnerabilidade do consumidor está associada ao aspecto econômico também, mas não apenas isso. A doutrina fala em vulnerabilidade econômica, técnica, jurídica, informacional e fática.

A vulnerabilidade econômica existe porque, normalmente, o consumidor será menos favorecido economicamente do que o fornecedor. A vulnerabilidade técnica diz respeito ao fato de que os consumidores, não tem conhecimentos técnicos acerca dos produtos e serviços que adquirem. A vulnerabilidade jurídica existe porque aqueles que consomem estão mais despreparados para litigar do que os fornecedores, o litígio é um transtorno para estes, enquanto os fornecedores são litigantes habituais. A vulnerabilidade informacional existe porque mesmo aqueles consumidores que têm conhecimento técnico, lhe faltam informações específicas. A vulnerabilidade fática decorre do fato de que o consumidor trava uma relação de consumo com o objetivo de satisfazer uma necessidade, porque precisa, e esta necessidade coloca o consumidor em situação de fragilidade em relação aos fornecedores.

¹³ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 4.ed. Local: Revista dos Tribunais: 2013, p. 114.

¹⁴ SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho. **Código de Defesa do Consumidor anotado e legislação complementar**. Editora: 2005, p.17.

Para a pessoa natural, esta vulnerabilidade é presumida. Tratando-se de pessoa jurídica, entretanto, não existe tal presunção, por isso deve-se prová-la para que possa ser reconhecida. Qualquer manifestação de vulnerabilidade seria suficiente para comprová-la.

Vale ressaltar que não se pode confundir a vulnerabilidade com a hipossuficiência. Essa, no direito do consumidor se trata de um requisito probatório, que é uma exigência para a inversão do ônus da prova.

Desse modo, a vulnerabilidade é um princípio, um estado genérico de fragilidade do consumidor, já a hipossuficiência está associada à dificuldade para a produção de prova.

No que se refere ao princípio da boa-fé objetiva deve-se destacar que não é mais exclusivo do direito do consumidor. Trata-se de um padrão de conduta, de um comportamento leal e honesto, que se exige das partes na condução dos seus negócios.

Difere da boa-fé subjetiva, pois independe do estado de consciência de atuar conforme o direito. A boa-fé objetiva decorre do padrão exigível do “homem de bem”, que não se preocupa apenas com os seus interesses, mas também com a satisfação dos interesses da contraparte.

A boa-fé tem a função interpretativa-integrativa, pois ela funciona como um padrão de interpretação e possibilita o preenchimento de lacunas. Outra função é a limitadora do exercício de direitos. Segundo o artigo 187 do Código Civil¹⁵, se é exercido um direito em desconformidade com a boa-fé está se cometendo um abuso de direito, e isso terá consequências jurídicas. Por fim, tem a função criadora de deveres, que são chamados deveres anexos e deveres consequentes, como o dever de informação e de confidencialidade. São os deveres que se espera da pessoa correta. Isto implica que as partes que atuam pautadas pela boa-fé não revelam informações sobre a sua contraparte (confidencialidade), o que não precisa estar expresso no contrato, pois a boa-fé objetiva está implícita em todas as relações contratuais.

O Código Civil de 1916 não fazia menção à boa-fé objetiva. Com a edição do CDC, começou-se a afirmar que a partir de então o direito brasileiro adotava o

¹⁵ BRASIL. **Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 13 out. 2017.

princípio da boa-fé objetiva. Este princípio permaneceu sendo exclusivo do Direito do Consumidor em termos de positivação até o início da vigência do Código Civil de 2002, ou seja, até 2003. Alguns autores defendiam que antes de 2003 já havia no direito brasileiro a adoção do princípio da boa-fé objetiva em decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana, mas isto era algo discutível, pois somente estava expresso no CDC. Hoje, a boa-fé é um princípio que se aplica a todo o direito.

De acordo com Francisco José Soller de Mattos¹⁶, “[...] verificamos dentro desse conjunto legislativo a prevalência da boa-fé como seu princípio de orientação máxima.”

Em alguns ramos do direito, a boa-fé objetiva é mais intensa. Dentre estes ramos do direito está o direito do consumidor, exatamente porque há uma relação entre a boa-fé objetiva e a vulnerabilidade. A vulnerabilidade atua potencializando a necessidade do respeito à boa-fé objetiva. A intensidade do dever de informação, por sua vez, é exclusiva no direito do consumidor, nas demais áreas há sim também o dever de informação mas não tão robusto e preciso quanto no direito do consumidor.

O princípio da conservação dos contratos, por sua vez, determina que todo o esforço deve ser feito para que os contratos sejam mantidos. Decorre dele, portanto, a ideia de que a nulidade parcial, se separável, não contamina o contrato inteiro. Tal princípio também é mais intenso no direito do consumidor. Isso porque nesse ramo, mesmo que o fornecedor não queira, no caso do contrato lesionário, o juiz pode conservar o contrato, desde que restabelecida a comutatividade.

Já em relação ao princípio da transparência deve-se atentar para os desdobramentos no artigo 46 do CDC¹⁷, que diz que os contratos de consumo não obrigam o consumidor se não lhe for oportunizado o prévio conhecimento, ou se este foi regido de tal maneira a dificultar a compreensão do seu sentido e do seu alcance. Assim, aqueles contratos que impõem deveres ou restringem o direito do consumidor sem o seu conhecimento não o vinculam, o que permite ao juiz fazer uma reinterpretação do seu conteúdo, desde que ocasione um prejuízo à parte vulnerável.

¹⁶MATTOS, Francisco José Soller de. O Princípio da Boa-Fé no Código de Defesa do Consumidor. In: **Juris Revista do Departamento de Ciências Jurídicas**, v.7. Rio Grande do Sul: Furg, 1997, p. 80.

¹⁷ BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm> Acesso em: 04 de Set de 2017.

Do mesmo modo, os contratos de consumo devem ser redigidos de maneira clara e compreensível para o consumidor e a este deve ser disponibilizado prévio conhecimento do contrato. Os contratos de seguro e plano de saúde, por exemplo são normalmente feitos assim, sem que seja dada ao consumidor a oportunidade de leitura anterior do instrumento contratual. Assim, conforme o art. 46 do CDC, esses contratos não obrigam o consumidor, mas apenas o fornecedor.

No que se refere ao princípio da efetiva prevenção de danos registre-se que equivale ao princípio da precaução do direito ambiental. Segundo este princípio, diante da incerteza da segurança, deve-se agir como se certeza da insegurança houvesse. Assim, se utiliza todos os meios para evitar a ocorrência do dano diante do fato de que não se tem certeza se é seguro. Já o princípio da efetiva reparação de danos, por sua vez, quer dizer que os danos suportados pelo consumidor devem ser efetivamente reparados. Por exemplo, uma norma internacional limita o valor de reparação no caso de extravio de bagagem, mas o CDC é anterior a esta norma e não impõe limite à reparação, então se entende que neste caso se aplica o CDC em razão do princípio da efetiva reparação dos danos, de modo que não pode haver limitação de tal valor.

Já o princípio da repressão dos abusos determina que estes devem ser reprimidos, orientando a atuação dos órgãos de defesa do consumidor. Por fim, o princípio da harmonização do mercado de consumo determina que a proteção ao consumidor deve ocorrer, mas de maneira a compatibilizar os interesses de consumidores e fornecedores. Não se pode, a título de proteção ao consumidor, inviabilizar a atuação dos fornecedores. Assim, os princípios da repressão eficiente aos abusos e o da harmonização do mercado de consumo devem atuar de maneira equilibrada.

2.3 CLÁUSULAS ABUSIVAS

O contrato de adesão é aquele em que uma das partes não permite a outra a intervenção no que diz respeito ao conteúdo do contrato, resta à parte aceitar ou não. De acordo com Glauber Talavera¹⁸ é aquele em que é suprimida a

¹⁸TALAVERA, Glauber Moreno. **Relações de Consumo no Direito Brasileiro**. 2001, p. 173.

livre preliminar discussão entre os signatários, colocando em primeiro lugar as regras ditadas pelo proponente frente ao consumidor.

Segundo Orlando Gomes¹⁹:

No contrato de adesão uma das partes tem de aceitar, em bloco, as cláusulas estabelecidas pela outra, aderindo uma situação contratual que encontra definida em todos os seus termos. O consentimento manifesta-se como simples adesão a conteúdo preestabelecido da relação jurídica [...]

Praticamente todos os contratos celebrados no mercado de consumo são de adesão, elaborados unilateralmente pelo fornecedor. Essa técnica de contratação, embora inerente à sociedade industrial, reduz e praticamente elimina a real vontade do consumidor. A maior velocidade na contratação e venda do serviço ou produto assim como a previsibilidade do custo empresarial são os principais motivos para a intensa utilização dos contratos de adesão²⁰.

O papel da vontade e consentimento do consumidor, qual seja o aderente, é tão pequeno que já se negou doutrinariamente o caráter contratual, que pressupõe conjugação de vontades, do contrato de adesão. Todavia o CDC, embora com restrições, aceita o contrato de adesão como instrumento hábil para a aquisição de produtos e serviços²¹.

Esse tipo de contrato é uma consequência inexorável de uma sociedade de massa, e se torna um instrumento necessário. É da essência deste que uma das partes não possa discutir o seu conteúdo. O problema é que com isso, ele é muitas vezes utilizado como veículo de cláusulas abusivas.

As cláusulas abusivas são os meios mais comuns de lesão aos consumidores. E por esse motivo o art.51 do CDC trouxe um rol exemplificativo, que segundo Sergio Cavalieri Filho²² serve de lista-guia, isso porque se torna uma orientação para que o juiz no caso concreto possa identificar cláusulas abusivas. Serve como uma relação de tipos abertos, aos quais devem ser comparadas as cláusulas suspeitas de abusivas.

¹⁹ GOMES, Orlando. **Contratos**. 18 ed., atualizada e anotada por Humberto Theodoro Júnior, Rio de Janeiro, Forense 1998, p. 109.

²⁰ BEJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; Bessa, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 6.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 382.

²¹ *Ibidem*, p. 383.

²² CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Direito do Consumidor**. 4ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 189.

Nesse contexto das cláusulas abusivas, vale ressaltar uma vedação trazida logo no inciso I do art.51 do CDC, que se refere à cláusula de não indenizar, nos seguintes termos:

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis;

Nesse dispositivo tem-se a expressa vedação legal à cláusula de não indenizar ou limitativa de responsabilidade, que já foi objeto de muitos abusos nos primórdios dos contratos de adesão, e ainda hoje podem ser vistas em inúmeros contratos mesmo não sendo permitidas.

Segundo Sergio Cavaliere Filho²³, a cláusula de não indenizar é acessória em um contrato, destinada a afastar as consequências da inexecução de uma obrigação. A conduta derivada do inadimplemento é o dever de reparar o dano dele decorrente. Com isso a cláusula de não indenizar é uma estipulação pela qual o devedor se libera da reparação do dano, ou seja, da indenização propriamente dita.

A vedação do inciso I, do art.51 do CDC, ou seja, a limitação ou exclusão do dever de indenizar nas relações de consumo decorre do fato de as normas do Código de Defesa do Consumidor serem de ordem pública e de interesse social, como ele mesmo traz no seu art. 1º, e, portanto, inafastáveis por disposição contratual²⁴.

Vale ressaltar que a caracterização de qualquer cláusula abusiva, nos termos da sistemática adotada pelo CDC, independe de análise subjetiva da conduta do fornecedor, se houve ou não malícia, intuito de obter vantagem exagerada ou indevida. A lei nº 8.078/1990 não exige em nenhum momento má-fé, o dolo do fornecedor, para caracterização da abusividade da cláusula. Esse dispositivo abrange os direitos as indenizações decorrentes dos vícios do serviço e do produto, prevista nos arts. 18 a 25 do CDC e também as hipóteses indenizatórias relativas ao

²³CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Direito do Consumidor**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 189.

²⁴BEJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; Bessa, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 6.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 395.

fato do serviço e do produto, ou seja, os acidentes de consumo, trazidos nos arts. 12 a 17 também do CDC²⁵.

O CDC é bastante claro ao definir as sanções das cláusulas abusivas: nulidade de pleno direito ou nulidade absoluta, na terminologia do CC/02, ou seja, nega qualquer efeito jurídico à disposição contratual. Preserva-se, portanto, o contrato, com luz no princípio da conservação dos contratos, mas se anula a cláusula considerada abusiva.

Deve-se observar que as concepções de abuso de direito e ato abusivo no direito do consumidor e no direito civil, embora guardem semelhança, não se confundem. Possuem uma identidade originária quanto aos fins primários, de proteção do equilíbrio dos interesses das partes de uma determinada relação jurídica. Em direito do consumidor, o abuso do direito vincula-se a dois critérios essenciais para sua identificação e consequente controle dos atos abusivos: o *status* constitucional do consumidor como sujeito de direitos fundamentais e a presunção jurídica da sua vulnerabilidade. Já no direito civil comum pode-se eventualmente identificar hipóteses de abuso de direito quando, a teor do art.187 do CC, houver violação dos limites ali estipulados, ou por contrariedade à boa-fé²⁶.

Conclui-se então que o contrato de adesão é aquele marcado pela impossibilidade de interferência de uma das partes da relação contratual e com isso se torna um veículo para a incidência de cláusulas abusivas. Estas são proibidas pelo art. 51 do CDC, que traz um rol exemplificativo caracterizando-as e traz como consequência a nulidade de pleno direito. Logo, por conta do princípio da conservação dos contratos, em caso de incidência dessas cláusulas o contrato permanece válido e eficaz, todavia elas deverão ser excluídas e não produzirão efeito algum.

2.4 DIÁLOGO DAS FONTES: CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E CÓDIGO CIVIL

A relação entre dois “civis”, sem continuidade, habitualidade ou fim econômico é considerada uma relação civil *stricto sensu* que será regulada pelo CC/02, por se tratar de uma relação entre iguais. Já a relação entre um “civil”,

²⁵ *Ibidem*, p. 390.

²⁶ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 4.ed. Local: Revista dos Tribunais: 2013, p. 328.

destinatário final do serviço ou produto e um empresário, fornecedor disto no mercado, é uma relação de consumo, uma relação entre “diferentes”. A lei tutela então a proteção do lado vulnerável dessa relação, o consumidor, que será regulamentada pelo CDC prioritariamente, e só subsidiariamente, no que couber e for complementar, o CC/02.

A edição de um novo Código Civil, e sua vigência desde 2003, suscitou dúvidas acerca da possibilidade de que a nova lei viesse a revogar o direito anterior no que esse lhe fosse diverso, em face da regra de solução de conflitos que diz que lei posterior revoga lei anterior. A questão é enfrentada pela doutrina consumerista que entende que há perfeita adequação da coexistência de ambas as leis, vislumbrando a possibilidade de aprimoramento da aplicação do CDC, a partir da teoria finalista do consumidor²⁷.

Há três importantes tipos de diálogos entre essas duas importantes leis. O primeiro é que na aplicação simultânea das duas leis, uma pode servir de base conceitual para a outra, especialmente caso uma seja a lei geral e a outra a lei especial. O segundo diálogo é que na aplicação coordenada das duas leis, uma lei pode complementar a aplicação de outra, a depender do seu campo de aplicação no caso concreto, a indicar a aplicação complementar tanto de suas normas, quanto de seus princípios, no que for necessário, couber ou subsidiariamente. Por fim, há ainda o diálogo das influências recíprocas sistemáticas, como no caso de uma possível redefinição do campo de aplicação de uma lei, é a influência do sistema especial no geral e do geral no especial²⁸.

Logo, é perfeitamente possível que em um caso concreto se faça necessária a aplicação das duas fontes normativas, qual sejam o CDC e o CC/02, de modo nenhum uma necessariamente irá excluir a outra, em alguns casos inclusive se faz necessário a aplicação de ambas para que se chegue a um julgamento justo e correto.

2.5 CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL

²⁷ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 4.ed. Local: Revista dos Tribunais: 2013, p. 70.

²⁸ BEJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; Bessa, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 6.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 132.

A responsabilidade civil surge quando o não cumprimento de um dever gera um dano para aquele que esperava o adimplemento. Então deve-se pagar por perdas e danos, e essas caracterizam a responsabilidade civil. Esta pode ser descrita como uma obrigação secundária que surge do não cumprimento de uma obrigação primária.

O dever de manter as relações interpessoais sem causar danos na esfera patrimonial ou extrapatrimonial do outro, é um dever que todo cidadão tem. Segundo Maria Helena Diniz²⁹:

A responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda (responsabilidade subjetiva), ou, ainda, de simples imposição legal (responsabilidade objetiva).

Neste mesmo sentido Rui Stoco³⁰ defende que a responsabilidade pode ser extraída da própria origem da nomenclatura (respondere) de forma que se torna necessário responsabilizar alguém por atos danosos. Tal imposição é regrada pelo meio social ao qual se vive, em que todos devem arcar com as condutas praticadas, traduzindo a justiça social almejada e própria da natureza humana.

Segundo Rodolfo Pamplona Filho e Pablo Stolze Gagliano³¹ a natureza jurídica da responsabilidade civil seria uma sanção, que pode ser preventiva ou reparadora. Preventiva porque na medida que as pessoas saibam que aquela conduta vai gerar uma ação de reparação indenizatória eles passarão a não repeti-la. Ela também pode ser reparadora, já que a responsabilidade jurídica na sua essência é uma ideia de reparação do dano, de restabelecimento do status quo originário.

O CDC³² foi a primeira norma brasileira que de forma mais ampla trouxe em seu bojo a responsabilidade civil objetiva e a generalizou para inúmeros casos ocorrentes na realidade das pessoas, que se enquadram no conceito de consumidor. Trouxe, pois, um microsistema jurídico calcado na responsabilidade objetiva.

²⁹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. Vol.7. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.50.

³⁰STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 114.

³¹ PAMPLONA FILHO, Rodolfo; GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de Direito Civil Responsabilidade Civil**. 10.ed. rev. amp. e atual. v.III. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 63.

³²BRASIL. **Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm> Acesso em: 04 de Set de 2017.

2.6 FUNÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil tem inúmeras funções mas duas merecem uma análise maior para se atingir o intuito desse trabalho científico, são elas: a função reparatória e a função punitiva.

Segundo Cristiano Chaves, Nelson Rosevald e Felipe Netto³³, a função reparatória é aquela que assume a finalidade de neutralizar o dano causado, as consequências do ilícito, todavia, no que se refere ao dano moral, assegura que nenhum ressarcimento será possível de fazer com que o lesado retorne ao *status quo* antes do dano. Já a função punitiva, por sua vez, seria a capacidade da responsabilidade civil de punir aquele que causou o dano, quando provada a sua culpa, quesito esse que ainda será abordado a fundo ao longo deste trabalho científico.

A função punitiva é justamente o caminho pelo qual é possível rever-se o critério de mensuração das indenizações arbitradas no âmbito da responsabilidade civil, com o intuito de que ao ofensor não caiba apenas a obrigação de reparar ou compensar a vítima, mas a de pagar uma quantia extra, a título de punição.

Essa função tem por objetivo reforçar as sanções sob o escopo da responsabilidade civil, com a finalidade de funcionar de maneira hábil a mitigar a possibilidade de se efetivar a hipótese em que o agente perceba que as consequências da sua conduta serão inferiores ao proveito auferido pela conduta ilícita, inibindo, por exemplo, delitos em massa envolvendo as relações de consumo.

Nesse cenário entram os *punitive damages* que, segundo André Gustavo de Andrade³⁴, são definidos como a indenização outorgada em adição à indenização compensatória quando o ofensor agiu com negligência, malícia ou dolo. O objetivo geral deles seria punir o ofensor, estabelecendo uma sanção que lhe sirva de exemplo para que não repita o ato lesivo, além de dissuadir comportamentos semelhantes por parte de terceiros, ainda de acordo com André Andrade³⁵. Os *punitive damages* acabam sendo uma forma de compensar o sofrimento da vítima

³³CHAVES, Cristiano; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe. **Curso de Direito Civil 3: Responsabilidade Civil**. 2.ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Atlas, 2015, pág. 39-43.

³⁴ ANDRADE, André Gustavo de. **Dano moral e indenização punitiva**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.186.

³⁵ *Ibidem*, p.187

em relação ao dano que recaiu sobre ela, e desse modo atuaria com uma função preventiva em relação aquele que causou a lesão principalmente se esse dano gerar uma conduta grave.

Logo, as funções da responsabilidade civil mais relevantes seriam basicamente duas, a reparatória e a punitiva, sendo a segunda um ponto um pouco mais controverso quando se trata da responsabilidade civil objetiva, conforme haverá de ser tratado ao longo deste trabalho científico.

2.7 CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Existem diversas classificações doutrinárias da responsabilidade civil, tendo duas delas uma importância maior, quando relacionado ao tema alvo deste trabalho científico.

A primeira classificação doutrinária da responsabilidade civil é entre a objetiva e a subjetiva. A objetiva ocorrerá quando o dever de indenizar não depender da comprovação de culpa. Os fatores de atribuição dessa responsabilidade objetiva são: o risco, a equidade e simples disposição legal.

Já a responsabilidade subjetiva, segundo Sergio Cavalieri Filho³⁶, é aquela em que, de acordo com a concepção clássica, a vítima só obterá a reparação do dano se provar a culpa do agente, o que nem sempre é possível, na sociedade atual. Ainda de acordo com Sergio Cavalieri Filho, tem-se que:

É possível dizer que o Código de Defesa do Consumidor trouxe a lume uma nova área da responsabilidade civil - a responsabilidade nas relações de consumo -, tão vasta que não haveria nenhum exagero em dizer estar hoje a responsabilidade civil dividida em duas partes: a responsabilidade tradicional e a responsabilidade nas relações de consumo.

Sergio Cavalieri Filho³⁷ segue nessa linha afirmando que a responsabilidade trazida pelo CDC é objetiva, pautada no dever e segurança do fornecedor em relação aos serviços e produtos que são lançados no mercado de consumo.

É importante, portanto, ressaltar o conceito de culpa trazido por José de Aguiar Dias³⁸:

³⁶CAVALIERI FILHO, Sergio; **Programa de responsabilidade civil 1**. – 10.ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 34.

³⁷*Ibidem*, p. 35.

³⁸DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade civil**. 6.ed. 1. v. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 136.

A falta de diligência na observância da norma de conduta, isto é, o desprezo, por parte do agente, do esforço necessário para observá-la, com resultado não objetivado, mas previsível, desde que o agente se detivesse na consideração das conseqüências eventuais de sua atitude.

Assim, de acordo com Silvio Rodrigues³⁹ para que a responsabilidade subjetiva se configure é fundamental a prova da culpa do agente causador, de outro modo o dever de indenizar decai também, desse modo é subjetiva a responsabilidade que dependa do comportamento do agente.

Vale aqui ressaltar que o CDC⁴⁰ foi a primeira norma brasileira que de forma mais ampla trouxe em seu bojo a responsabilidade civil e generalizou a responsabilidade objetiva para inúmeros casos ocorrentes na realidade das pessoas, que se enquadram no conceito de consumidor, o mesmo trouxe um microsistema jurídico calcado na responsabilidade objetiva.

A alteração da sistemática da responsabilização, retirando o requisito de prova da culpa, não significa dizer que a vítima não terá nada a provar. Caberá a ela comprovar o dano e o nexo de causalidade entre o serviço ou produto, como será analisado adiante.

A próxima classificação é entre a responsabilidade civil contratual e a extracontratual. Na primeira, a responsabilidade civil deriva do descumprimento danoso de obrigação primária pactuada em um contrato. Já a segunda, ocorre quando se fere o princípio *neminem laedere*, ou seja, o dever de não causar danos na esfera de outrem.

A responsabilidade contratual é aquela em que há um liame jurídico prévio interligando aquelas partes. Já a responsabilidade extracontratual, é aquela em que há uma discussão sobre o dever de indenizar ou não e não há liame prévio estabelecido. Muitas situações tratam do dever de indenizar a partir do princípio jurídico *Neminem Laedere*⁴¹.

Nesse sentido Silvio de Savio Venosa⁴² traz o esclarecimento de que:

[...] tanto a responsabilidade contratual como a extracontratual com freqüência se interpretam e ontologicamente não são distintas: quem transgredir um dever de conduta, com ou sem negócio jurídico, pode ser obrigado a ressarcir o dano. O dever violado será o ponto de partida, não

³⁹ RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil – Responsabilidade Civil**. Local: 2003, p 11.

⁴⁰ BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm> Acesso em: 04 set. 2017.

⁴¹ Esse princípio se refere ao dever de não lesar a outrem. Significa que você, ao viver em sociedade, deve pautar a sua conduta de modo que sua atuação não gere dano aos demais.

⁴² VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2005, p.30

importando se dentro ou fora de uma relação contratual. Advertimos, contudo, que, quando em doutrina é feita referência singela à responsabilidade civil, devemos entender que se trata de relação extracontratual.

Desse modo conclui-se que se o dano for decorrente diretamente da violação de um preceito legal, por força da atuação ilícita do agente infrator, estar-se-á diante da responsabilidade extracontratual. Todavia, quando o dano decorre da ofensa a uma norma jurídica que vinculava as partes, e o prejuízo decorre justamente do descumprimento da obrigação fixada neste contrato, a responsabilidade será contratual, segundo Pablo Stolze e Pamplona Filho⁴³.

Supera a dicotomia clássica entre responsabilidade civil contratual e extracontratual o tratamento que o CDC dá a esta matéria. O fundamento da responsabilidade civil do fornecedor deixa de ser a relação contratual ou fato ilícito para se materializar em função de um outro tipo de vínculo: a relação jurídica de consumo, contratual ou não. O texto legal simplesmente não as teve em mente, pelo contrário, procurou delas se afastar, não considerando, portanto, a divisão clássica⁴⁴.

Conclui-se, portanto, que existem diversas classificações doutrinárias da responsabilidade civil, tendo duas delas uma importância maior, por razões diferentes. Há uma divisão entre responsabilidade civil subjetiva, aquela em que a vítima precisa provar a culpa do agente, enquanto a objetiva independe da comprovação de culpa, sendo essa segunda a adotada pelo CDC. Quanto à segunda classificação entre a responsabilidade civil contratual e extracontratual, esta não foi adotada pelo CDC, que traz uma nova relação jurídica, qual seja, a do consumidor.

2.8 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

No olhar consumerista, o grande pressuposto gerador da responsabilidade é o defeito. A falha, como causadora do acidente de consumo é considerada como elemento gerador da responsabilidade civil objetiva no regime do CDC. Pode ele ocorrer em qualquer serviço ou produto de consumo, como assegura

⁴³ GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**, 2004, p. 18.

⁴⁴ BEJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; Bessa, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 6.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 162.

o art.3º, parágrafos 1º e 2º. Não há responsabilidade civil por acidente de consumo se não houver defeito.⁴⁵

A responsabilidade civil, no olhar civilista, como medida que obriga alguém ao pagamento de uma obrigação secundária pelo descumprimento de uma obrigação primária exige que alguns pressupostos se configurem para que possa realmente haver a cobrança dessa obrigação secundária, ou seja, sem eles não pode se falar em indenização.

Esses pressupostos se extraem do artigo 186 do Código Civil⁴⁶, que refere que o sujeito que por ação ou omissão voluntária, imprudência ou negligência, causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral e violar direito, cometerá ato ilícito. Logo, ele traz como pressupostos da responsabilidade civil a conduta, o nexo causal e o dano, conforme veremos detalhadamente neste capítulo.

Vale ressaltar que alguns autores acrescentam aos pressupostos a culpa todavia, Gagliano e Pamplona Filho⁴⁷ alertam acertadamente que:

“A culpa, portanto, não é um elemento essencial, mas sim acidental, pelo que reiteramos nosso entendimento de que os elementos básicos ou pressupostos gerais da responsabilidade civil são apenas três: a conduta humana (positiva ou negativa), o dano ou prejuízo, e o nexo de causalidade [...]”

Esse artigo, acima mencionado, do CC⁴⁸, deve ser combinado com o art.927, do mesmo dispositivo, uma vez que trata da obrigação em reparar, aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, e no seu parágrafo único traz que independente de culpa, haverá obrigação de reparar o dano, quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem ou nos casos determinados por lei.

Esse mesmo entendimento também pode ser extraído do CDC⁴⁹, uma vez que o seu art.14 traz que independentemente da existência de culpa, o fornecedor

⁴⁵ BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; Bessa, Leonardo Roscoe. *Op.cit*, 2014. p. 173.

⁴⁶ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 13 out. 2017.

⁴⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**, v.3. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 29.

⁴⁸ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 13 out. 2017.

⁴⁹ BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm> Acesso em: 04 set. 2017.

de serviços responde pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

Adverte Rui Stoco⁵⁰ que “não há responsabilidade civil sem determinado comportamento humano contrário à ordem jurídica.”

De acordo com Sergio Cavalieri Filho⁵¹ a conduta é o comportamento humano voluntário que se exterioriza através de uma omissão ou ação, tomando forma através de consequências jurídicas. A vontade é o aspecto subjetivo, enquanto a omissão ou ação é o aspecto objetivo, da conduta.

Silvio Rodrigues⁵² traz que “a responsabilidade do agente pode defluir de ato próprio, de ato de terceiro que esteja sob responsabilidade do agente, e ainda de danos causados por coisas que estejam sob a guarda deste”, acrescentando que:

“O ato do agente causador do dano impõe-lhe o dever de reparar não só quando há, de sua parte, infringência a um dever legal, portanto ato praticado contra direito, como também quando seu ato, embora sem infringir a lei, foge a finalidade social a que ela se destina. [...] São atos praticados com abuso de direito, e, se o comportamento abusivo do agente causa dano a outrem, a obrigação de reparar, imposta àquele, apresenta-se inescusável.”

Vale ressaltar que tanto no dolo como na culpa há conduta voluntária do agente, todavia no primeiro caso ela já nasce ilícita, já que a sua vontade é se dirigir a um comportamento que fere a ordem jurídica. O dolo, portanto, abrange a conduta e o ato lesivo que dela resulte, enquanto no segundo caso o ato nasce lícito, tornando-se ilícito na medida em que se desvia dos padrões adequados socialmente, conforme traz Cavalieri Filho⁵³. Destacando que diante de uma relação de consumo não há o que se falar em dolo ou culpa, sendo indiferente a inserção de um ou outro para incidir a responsabilidade do agente.

A conduta pode se caracterizar por ser a ação ou omissão do ser humano capaz de ensejar a responsabilidade civil.

Outro pressuposto do dever de indenizar é o nexo causal, que seria a relação de causa e efeito entre a conduta e o dano, também conhecido como liame etiológico.

⁵⁰ STOCO, Rui. **Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial**. 3.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 54.

⁵¹CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil 1**. 10.ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 41.

⁵² RODRIGUES, Sílvio, **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. Editora: X, 2003, p 15.

⁵³ CAVALIERI FILHO, Sergio; **Programa de responsabilidade civil 1**. 10.ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 49.

Gagliano e Pamplona Filho⁵⁴, ao falar sobre o nexo causal, o firmaram sobre a tese de três principais teorias, a saber: a) teoria da equivalência de condições, do alemão Von Buri, a qual “não diferencia os antecedentes do resultado danoso, de forma que tudo aquilo que concorra para o evento será considerado causa”; b) teoria da causalidade adequada, desenvolvida a partir das idéias do também alemão Von Kries e deve “ser apta à efetivação do resultado” e, para concluir, a teoria da causalidade direta ou imediata, do brasileiro Agostinho Alvin, também conhecida por alguns doutrinadores de teoria da interrupção do nexo causal, sendo que causa para esta corrente, “seria apenas o antecedente fático que, ligado por um vínculo de necessidade ao resultado danoso, determinasse este último como uma consequência sua, direta e imediata”.

Os mesmos autores, Gagliano e Pamplona Filho⁵⁵ seguem no entendimento de que existe “uma certa imprecisão doutrinária, quando se cuida de estabelecer qual a teoria adotada pelo Código Civil brasileiro, referente ao nexo de causalidade”, afirmando que: “Respeitável parcela da doutrina, nacional e estrangeira, tende a acolher a teoria da causalidade adequada, por se afigurar, aos olhos destes juristas, a mais satisfatória para a responsabilidade civil.

Todavia, os autores acima citados não possuem a mesma compreensão, juntando-se ao lado daqueles “que entendem mais acertado o entendimento de que o Código Civil brasileiro adotou a teoria da causalidade direta ou imediata (teoria da interrupção do nexo causal), na vertente da causalidade adequada.”

O próximo pressuposto é o dano. Seria ele a lesão a um interesse jurídico tutelado, patrimonial ou não, ou seja, caracteriza-se pelo prejuízo sofrido pela vítima. Vale salientar que só é possível se falar em responsabilidade civil se o ilícito resultar em um dano.

A própria palavra indenização tem origem no dano. Indenização vem da palavra indene, que significa não dano. No Direito Penal, o cidadão pode ser preso sem causar nenhum dano: a mera tentativa do ato ilícito pode ser punida, já no Direito Civil a tentativa de causar dano cível não justifica uma condenação, o pagamento de uma indenização, o dano deve ser materializado.

⁵⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. Editora: X, 2004, p. 96-102.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 103.

O dano patrimonial, ou material, representa uma lesão concreta ao patrimônio do ofendido, ou seja, a perda ou deterioração, total ou parcial, dos bens materiais que lhe pertencem, susceptíveis de avaliação e dividem-se em lucros cessantes (o que deixou de ganhar em razão do evento danoso) e danos emergentes (o que efetivamente perdeu), conforme traz Celso Marcelo de Oliveira⁵⁶.

A Constituição Federal brasileira no seu artigo 5º, inciso X, trouxe a indenização tanto por dano material quanto por dano moral, a partir do princípio que estabelece que: “X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

O dano moral por sua vez, segundo Pontes de Miranda⁵⁷, é aquele que não é patrimonial, sendo ele o que atinge o devedor como ser humano, não lhe atinge o patrimônio.

Vale ressaltar que em relação ao nexo de causalidade e a comprovação do dano, o juiz pode inverter o ônus da prova quando “for verossímil a alegação” ou até mesmo quando o consumidor for hipossuficiente, lembrando ainda que o consumidor não necessita provar o defeito, como assegura o art. 12, parágrafo 3, inciso II do CDC⁵⁸.

Logo, pode-se concluir, que é pressuposto da responsabilidade civil, no olhar do CDC o defeito do produto ou serviço. Enquanto que, de acordo com o CC, são pressupostos a conduta, o nexo causal e o dano, estando o CDC de acordo também com o entendimento que o CC traz da não necessidade da existência de culpa quando o fornecedor de serviços responde pela reparação dos danos causados aos consumidores.

⁵⁶ OLIVEIRA, Celso Marcelo de. **Teoria Geral da Responsabilidade Civil e de Consumo**. São Paulo: Thomson – IOB, 2005, p. 209.

⁵⁷ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado** – Tomo III. 4.ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 51

⁵⁸ BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; Bessa, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 6.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 173.

3 TURISMO

Ainda de acordo com o entendimento de Eduardo Carneiro⁵⁹, o turismo deve figurar no universo das escolhas legislativas e administrativas, necessariamente, para se alcançar a prosperidade social e econômica. Repete-se aqui a coexistência entre a livre iniciativa e a função social. Razão pela qual, as iniciativas governamentais não poderão ser limitadas a uma abordagem que busque a economia, devendo, satisfazer simultaneamente outro objetivo fundamental da República, qual seja a redução das desigualdades sociais.

Nesse sentido, promover uma atividade significa dar incentivo, fazê-la evoluir. Desse modo, o papel do Estado na atividade do turismo vem a ser o de gerar condições para o seu crescimento, acompanhando a sua evolução e proporcionando a infraestrutura adequada para o constante aprimoramento⁶⁰.

O turismo é um fenômeno recente como alvo de estudos e, mesmo que antigo como fato político-cultural e socioeconômico, são limitados os trabalhos jurídicos dedicados a sua compreensão. As tentativas preliminares de conceituação desse termo referem-se apenas aos aspectos relacionados às viagens de lazer. Ainda hoje, parte da doutrina mantém tal entendimento, restringindo a amplitude do tema à motivação da viagem. Todavia, atualmente desponta novo entendimento no sentido de considerar turistas sejam quais forem os objetivos da viagem⁶¹.

⁵⁹ CARNEIRO, Eduardo Walmsley Soares Carneiro. **Responsabilidade Civil nos Contratos de Turismo**. Disponível em: <<https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJPE/article/viewFile/68/69>>. Acesso em: 16 mar. 2018, p.89.

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ *Ibidem*.

Gustavo Tepedino⁶², por exemplo, afirma que, a recreação, o lazer e a viagem podem coexistir com o trabalho de modo dinâmico, claro e permanente, já que a existência de um não exige, em absoluto, a supressão do outro. Vale ressaltar ainda que o CDC no seu artigo 2º, no conceito de consumidor, trouxe como requisito apenas a destinação final do produto ou serviço, e não a intenção ou motivação que levou a isso.

Já Badaró⁶³ leciona que turismo é o fenômeno social que se caracteriza no deslocamento voluntário e temporário de pessoas ou grupo de indivíduos que, fundamentalmente por razões de recreação, cultura, descanso, trabalho ou saúde, ausentam-se de seu local de residência habitual indo para outro, na qual não praticam nenhuma atividade remunerada nem lucrativa, gerando inúmeras inter-relações de importância social, econômica e cultural.

O desenvolvimento científico e tecnológico, especialmente do século passado e início do atual, abarcando áreas do conhecimento humano jamais imaginadas, deu origem a transformações econômicas, políticas e sociais. Visando tais transformações a sociedade procura, cada vez mais, novos recursos que possam fornecer às pessoas a saciedade para suas aspirações. A intensa atividade humana desejando o desenvolvimento dessas áreas e a acirrada competitividade no mercado de trabalho ensejam desgastes às relações interpessoais. Daí que o turismo vem sendo praticado não só como via de lazer, mas também com ânimo de evasão, aquisição de *status*, espírito de aventura, desejo ou necessidade de tranquilidade, comércio e cultura⁶⁴.

Luciana Padilha⁶⁵ refere que não existem dúvidas de que o turismo pode ter como motivação o lazer, porém não é a única finalidade existente. Há tipos diversos de turismo, bem como férias, negócios, saúde, cultural, desportivo e religioso, que indicam objetivos diferentes, propiciando assim uma expansão do que se compreende por turismo. Entendimento esse que colabora com o trazido anteriormente por Badaró.

⁶² TEPEDINO, Gustavo. **A Responsabilidade Civil nos Contratos de Turismo**. In: _____. Temas de Direito Civil. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.242.

⁶³ BADARÓ, Rui Aurélio de Lacerda, **Direito do Turismo: história e legislação no Brasil e no Exterior**. 2.ed. rev. e atual., São Paulo: Senac, 2006, p. 21.

⁶⁴ SILVA, Luciana Padilha. **A Responsabilidade Civil nos Contratos de Turismo em Face ao Código de Defesa do Consumidor**. Renovar: 2005, p. 16.

⁶⁵ *Ibidem*.

Vale ressaltar, portanto, que os elementos fundamentais encontrados nas definições de turismo são: a natureza transitória, de estadia temporária, e a busca por saciar algum desejo por parte dos turistas, não importando qual seja a motivação. Mesmo não existindo ainda um conceito universal formulado pela doutrina, esses são os elementos que podem ser extraídos da grande maioria doutrinária.

3.1 AGÊNCIAS DE TURISMO

As agências de turismo, são caracterizadas por serem sociedades comerciais que têm por finalidade promover viagens. De acordo com Luciana Padilha⁶⁶:

compreende-se agência de turismo a sociedade que tem como objetivo social exclusivamente as seguintes atividades de turismo: venda comissionada ou intermediação de remunerada na reserva de alojamento; recepção, traslado, transferência e assistência especializadas ao turista; operação de viagens e excursões, individuais ou coletivas, compreendendo a organização, contratação e execução de programas, roteiros e itinerários; credenciamento de empresas transportadoras, empresas de hospedagem para emissão de bilhetes, bem como outras prestações de serviços turísticos; e, divulgação pelos meios adequados, inclusive propaganda e publicidade, de todos esses serviços.

Ainda segundo Luciana Padilha, vale mencionar que as agências de turismo também poderão prestar outros serviços em caráter privativo, como por exemplo obtenção e legalização de documentos para viajantes ou venda e reserva de ingressos.

A legislação pátria vigente classifica as agências de turismo em duas categorias: as agências de viagens e turismo e as agências de viagens.

As agências de viagem e turismo são também denominadas como “operadoras de turismo”, conhecidas internacionalmente como “*tour operators*”. Elas são responsáveis por elaborar um programa turístico, contratando serviços, como hotéis, frete de aviões etc. Desse modo são as operadoras de turismo que arcam com o risco de não ocupar os lugares reservados no transporte ou hotel, arcando com o custo da mesma forma caso não vendam o número reservado de lugares.

⁶⁶ SILVA, Luciana Padilha. *Op.cit.*, 2005, p. 46.

Com isso além de intermediárias também são produtoras de serviços turísticos, de acordo com Mario Carlos Beni⁶⁷.

As agências de viagens por sua vez são empresas com a finalidade de prestação de serviços, que atuam no campo da intermediação. Portanto estas não têm competência para organizar ou produzir eventos turísticos, seu intuito é apenas de vender em nome de terceiros. Vale ressaltar que as agências de viagens mesmo sendo apenas prestadoras de serviços são consideradas fornecedoras e respondem pelos danos causados aos consumidores, conforme o Código de Defesa do Consumidor⁶⁸ traz no seu artigo terceiro.

Alexandre Raposo⁶⁹ comenta em relação às duas categorias de agências de turismo que:

As operadoras montam pacotes ou excursões, põem o pacote à venda para o público, ou para outras agências, contratam prestadores de serviços e executam o passeio ou excursão. Já as agências de viagem e turismo não só vendem pacotes de outras agências, fazem reservas de hotéis, de passagens [...].

Desse modo, de acordo com Luciana Padilha⁷⁰ as agências de viagens e turismo são aquelas que organizam a prestação dos serviços turísticos junto aos demais fornecedores dos serviços estabelecidos no contrato e vendem o pacote turístico. Enquanto que a agência de viagens apenas revende ao consumidor aquele pacote turístico já produzido pela operadora de turismo.

Em harmonia com tal entendimento, Cláudia Lima Marques⁷¹ manifesta que:

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 viagem pela conduta de qualquer prestador de serviços envolvido na viagem turística, prestador este que considera como '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.

⁶⁷ BENI, Mario Carlos, *Análise Estrutural do Turismo*, 10.ed. atual., São Paulo, Senac, 2004, p. 191.

⁶⁸ BRASIL. LEI Nº 8.078, DE 11 DE SETEMBRO DE 1990. **Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm> Acesso em: 04 set. 2017.

⁶⁹ RAPOSO, Alexandre, *Turismo no Brasil: um guia para o guia*, ISBN 8574581046, Rio de Janeiro: Senac, 2002, p. 15.

⁷⁰ SILVA, Luciana Padilha. **A Responsabilidade Civil nos Contratos de Turismo em Face ao Código de Defesa do Consumidor.** Renovas, 2005, p. 47.

⁷¹ 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.

É de suma importância trazer à tona o conceito de pacote turístico, que foi acima mencionado. De acordo com Mario Perrochi⁷², ele se constitui quando a operadora de turismo contrata uma série de serviços individualizados e diferentes e junta-os para criar um novo produto singular, que é justamente o pacote turístico.

Pode-se concluir, portanto, que as agências de turismo apresentam-se como sujeito obrigatório para a caracterização do contrato de consumo em questão, uma vez que, ao final da cadeia de fornecedores de serviços turísticos, coloca-se como intermediária entre o consumidor e os prestadores dos destes serviços.

3.1.1 Imposições legais impostas pela Lei Nº 12.974/2014 às agências de turismo

A Lei nº 12.974⁷³ de 15 de maio de 2014, surgiu para dispor e regular as atividades das agências de turismo no Brasil. Ela se encontra em consonância com o que dispõe o CDC de 11 de setembro de 1990, conforme irá se demonstrar.

Tal lei classifica agência de turismo como empresa que tenha como exclusivo objeto a prestação das atividades de turismo definidas por ela mesma, sendo elas: assessoramento, planejamento e organização de atividades acostadas a viagens turísticas, organização de programas, serviços, roteiros e itinerários de viagens, individuais ou em grupo, e intermediação remunerada na sua execução e comercialização e organização de programas e serviços relativos a viagens educacionais ou culturais e intermediação remunerada na sua execução e comercialização, estas em caráter privativo. Podendo as agências exercerem todas ou algumas dessas atividades previstas em lei.

⁷² PERROCHI, Mario, **Agências de Turismo: planejamento e gestão**. São Paulo: Futura, 2003, p. 45

⁷³BRASIL. LEI Nº 12.974, DE 15 DE MAIO DE 2014. **Dispõe sobre as atividades das Agências de Turismo**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12974.htm> Acesso em: 04 de Set. de 2017.

Vale ressaltar que a lei deixa claro que serão consideradas agências de turismo apenas sociedades empresariais, ou seja, necessariamente terão que ser pessoas jurídicas. A especificação é importante, uma vez que no mercado existe ainda a atuação de agentes de viagens, pessoas físicas, que podem trabalhar individualmente como consultores, todavia, para efeitos legais, não serão enquadrados como agências de turismo. Isso porque, o trabalho do agente não será considerado uma atividade empresarial, mas nada obsta que ele seja um empresário individual e tenha sua própria agência, de acordo com a lei.

A lei nº 11.771/ 2008⁷⁴, que é a lei geral do turismo, deixa evidente a obrigatoriedade de serem pessoas jurídicas quando no seu art.27 traz que:

Compreende-se por agência de turismo a pessoa jurídica que exerce a atividade econômica de intermediação remunerada entre fornecedores e consumidores de serviços turísticos ou os fornece diretamente

Como já dito a lei nº12.974/2014 encontra-se em consonância com o CDC, isso porque em dois artigos classifica a responsabilidade das agências de turismo como sendo responsabilidade objetiva. Isso está caracterizado no artigo 10, inciso V e no artigo 20 que dizem que:

Art. 10. A oferta do serviço prestado pela Agência de Turismo expressará: [...] V - a responsabilidade legal pela execução dos serviços e eventuais restrições existentes para a sua realização.

Art. 20. A Agência de Turismo é diretamente responsável pelos atos de seus prepostos, inclusive os praticados por terceiros por ela contratados ou autorizados, se ao contrário não dispuser a legislação vigente.

Desse modo, torna-se claro que às agências de turismo cabe a responsabilidade civil objetiva, independente da comprovação de culpa, afirmando mais uma vez a proteção dada ao consumidor trazida pelo CDC, já que a relação existente entre as agências de turismo e os seus clientes é uma relação de consumo. Isso porque o consumidor pode ser caracterizado como toda pessoa física que adquire ou utiliza um serviço como destinatário final.

A lei nº 12.974⁷⁵ traz outra exigência importante no seu artigo 21, que trata da obrigatoriedade das agências de turismo estarem registradas no órgão federal responsável pelo cadastramento e pela fiscalização das empresas dedicadas

⁷⁴ Brasil. Lei nº 11.771, de 17 de setembro de 2008. Dispõe sobre a Política Nacional de Turismo, define as atribuições do Governo Federal no planejamento, desenvolvimento e estímulo ao setor turístico. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11771.htm> Acessado em: 23 fev. 2018.

⁷⁵BRASIL. Lei nº 12.974, de 15 de maio de 2014. Dispõe sobre as atividades das Agências de Turismo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12974.htm> Acesso em: 04 de Set. de 2017.

à exploração dos serviços turísticos, isso para que possam oferecer os serviços turísticos alvo da lei em questão. Logo, é de suma importância que ao celebrar um contrato com agência de turismo haja a conferência se esta encontra-se regular ou não.

Ademais a lei é clara ao trazer as consequências para a inobservância de qualquer das determinações estabelecidas por ela, elencando as seguintes penalidades, além das sanções penais cabíveis: advertência por escrito, multa, interdição das instalações do estabelecimento, empreendimento ou equipamento e cancelamento do registro. Essas penalidades serão por sua vez reguladas e aplicadas pelo órgão federal responsável pelo cadastramento e fiscalização das empresas dedicadas à exploração dos serviços turísticos.

O órgão federal responsável pelo cadastramento e pela fiscalização das pessoas físicas e jurídicas dedicadas à exploração dos serviços turísticos é o Cadastur, Cadastro dos Prestadores de Serviços Turísticos.

O cadastro por sua vez garante diversas oportunidades e vantagens de negócios aos seus cadastrados, além de ser uma importante fonte de consulta para o turista. O programa em questão é executado pelo Ministério do Turismo em parceria com os órgãos oficiais de turismo nos 26 estados e no Distrito Federal, informações essas segundo o site oficial do Cadastur⁷⁶.

O Ministério do Turismo entende que o guia é fundamental para orientar, cuidar e dar apoio durante todo o passeio. É por isso que é também obrigatório o cadastro desse profissional⁷⁷. Como já dito, a lei nº 12.974 elenca as penalidades cabíveis para o seu descumprimento e estas portanto são aplicadas para a falta de registro no Cadastur.

Vale ressaltar a lei nº 11.771/2008, que conforme já dito, é a lei geral do turismo, no seu artigo 27 determina as diretrizes gerais para as agências de turismo. Tal norma está em plena consonância com a lei nº 12.974/2014, uma vez que, determinam como competência das agências as mesmas atividades.

Pelo exposto, pode-se concluir que agência de turismo é aquela pessoa jurídica responsável pela intermediação, no caso das agências de viagens, entre os

⁷⁶ Disponível em: <<http://www.cadastur.turismo.gov.br/cadastur/SobreCadastur.mtur>> Acesso em: 23 de jan de 2018.

⁷⁷ *Ibidem*.

serviços ofertados pelas diversas empresas turísticas e os consumidores turistas podendo, ela mesma, ser fornecedora de tais serviços, no caso das operadoras.

3.1.2 Defesa do consumidor nos contratos firmados pelas agências de turismo: fornecedores responsáveis

O CDC conceitua fornecedor de maneira bem abrangente, de modo a alcançar todos os partícipes do ciclo produtivo-distributivo. Afirmo James Marins⁷⁸ que a doutrina classifica os fornecedores responsáveis, sujeitos a participar, no pólo passivo, da relação jurídica nas seguintes categorias:

fornecedor real, envolvendo o fabricante, o produtor e o construtor; fornecedor aparente, que compreende o detentor do nome, marca ou signo aposto no produto; e fornecedor presumido, abrangendo o importador e comerciante de produto anônimo.

O Código criou três modalidades de responsáveis, sendo eles o real que é o fabricante, construtor ou produtor, o presumido que é o importador, e o aparente que é o comerciante.

Efetivamente quem tem o compromisso de participar da realização ou criação do produto acabado é o fornecedor real, que abrange também o fornecedor final e o intermediário, de acordo com Maris⁷⁹. À luz do parágrafo segundo, do art.25, do CDC, a agência de turismo responde solidariamente com os demais fornecedores, segundo sua participação no evento lesivo.

As agências de turismo têm uma responsabilidade solidária/aparente, conforme assevera a jurisprudência⁸⁰:

AGÊNCIA DE TURISMO. Pacote de viagem. Abatimento do preço, dada a redução dos dias da excursão, por responsabilidade da empresa encarregada de realiza-la. É direito dos excursionistas o abatimento do preço, proporcional aos dias a menos que durou a excursão, dado os percalços e incidentes de viagem que ocorreram por responsabilidade da empresa de turismo encarregada de realiza-la reatando em desacordo com o que fora pactuado e as indicações constantes da mensagem publicitaria de oferta que a antecederá. Responsabilidade civil solidária. Portanto, sabedor do que poderia ser certo ou errado.

Considerando a responsabilidade objetiva, faz-se necessário a análise de três condições, que na perspectiva da prestação de serviços, levam a responsabilização do fornecedor. A primeira é a disposição do produto no mercado,

⁷⁸ MARINS, James. **Responsabilidade da empresa pelo fato do produto**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p.145.

⁷⁹ MARINS, James. *Op.cit.*1993. p. 150.

⁸⁰ TRS- EI 594.125.007- 3º GCC - rel. Des. Osvaldo Stefanello, em 03/03/1995.

ou seja, fazer entrar em circulação comercial, iniciar um serviço potencialmente danoso e que possa causar lesões aos interesses dos consumidores. A segunda, é a relação de causalidade entre a ação ou omissão do fornecedor e o dano verificado. Por fim, a terceira condição é o dano ressarcível, consubstanciado nos prejuízos efetivos, diretos e imediatos, e também lucros cessantes. Presentes as três circunstâncias, não há o que se discutir quanto a responsabilidade do fornecedor⁸¹, ressaltando sempre que independe da presença de culpa, conforme assegura o art.14 do CDC.

A responsabilidade da operadora ou da agência de viagens não depende das cláusulas firmadas em cada um dos contratos que integram o pacote turístico, podendo o consumidor acionar qualquer um dos fornecedores dos serviços, todos são solidariamente responsáveis pelo cumprimento do pacote turístico que foi vendido. No entendimento de Tepedino⁸²:

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

Há um suporte a tal entendimento no art.34 do CDC, que diz que, o fornecedor do serviço ou produto é solidariamente responsável pelos atos de seus representantes autônomos ou de seus prepostos. Eduardo Carneiro⁸³ assegura que tanto quem vende ou intermedia quanto quem opera ou organiza a excursão é responsável pelo que vende.

Sobre a responsabilidade das Agências de Turismo Operadoras, dispõe o item 1.2 da Deliberação Normativa 161 da Embratur⁸⁴, 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 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.

⁸¹ CARNEIRO, Eduardo Walmsley Soares Carneiro. **Responsabilidade Civil nos Contratos de Turismo**. p. 116. Disponível em: <<https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJPE/article/viewFile/68/69>>. Acesso em: 16 de Mar de 2018.

⁸²TEPEDINO, Gustavo. **A responsabilidade civil nos contratos de turismo**. In:____. Temas de direito civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 255.

⁸³ CARNEIRO, Eduardo Walmsley Soares Carneiro. *Op.cit.*, p. 117.

⁸⁴ 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_n_ormativa_161_85_09_agosto_1985.html> Acesso em: 18 de dez de 2017.

É possível também haver a desconsideração da personalidade jurídica, inclusive esta é prevista e determinada no art.28 do CDC, o qual prevê a possibilidade do juiz desconsiderar a personalidade jurídica das sociedades, permitindo que seja atingido o patrimônio dos acionistas ou sócios, para satisfação dos direitos lesados.

O mencionado dispositivo⁸⁵ prevê as hipóteses em que há margem para se aplicar a superação da personalidade jurídica da agência de turismo, quais sejam:

O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

Todavia se faz necessário que tais eventos ocorram em detrimento do consumidor, tendo em vista que, conforme afirma Cavalieri Filho⁸⁶, em relação às excludentes de responsabilidade do fornecedor, no caso da agência de turismo:

Mesmo na responsabilidade objetiva, é indispensável o nexo causal. Esta é a regra universal, quase absoluta, só excepcionada nos raríssimos casos em que a responsabilidade é fundada no risco integral, o que não ocorre no Código do Consumidor.

Logo, inexistindo a relação de causa e efeito, ocorre a exoneração da responsabilidade, sendo, portanto, essa a regra dos art. 12, parágrafo 3º, e art. 14, parágrafo 3º, do CDC, porquanto, em todas as hipóteses de exclusão de responsabilidade ali mencionadas, o fundamento é a inexistência do nexo causal.

O consumidor de serviços turísticos terá dupla proteção, a prevista na lei nº 12.974 e a do Código de Defesa do Consumidor.

Quanto à proteção do CDC, há os principais instrumentos, sendo eles: reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor diante do fornecedor, presente no art.4º, I, a garantia obrigatória de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho dos produtos e serviços, presente no art.4º, II, d, o acesso à informação adequada e clara sobre os produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, preço e eventuais riscos que apresentem, de

⁸⁵BRASIL. Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 13 de Out de 2017.

⁸⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Direito do Consumidor**. 4ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 328.

acordo com o art.6º, III, proteção contra publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, práticas e cláusulas contratuais abusivas ou impostas, presente no art.6º, IV, proibição de modificação de cláusulas contratuais que tornem o preço excessivamente oneroso, de acordo com o art.6º, V, a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, presente no art.6º,VI, a facilitação da defesa dos direitos do consumidor, inclusive, como antes visto, com a inversão do ônus da prova se a alegação for considerada verossímil, de acordo com o art.6º, VIII, maiores prazos para reclamação do que os previstos na legislação comum, presentes nos arts. 26 e 27, opção entre exigir o cumprimento da obrigação ou convertê-la em perdas e danos, de acordo com o art. 84, parágrafo 1º, e por fim a possibilidade de o consumidor/autor propor a ação em seu domicílio e não no do fornecedor/réu, como é a regra geral em processo civil, de acordo com o art.101, I.

Esse elenco de instrumentos de proteção ao consumidor previsto no CDC beneficiam todo e qualquer cliente. Logo, os adquirentes de serviços turísticos, embora, no Brasil, pertençam a uma faixa econômico-social mais favorecida da população na maioria dos casos, ainda assim, terão todos os benefícios apontados, além, dos previstos na lei nº 12.974, como já dito anteriormente.

Vale ressaltar que caso a legislação especial, a turística e o CDC, não prevejam determinada questão, a legislação comum, a que se aplica às relações comerciais de um modo geral, também poderá ser utilizada pelo consumidor. A esse respeito Ada Pelegrini Grinover⁸⁷ afirma que:

como a responsabilidade é objetiva, decorrente da simples colocação no mercado de determinado produto ou prestação de dado serviço, ao consumidor é conferido o direito de intentar as medidas contra todos os que estiverem na cadeia de responsabilidade que propiciou a colocação do mesmo produto no mercado ou então a prestação do serviço.

Cappelletti⁸⁸, preocupado com o acesso dos consumidores à Justiça, ressaltou que mais de 90% dos contratos, hoje em dia, já não têm o caráter de encontro das vontades individuais, tal a prevalência do chamado contrato '*standard*', qual seja o concluído na base de cláusulas gerais de adesão. Nesse mesmo sentido Tepedino⁸⁹ traz que:

⁸⁷ GRINOVER, Ada Pelegrine. Responsabilidade e Objetividade na prestação de serviços aos consumidores. In: CARVALHO, Antonio Carlos Alencar. **Responsabilidade Civil das Operadoras de Turismo por Vício de Qualidade de Pacotes Turísticos**. São Paulo: LTR, 2003, p. 60.

⁸⁸ CAPPELETTI, Mauro. **As Garantia do Cidadão na Justiça**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 31.

⁸⁹ TEPEDINO, Gustavo. **A responsabilidade civil nos contratos de turismo. Temas de direito civil**. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 84

tal acontece, sobretudo, nos contratos de turismo, que, comumente, trazem no seu texto condições pré-definidas, imunes às alterações unilaterais, mormente as que possam satisfazer ao vendedor. As cláusulas protecionistas atendem somente a agência vendedora, interessada em ter assegurada exclusivamente o seu lucro, livrando-se de quaisquer ônus futuro.

De acordo com Marques⁹⁰, a relação contratual do consumidor é com a agência de turismo e, portanto, pode exigir desta a adequação e a qualidade da prestação de todos os serviços que tenha adquirido no pacote turístico contratado, desse modo, como se os outros fornecedores seus prepostos fossem.

O que ocorre é que a responsabilidade solidária contratual não se presume, resultando da vontade das partes ou da lei, de acordo com o art.265 do CC.

Por conta disso, por não haver no contrato com as agências de viagens a previsão expressa de solidariedade, alguns autores, como Guimarães⁹¹ defendem que se houver cancelamento ou atraso no vôo, má qualidade nos serviços do hotel, fatos que não tenham sido diretamente provocados pela agência de viagens não teria porque a agência ser responsabilizada. Isso, para eles, só deveria ocorrer se de alguma forma, a empresa tiver contribuído para causar o dano, o que não seria o caso nessas hipóteses mencionadas.

Todavia, essa é uma opinião minoritária. A grande maioria da doutrina está de acordo com o ponto de vista do CDC, que impõe a responsabilidade às agências de turismo por todos os serviços por ela contratados. Por exemplo, Nelson Nery Junior⁹² afirma que:

Tendo em vista o princípio geral do direito positivo brasileiro, segundo qual a solidariedade não se presume, decorrendo da lei ou da vontade das partes o CDC criou o princípio da solidariedade legal entre os causadores de dano ao consumidor, de sorte que, havendo mais de um autor desses danos, todos responderão solidariamente pela reparação. Segundo o art.7º, parágrafo único do CDC. Essa norma, aliás, praticamente repete aquela do art. 1518, *caput*, segunda parte, do CC. O consumidor poderá, portanto, exigir de qualquer deles a indenização pelo seu todo, sem que deva aguardar, no entanto, a discussão sobre a repartição da responsabilidade entre os devedores solidários.

O resultado prático da inversão de papéis e da imposição legal de novos deveres aos fornecedores, também no ramo de turismo, impõe às agências de

⁹⁰ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 4.ed. 2002, p. 174.

⁹¹ GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini. **Dos contratos de hospedagem, de transporte de passageiros e de turismo**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 281

⁹² JUNIOR, Nelson Nery. Os Princípios Gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. In: **Revista do Direito do Consumidor**. n.3. Local: Revista dos Tribunais, p. 60.

viagens uma responsabilidade solidária, passam a ser responsáveis pela atuação de toda uma cadeia de fornecedores por elas escolhidos e previamente contratados.

Em regra, a solidariedade importa em responsabilidade indivisível, na medida em que aquele que foi cobrado e satisfaz a obrigação terá o direito de reclamar dos demais, em uma etapa posterior, a divisão dos encargos despendidos.

De acordo com Bessa⁹³, a escolha de determinado fornecedor, dentre outros fatores, decorre de confiança no empresário e, conseqüentemente, na qualidade dos seus produtos e serviços. Logo, a agência de viagens tem a obrigação de escolher bem aquelas empresas com as quais faz parceria. Caso escolha mal o fornecedor do serviço, será ela a responsável solidária por aqueles serviços prestados pelas empresas as quais ela contratou.

De acordo com Atheniense⁹⁴, o princípio da solidariedade legal emanado no art. 7º do CDC, quando se trata de contrato celebrado por agências de viagens e operadoras, oferece ao consumidor o direito à reparação de todo e qualquer dano suportado. Não há que se falar em hipótese de repartição de responsabilidade, uma vez que essa é indivisível. O ajuste celebrado, nestas condições, independentemente de seu objeto, gera relação contratual entre consumidor e fornecedor, conseqüentemente, este se torna responsável pela atuação de outros fornecedores que represente.

Logo, resta provado que se trata, portanto, de uma responsabilidade solidária entre as agências ou operadoras de turismo e os demais fornecedores, que sejam por elas contratadas. Vale ressaltar ainda a possibilidade que estas têm do direito de regresso, ou seja, após arcarem com a responsabilidade por um dano ocasionado por algum de seus prepostos, pode acionar este para reaver o que tenha sido pago.

3.1.2.1 Direito de regresso

⁹³ BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 299.

⁹⁴ ATHENIENSE, Luciana Rodrigues. **Responsabilidade solidária das agências de viagens e operadoras de turismo segundo o CDC Lei (8.078/90)**. p. 01. Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/181006t.pdf>>, Acesso em: 23 fev. 2018.

Aquele que suporta o pagamento pelo dano pode se voltar contra o causador do prejuízo para receber o que pagou. Busca-se o restabelecimento do equilíbrio patrimonial, através da ação regressiva, devido ao direito de regresso⁹⁵.

Ou seja, caso a agência de turismo arque com a indenização de um dano que tenha sido provocado pelo hotel por ela contratada, ou pela empresa aérea por ela escolhida, não significa dizer que de fato ela sairá no prejuízo, pois a ela é conferido o direito de regresso, ou seja, de entrar com uma ação para reaver o que pagou do verdadeiro autor do dano.

O artigo 934 do Código Civil assegura isso ao trazer que:

Art. 934. Aquele que ressarcir o dano causado por outrem pode reaver o que houver pago daquele por quem pagou, salvo se o causador do dano for descendente seu, absoluta ou relativamente incapaz.

O direito de regresso está igualmente previsto no artigo 13, parágrafo único, do CDC:

Art. 13. O comerciante é igualmente responsável, nos termos do artigo anterior, quando:

[...]

Parágrafo único. Aquele que efetivar o pagamento ao prejudicado poderá exercer o direito de regresso contra os demais responsáveis, segundo sua participação na causação do evento danoso.

Segundo Cavalieri Filho⁹⁶, o fato do legislador ter, talvez por desatenção, incluído o dispositivo que trata do direito de regresso como parágrafo único do artigo que cuida da responsabilidade subsidiária do comerciante, qual seja o art. 13, não pode nem deve levar ao entendimento de que a sua aplicação fica limitada aos casos de solidariedade entre o comerciante e o fabricante, produtor ou importador. Neste ponto há consenso entre os consumeristas do Código no sentido de ter sido infeliz a localização do dispositivo. Na verdade ele é aplicável a todo o caso de solidariedade, possibilitando ao devedor que satisfaz a obrigação voltar-se contra os co-obrigados.

Desse modo, pode-se perceber que o fornecedor que ressarcir o consumidor, posteriormente terá direito de requerer dos verdadeiros responsáveis, seja parcialmente ou integral, de acordo com a real participação no evento danoso, o ressarcimento da quantia paga.

⁹⁵ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. Local: Editora, 2006, p 95.

⁹⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 5. ed., rev., aum. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 494-495.

Assim a responsabilidade volta ao seu estado natural, qual seja, toma corpo de responsabilidade subjetiva, com as dificuldades inerentes a prova. Pois, não se trata mais de uma relação de consumo, e sim de relação entre fornecedores, logo segue seu curso nos moldes do Código Civil. É de suma importância ressaltar ainda o conteúdo do artigo 88 do CDC:

Art. 88. Na hipótese do art. 13, parágrafo único deste Código, a ação de regresso poderá ser ajuizada em processo autônomo, facultada a possibilidade de prosseguir-se nos mesmos autos, vedada a denúncia da lide.

Ou seja, na Justiça Comum há uma vedação a denúncia a lide a terceiros em processos que envolvam a responsabilidade pelo fato do produto ou do consumo, o que ocorre no presente caso. Esse mecanismo busca a economia processual, pois permite que a ação regressiva seja intentada nos próprios autos, e ainda, vedando o prolongamento do processo com ação paralela, ao proibir a denúncia à lide. No CDC não há previsão expressa quanto ao chamamento ao processo, mas este é igualmente vedado, no âmbito dos juizados especiais, com fundamento no artigo 10 da Lei 9099/95, uma vez que, a finalidade da norma é impedir a acumulação de ações.

Logo, pode-se concluir, que a agência de turismo, vendedora do pacote turístico, terá sim que responder por todos os serviços por ela contratados, mas não necessariamente sairá no prejuízo, porque a elas é conferido o direito de regresso, de cobrar do verdadeiro causador do dano o valor que por ela tenha sido pago a título de indenização.

3.2 A PREVALÊNCIA DO CDC SOBRE TRATADOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS E A INAPLICABILIDADE DO CÓDIGO BRASILEIRO DE AERONÁUTICA

A modalidade de viagem analisada neste trabalho, são as excursões para fora do Brasil envolvendo menores, e por serem viagens internacionais se realizam através do transporte aéreo, por conta disso há uma necessidade da análise da prevalência do CDC sobre tratados e convenções internacionais e a inaplicabilidade do Código Brasileiro de Aeronáutica.

É necessário que seja analisado a hierarquia do CDC perante as demais normas e tratados internacionais, que abordam sobre a limitação da responsabilidade no tocante ao transporte aéreo nacional e internacional.

A Convenção de Varsóvia, inserida no direito brasileiro pelo Decreto nº 20.704, de 24 de Novembro de 1931, posteriormente alterada pelo protocolo de Haia, dispõe que o transportador responde pelo dano ocasionado por ferimento, morte ou qualquer outra lesão corpórea sofrida pelo passageiro, toda vez que o acidente tenha acontecido a bordo da 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).⁹⁷

Ainda de acordo com Eduardo Carneiro, após a vigência do CDC, tornou-se polêmica essa indenização limitada. Por um lado, sustentam que, sendo integral o dever de indenizar inserido pelo Código, no seu art. 6º, VI, as hipóteses de responsabilidade tarifada restaram afastadas. Já os defensores do Direito Aeronáutico defendem o princípio de que, no conflito entre a lei interna e o tratado, prevalece este último.

Integra o segundo grupo o doutrinador Rui Stoco⁹⁸, que defende a sobrevivência da Convenção e dos pactos internacionais que lhe sucederam acima à legislação interna. Assim dispõe o 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.

⁹⁷CARNEIRO, Eduardo Walmsley Soares Carneiro. **Responsabilidade Civil nos Contratos de Turismo**. p. 111. Disponível em: <<https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJPE/article/viewFile/68/69>>. Acesso em: 16 mar. 2018.

⁹⁸ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil e sua interpretação doutrinária e jurisprudencial**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.287.

Todavia, Eduardo Carneiro⁹⁹ diverge do posicionamento de Rui Stoco. Isso porque na época em que a Convenção foi recebida no país, a existência de um amparo para a reparação de danos teve como causa a percepção de que as companhias aéreas, cujo desenvolvimento era ainda iniciante, não deveriam estar expostas aos rigores do direito comum. A insegurança do tráfego aéreo naquele período, origem de muitos acidentes, recomendava a inserção de regime jurídico especial para o transporte aéreo com finalidade de estimular o aperfeiçoamento do setor. A condenação ao pagamento de expressivos valores de indenização a que estavam sujeitas as companhias de aviação ameaçava comprometer a sua consolidação, não incentivando novos investimentos.

Sérgio Cavaleri Filho¹⁰⁰, também está de acordo com a segunda corrente e defende a revogação da Convenção de Varsóvia em tudo aquilo que estiver contrário à proteção do consumidor, tendo em vista que os tempos atuais são outros, ele afirma que:

(...) 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 que entendo também não mais ter aplicação entre nós a indenização limitada prevista na Convenção de Varsóvia.

Vale trazer à tona julgado¹⁰¹ brasileiro nesse sentido, que colabora com a corrente defendida por Eduardo Carneiro e Sérgio Cavaleri Filho, qual seja:

RESPONSABILIDADE CIVIL. CANCELAMENTO DE VÔO INTERNACIONAL. NOVA CONEXÃO POR PAÍS CUJOS PASSAGEIROS 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,

⁹⁹ CARNEIRO, Eduardo Walmsley Soares Carneiro. **Responsabilidade Civil nos Contratos de Turismo**. p. 112. Disponível em: <<https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJPE/article/viewFile/68/69>>. Acesso em: 16 mar. 2018.

¹⁰⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 341.

¹⁰¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 575486/RJ** – 4a T., DJ. Relator: Min Ministro Cesar Asfor Rocha. Rio de Janeiro, DJ 21 de jun. 2004. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/182095/recurso-especial-resp-575486-rj-2003-0133988-5>>. Acesso em: 25 mar. 2018.

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 voo, com base no art. 22 da Convenção de Varsóvia. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.

Qualquer transporte aéreo realizado dentro do território nacional é regido pelo Código Brasileiro de Aeronáutica, Lei n.º 7.565, de 19 de dezembro de 1986, cujos princípios, no que diz respeito à responsabilidade do transportador, não diferem daqueles que foram inseridos pela Conversão de Varsóvia. Assim como no transporte internacional, é limitada a responsabilidade do transportador, nos termos dos artigos 246 e 257 do CBA. Todavia vale repetir o que já foi anteriormente dito, ou seja, que o Código do Consumidor derogou os dispositivos que inserem a responsabilidade tarifada para as empresas de turismo. A esse respeito Cavalieri Filho¹⁰² afirma que:

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 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.

Logo, o CDC, em obediência ao preceito constitucional trazido no art. 5º, XXXII, teve o intuito de implantar uma política nacional de relações de consumo a fim de tutelar os interesses morais e patrimoniais dos consumidores, bem como a sua dignidade, saúde e segurança. Desse modo disciplinou não só o que ainda não havia sido escrito, como também, modificou a disciplina que já havia em leis especiais.

3.3 CARACTERÍSTICAS DOS CONTRATOS DE VIAGENS ENVOLVENDO MENORES

Para que se configure o contrato de turismo é necessário que estejam preenchidos dois requisitos, quais sejam as partes e o objeto. Quanto ao primeiro, é necessário que haja os dois polos da relação contratual, em um lado estará a operadora de turismo que é a responsável por montar o pacote turístico e executá-

¹⁰² CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 349.

lo, e do outro estará o responsável legal pelo menor, que é quem assina o contrato e assume as obrigações nele estipuladas.

Caracteriza-se desse modo um contrato de estipulação em favor de terceiros, uma vez que há nesse caso o estipulante que é aquele que estipula que alguém realize uma obrigação em favor de terceiro, nesse caso os responsáveis pelo menor, há o promitente que é aquele que realiza o contrato com o estipulante se obrigando a realizar algo em favor de um terceiro, que no caso são as agências de viagem. O terceiro em questão é o menor, que é quem de fato irá usufruir do objeto contratado.

Já o objeto do contrato de turismo é a prestação de serviços, conforme o esperado e prometido. O produto que é negociado é justamente o pacote turístico comercializado pela operadora de viagens. Gladston Mamede¹⁰³ resume o objeto do contrato como imateriais e intangíveis, de modo que não pode ser visto por quem vai contratá-lo, a não ser por imagens que os identifiquem, além de que não há como se apropriar deles, nem tem como ser revendidos, logo após seu consumo só restam lembranças.

O CDC nos art.4^o, III, e art. 51, IV, consagrou o princípio da boa-fé objetiva, ampliando desse modo o objeto do contrato. O mesmo tem uma dupla função nos contratos, qual seja, a de criação, na medida em que é fonte de novos deveres, e a de limitação, uma vez que, restringe a liberdade de atuação das partes ao definir algumas cláusulas e condutas como abusivas.

De acordo com Eduardo Carneiro¹⁰⁴, isso não é diferente no contrato de turismo. Isso porque não basta a prestação de serviços turísticos, sem que estejam presentes ao lado do dever principal, qual seja o pacote turístico, os deveres anexos de conduta, quais sejam o dever de aconselhar, de informar, cuidar da dignidade e segurança do consumidor, bem como não se pode obstar as expectativas legítimas.

Luciana Padilha¹⁰⁵ assegura que devem estar presentes ainda o fenômenos da totalidade, cooperação, equilíbrio e a convexidade da relação de consumo turístico, para que se alcance os fins contratuais.

¹⁰³ 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.

¹⁰⁴ CARNEIRO, Eduardo Walmsley Soares Carneiro. **Responsabilidade Civil nos Contratos de Turismo**, p. 99. Disponível em: <<https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJPE/article/viewFile/68/69>>. Acesso em: 16 de Mar de 2018.

¹⁰⁵ SILVA, Luciana Padilha. **A Responsabilidade Civil nos Contratos de Turismo em Face ao Código de Defesa do Consumidor.** Renovas: 2005, p. 62.

Os contratos aqui analisados, são os que têm por objeto um pacote turístico que consiste em levar menores de idade, em grupo, para o exterior, com o acompanhamento de guias de viagem. Nesse pacote se inclui tudo que os menores irão precisar, ou seja, hotel, transporte aéreo e terrestre, além de todas atividades turísticas que serão realizadas no destino.

Para que o pacote se efetive é necessária a assinatura de um contrato que se caracteriza por ser um contrato bilateral, uma vez que impõe obrigações para as duas partes, oneroso, já que o benefício é sujeito a um sacrifício patrimonial, comutativo, por haver um equilíbrio entre as obrigações contrapostas, de execução diferida, porque o cumprimento do contrato é projetado para um momento futuro, qual seja, a viagem do menor, consensual, por precisar apenas do encontro de vontade entre as partes, individual, por tratar apenas de interesses individuais, atípico, por não ter a sua forma prevista pelo ordenamento, e por fim a característica que causa mais problemas, tem natureza de adesão, isso porque uma das partes não permite a outra a intervenção no que diz respeito ao conteúdo do contrato, resta a parte aceitar ou não as cláusulas contratuais estabelecidas.

Apesar do contrato de turismo ter forma livre, segundo Luciana Padilha¹⁰⁶ há um controle formal sobre este. A partir de regras específicas referentes aos métodos de marketing e às ofertas massificadas de contrato, o diploma legal do consumidor brasileiro controla a forma dos contratos de consumo. Assim, o direito de arrependimento e reflexão do consumidor, a identificação da publicidade, a inclusão de todas as informações suficientemente precisas, prestadas diretamente ou por representantes, inclusão de pré-contratos, recibos e escritos particulares, bem como regras específicas para a redação clara dos contratos em geral surgem como formalidades a serem observadas nos contratos.

O contrato que oferece esse tipo de pacote turístico para os menores, é um pré-estabelecido que vai ser oferecido igualmente aos pais de todos os menores que estarão no grupo da viagem, sem que haja a permissão para que se altere as cláusulas por cada responsável, por isso, um contrato de adesão. Não haveria problema algum se ao menos estivessem livres de cláusulas abusivas, porém não é isso que comumente ocorre.

¹⁰⁶ SILVA, Luciana Padilha. **A Responsabilidade Civil nos Contratos de Turismo em Face ao Código de Defesa do Consumidor**. Local: Renovas: 2005, p. 71.

São inseridas nesse tipo de contrato cláusulas em que a contratada, qual seja a agência de viagens, não assume qualquer responsabilidade por prejuízo de qualquer ordem, seja material ou moral, decorrente de acidentes e suas consequências, bem como relativos a extravios, perdas, furtos de utensílios despachados em bagagens ou a bordo da aeronave e ônibus (ônibus esse contratado pela empresa, assim como a empresa aérea também), responsabilidade esta que recairá, exclusivamente, sobre a empresa transportadora aérea ou terrestre, dentro ou fora do Brasil, responsável pelos respectivos transportados.

Também se isenta de qualquer responsabilidade decorrente de furtos e roubos de objetos e utensílios que ocorrer nas dependências dos hotéis, que foram pelas agências contratadas e escolhidas. A contratada também não se responsabiliza por conexões, escalas, atrasos, adiantamentos, cancelamento ou qualquer outro problema que ocorra com os vôos, tendo que serem tais modificações de inteira responsabilidade das companhias aéreas, assim como o transporte e guarda de bagagem dos passageiros.

A agência também deixa claro que os serviços não executados pela contratada por impedimento de terceiros, que foram por ela contratados, já pagos aos fornecedores no exterior, não serão ressarcidos aos passageiros caso a contratada não consiga reavê-los junto às respectivas empresas contratadas no exterior. Passando desse modo o ônus da contratação aos passageiros.

Todas as características acima mencionadas presentes nesses tipos de contratos são cláusulas abusivas, em que as agências de viagem se eximem de responsabilidades que a elas são inseridas tanto pelo CDC quanto pela lei nº 12.974, conforme já dito anteriormente. Isso ocorre justamente por se tratar de um contrato de adesão em que as partes não têm a oportunidade de interferirem no teor das cláusulas.

Vale ressaltar que mesmo tendo assinado o contrato contendo tais cláusulas, caso ocorra um dano dessa natureza os consumidores, quais sejam, os menores e seus responsáveis, terão eles o direito de mover o aparato estatal para exigir a reparação da agência pelo dano ocasionado. Há jurisprudência¹⁰⁷ brasileira nesse sentido:

¹⁰⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Responsabilidade Civil. **Recurso Especial nº 304.738** - SP. Relator: Ministro Sálvio de Figueredo Teixeira. Disponível em:

medidas necessárias para que não ocorresse o dano decorrente do atraso do voo, cabível é o pedido de indenização por danos morais. III A indenização deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação enseje enriquecimento indevido, com manifestos abusos e exageros, devendo o arbitramento operar-se com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao porte financeiro das partes, orientando-se o julgador pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, valendo-se de sua experiência e bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso.

Vem se tornando usual, que as agências que operam neste ramo, coloquem nos contratos cláusulas nas quais o cliente se declara ciente das “condições gerais” e “específicas” inseridas para o programa ou serviço, assim procedendo não só em seu nome próprio mas também no de seus dependentes. O consumidor ao informar estar “de acordo” externa um suposto conhecimento de que a agência seria mera prestadora de serviço, estando este, a cargo das empresas transportadoras e hoteleiras. Por essas cláusulas, aquelas empresas ficam sendo as únicas responsáveis diretas pela boa execução do programa, e não a operadora de turismo vendedora do serviço¹⁰⁸.

Atheniense segue afirmando que isso vai contra o que estabelecem o Código Civil e o CDC, tornando ineficaz esse reconhecimento feito pelo consumidor. É recomendável que as cláusulas nos contratos de viagem sejam sempre escritas em termos claros, de fácil compreensão e leitura, acessíveis a qualquer cliente, de modo a evitar interpretações sofisticadas, que podem ensejar em um futuro conflito judicial capaz de trazer insegurança e aborrecimento às partes, além de ter que movimentar o Judiciário.

Vale ressaltar que já é pacificado o entendimento de que todos que contratam turismo são consumidores de serviço, com direito ao tratamento previsto no CDC. Isso porque utilizam de um serviço no intuito de atingir a uma necessidade pessoal, e não há qualquer pretensão de se adquirir receitas, e sim de gastá-la.

Logo, conclui-se que se trata realmente de um contrato bilateral, oneroso, comutativo, de execução diferida, consensual, individual, atípico, e de natureza de adesão. Tendo ele por objeto, um pacote turístico que consiste em uma viagem de um grupo de menores para fora do Brasil, incluindo nele tudo que seja necessário para viagem, como hotel, transporte, atrações de lazer, entre outros, além do

<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7980955/recurso-especial-resp-305566-df-2001-0022237-4-stj>> Acesso em: 19 mar. 2018.

¹⁰⁸ ATHENIENSE, Luciana Rodrigues. **Responsabilidade solidária das agências de viagens e operadoras de turismo segundo o CDC Lei (8.078/90)**. p. 7. Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/181006t.pdf>>. Acesso em: 23 fev. 2018.

acompanhamento de guias, que conforme já mencionado ao longo deste trabalho, devem ser regularmente cadastrados para que possam exercer essa função.

É de suma importância ressaltar também o fato da natureza de adesão, trazer nesses contratos a presença de cláusulas abusivas, que emitem o oposto do que é exigido pelo CDC e pela lei nº 12.974, o que não é admitido pelo nosso ordenamento, mas vem frequentemente ocorrendo, o que demonstra a importância do presente estudo.

3.3.1 Vulnerabilidade agravada do consumidor criança

O primeiro passo normativo que consagrou a proteção especial à criança foi a Declaração de Genebra, em 1924¹⁰⁹. A partir desse marco, diversos outros instrumentos aderiram ao mesmo pensamento: Declaração Universal dos Direitos das Nações Unidas, Declaração Universal dos Direitos da Criança, Convenção Americana sobre Direitos Humanos, Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude, Convenção sobre o Direito da Criança, entre outros¹¹⁰. No Brasil também existe norma de proteção, a Constituição Federal - CF, além da lei específica voltada à criança, o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Para a definição de criança e adolescente deve-se ter como base o conceito jurídico trazido pelo artigo 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente¹¹¹: “Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.”

A proteção da criança e do adolescente encontra fundamento constitucional no art. 227 da CF/88¹¹² que determina que:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária,

¹⁰⁹ AMIN, Andréa Rodrigues. Doutrina da proteção integral. In: MACIEL, Kátia (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.11.

¹¹⁰ MOMBARGER, Noemí Friske. **A publicidade dirigida às crianças e adolescentes: regulamentações e restrições**. Porto Alegre: Memória Jurídica, 2002, p. 37-38.

¹¹¹ BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm> Acesso em: 2 de Mai de 2018.

¹¹² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 04 de Set de 2017.

além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

O intuito deste artigo fica consagrado no sistema jurídico brasileiro o princípio da absoluta prioridade do interesse da criança, uma espécie de princípio de proteção do vulnerável, que direciona deveres de efetivação deste direito à família, ao Estado e à sociedade como um todo. Embora a eficácia desse princípio gire muito em torno das relações de família, não será diferente quanto a outras disciplinas jurídicas, em especial ao direito do consumidor¹¹³. O Estatuto da Criança e do Adolescente consagra ainda, em favor destes o direito ao respeito, abrangendo a inviolabilidade da sua integridade psíquica, física e moral, conforme determina o seu art.17.

Há uma necessidade de que os órgãos públicos responsáveis pela fiscalização e controle das atividades econômicas no mercado de consumo, bem como o juiz no momento em que for chamado a decidir sobre causas que envolvam a participação de crianças e adolescentes em relações de consumo, considerem a sua vulnerabilidade agravada como diretriz de sua atuação, conforme traz Bruno Miragem¹¹⁴.

Logo, mesmo o contrato com as agências de turismo sendo assinados pelos responsáveis pelos menores, quem utilizará o produto, qual seja o pacote turístico, como destinatários finais serão os adolescentes, sendo, portanto, eles os consumidores dessa relação jurídica. Por conta disso, no momento de julgamento de uma ação pelos danos que ocorrem com eles, durante a viagem, deve-se considerar ainda a sua vulnerabilidade agravada por conta da idade.

¹¹³ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 4.ed. Revista dos Tribunais. 2013, p. 117.

¹¹⁴ MIRAGEM, Bruno. *Op.cit.* 2013. p. 118.

4 DANOS SOFRIDOS POR MENORES FORA DO BRASIL, CLÁUSULAS ABUSIVAS NOS CONTRATOS COM AGÊNCIAS DE TURISMO E SUAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS

O contrato de turismo possui uma série de núcleos contratuais, tais como transporte, alimentação, hospedagem, bilhetes para atrações e demais passeios turísticos, seguros, bilhetes dos parques entre outros, e por conta disso ocasiona dificuldades na identificação do agente responsável em relação ao sucesso e à segurança do programa.

Surgem assim duas questões frequentemente aos consumidores, sendo a primeira a limitação de responsabilidade prevista nestes contratos considerados de modo individual e na tentativa de fazer prevalecer essas cláusulas em detrimento da proteção integral do consumidor. Já a segunda trata-se da pretensão de transferência de responsabilidade da agência de turismo para os prestadores específicos de cada serviço a ser realizado, fora do Brasil, no decorrer da viagem.

Logo, busca-se reafirmar qual a real responsabilidade das agências de turismo, e diante dela qual a punição correta para a inserção de cláusulas que as

excluem de responsabilização pelos danos que venham ocorrer com os seus consumidores, os menores, e a punição pelos prejuízos que as vítimas venham de fato a sofrer.

4.1 ABUSIVIDADE CONTRATUAL E AS SUAS CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS

Conforme demonstrado no capítulo anterior, os contratos entre as agências de turismo e o consumidor, o menor, representado pelo seu responsável, apresenta inúmeras cláusulas abusivas nas quais se eximem da responsabilidade por qualquer dano que o menor venha sofrer que não tenha sido diretamente por ela provocado.

Ou seja, em casos de atraso de vôo, perda de bagagem, má qualidade do hotel por eles escolhido, infecção intestinal por alimentos de restaurantes selecionados pela agência, cancelamento de atrações em que o bilhete foi previamente adquirido pelos responsáveis pela excursão, doenças contraídas pela falta de zelo, daqueles que estariam com o dever de cuidado dos menores, nada disso seria de responsabilidade da operadora de turismo, de acordo com o contrato de adesão que aqueles que têm a guarda dos menores são obrigados a assinar se quiserem embarcar os seus filhos para a viagem dos sonhos deles. Eximem-se ainda dos danos diretamente por ela provocados, desde que não tenham agido com culpa, como quebra de um ônibus, que tenha sido pela operadora turística contratada, e que gere o não comparecimento dos menores a uma atração que já havia sido paga.

Ocorre que, como já foi dito, essa prática rotineira das agências de turismo não encontra amparo legal. Pelo contrário, a Lei nº 12.974¹¹⁵, específica das agências de turismo e o CDC, lei específica para os consumidores, são claros ao trazer a responsabilidade objetiva nessa relação, impondo às agências de turismo a responsabilidade solidária por todos os danos que os menores venham a sofrer, tenham eles sido provocados direta ou indiretamente por ela.

Todavia, o fato é que a maioria dos assinantes desses contratos não conhecem os seus direitos, e ao assiná-los acreditam na sua credibilidade e que

¹¹⁵ BRASIL. **Lei nº 12.974, de 15 de maio de 2014**. Dispõe sobre as atividades das Agências de Turismo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12974.htm> Acesso em: 04 de Set. de 2017.

estão a eles vinculados, não sendo, portanto, possível exigir nada das agências de turismo. Por conta disso, tentam responsabilizar as empresas que causaram o dano diretamente, como os hotéis ou restaurantes, por exemplo. Ocorre que, na maioria dos casos, essas empresas se localizam em outro país, já que o pacote turístico foi executado fora do Brasil, o que torna o caso muito mais difícil de ser resolvido e a vítima de ser amparada. Por conta da distância, muitos responsáveis acabam até mesmo por desistir da ação, suportando o dano sofrido sem qualquer ressarcimento ou compensação.

Quando o dano sofrido pelo menor causa uma indignação maior, o comum é que haja a contratação de um advogado para saber se há uma alternativa cabível. Só haverá, de imediato, uma busca pela reparação através das agências de turismo se os responsáveis forem esclarecidos na área jurídica, a ponto de conhecerem os seus direitos, isso porque, aos olhos de qualquer pessoa que não conheça as leis o que está no contrato é de direito da empresa que se está contratando. Os leigos na área jurídica normalmente não têm conhecimento acerca da abusividade das cláusulas que eximem a responsabilidade.

No momento em que uma ação desse tipo chega ao Judiciário, dificilmente, as vítimas não serão ressarcidas e as agências responsabilizadas. Como já dito, as leis aplicáveis são claras quanto à responsabilidade das operadoras que turismo. É isso que traz a jurisprudência¹¹⁶:

AGÊNCIA DE VIAGENS - CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA - Empresa vendedora de pacote turístico é, lato sensu, prestadora de todos os serviços turísticos que integra o pacote independentemente da responsabilidade final ou intermediária ser de outras empresas. Princípio da responsabilidade solidária entre todos os "autores da ofensa", consagrado como direito básico do consumidor pelo art.7º, parágrafo único do CDC.

Há também jurisprudência no sentido de condenar a agência de turismo por danos que foram provocados diretamente por ela, como se pode ver na sentença confirmada na TARS - APC 190.053.814, da 4ª Cciv.¹¹⁷:

AGÊNCIA DE TURISMO. SERVIÇO DE TRANSPORTE TURÍSTICO. Viagem turística - Descumprimento do contrato, com supressão de pontos do roteiro e

¹¹⁶ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **TARS-AC 195.151.3003**, 4ª Câmara Cível. Relator: . Moacir Leopoldo Haeser. Julgado em 21 de nov. de 1995. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3346991/apelacao-apl-7140835400-sp>>. Acesso em: 01 out. 2017.

¹¹⁷ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **TARS- APC 190.053.814**, 4ª Câmara Cível. Relator: . Juiz Jairo Duarte Gehlen. Julgado em 21 de jun. de 1990. Disponível em: <<http://www.consumidorbrasil.com.br/consumidorbrasil/textos/jurisprudencia/turismo.htm>>. Acesso em: 02 nov. 2017.

outros contratemplos - Procedência da ação para reduzir-se o valor do preço pago pelo turista - comprovado que a empresa turística faltou com as obrigações assumidas no respectivo contrato, com a supressão de contratemplos ao passageiro, procede a ação por este intentada, aos efeitos de reduzir-se o valor da sua contraprestação par a terça parte do ajustado, bem como para declarar-se a inexigibilidade da nota promissória levada a protesto pela primeira vez.

Logo, uma vez ingressada a ação, a probabilidade do consumidor ser ressarcido é alta. Ocorre, todavia, que a grande maioria não opta por essa possibilidade por não conhecerem o direito a ela, arcando desse modo com o prejuízo.

Vale ressaltar que esses pacotes de turismo, para levar menores para fora do Brasil em excursão, são muito caros, chegando ao valor de \$ 750, 00 (setecentos e cinquenta dólares americanos). Algumas famílias têm esse dinheiro à disposição, mas a grande maioria, para realizar o sonho do filho, já gasta tudo que tem, ou até se endivida, não tendo desse modo recurso pra ingressar posteriormente com uma ação judiciária incerta, por não ter certeza quanto ao seu direito, o que é outra causa que faz com que muitas vítimas desistam de requerer e restem sem o ressarcimento devido.

Com isso, pode-se concluir, que a consequência prática da imposição de cláusulas abusivas, em que se excluem da responsabilidade por danos diretos e indiretos causados aos menores, é que por ignorância, por não conhecerem o seu real direito, e acreditarem no que traz o contrato de adesão, muitas vítimas não ingressam com ação contra as agências de turismo, gastando mais processando empresas em outro país ou desistindo de propor a ação e arcando com o prejuízo. E aqueles que possuem conhecimento acerca da lei vigente, por isso entendendo a abusividade dessas cláusulas, irão recorrer ao judiciário, ocorre que isso costuma ser a exceção enquanto deveria ser a regra, para que desse modo todos conseguissem o ressarcimento devido.

4.2 CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS IMPOSTAS ÀS AGÊNCIAS DE TURISMO

As consequências jurídicas serão impostas às agências de turismo através do instituto da responsabilidade civil. Esta, como já dito ao longo deste trabalho científico, possui muitas funções, sendo duas delas de grande importância no contexto deste trabalho, são elas: a função reparatória e a função punitiva.

Segundo Cristiano Chaves, Nelson Rosevald e Felipe Netto¹¹⁸, a função punitiva, seria a capacidade da responsabilidade civil de punir aquele que causou o dano, quando provada a sua culpa ou independente de comprovação da mesma, em casos de responsabilidade objetiva, em linhas gerais. Enquanto, a função reparatória, por sua vez, é aquela que assume a finalidade de neutralizar o dano causado, as consequências do ilícito, fazer com que a vítima retorne ao *status quo ante* ao dano, na medida em que seja possível. Segundo Nelson Rosensvald¹¹⁹, pode-se afirmar, em suma, que na função punitiva, a pena civil é acrescida de uma “prevenção de ilícitos”, enquanto que na função reparatória a indenização é acrescida de uma “prevenção de danos”.

O dano ocasionado dentro de uma relação contratual rompe o equilíbrio jurídico-econômico existente entre o agente e a vítima até o momento. Por conta disso há uma imprescindibilidade fundamental de se resgatar esse equilíbrio, o que se busca fazer por meio da colocação do prejudicado no *status quo ante*, ou seja, sempre que possível deve tentar reestabelecer a vítima na situação que estava antes da lesão. Isso é possível através de uma indenização fixada na medida exata do dano, seja ele qual for, uma vez que limitar a reparação seria como obrigar a vítima a suportar os demais prejuízos não indenizáveis¹²⁰.

Nesse cenário, no âmbito consumerista, entra o princípio da reparação integral que garante que se o consumidor sofre um dano, a reparação que lhe é devida deve ser a maior possível, alcançando, de fato, todos os danos sofridos. O próprio art.6º, inciso VI do CDC¹²¹ traz dentre os direitos básicos do consumidor, a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais. Ou seja, as lesões devem ser reparados de forma real, integral e efetiva, na medida em que possa compensar ou ressarcir a vítima.

No que se refere ao lado punitivo da responsabilidade civil, busca-se rever o critério de mensuração das indenizações arbitradas, com o intuito de que ao ofensor não caiba apenas a obrigação de reparar ou compensar a vítima, mas a de

¹¹⁸ CHAVES, Cristiano; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe. **Curso de Direito Civil 3: Responsabilidade Civil**. 2.ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Atlas, 2015, p. 39-43.

¹¹⁹ ROSENVALD, Nelson. **As Funções da Responsabilidade Civil a Reparação e a Pena Civil**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 17.

¹²⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio; **Programa de responsabilidade civil 1**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 28.

¹²¹ BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm> Acesso em: 04 set. 2017.

pagar uma quantia extra, a título de punição, para que sirva como desestímulo à prática reiterada da mesma conduta.

Nesse quesito encontram-se os *punitive damages*, que nos dias de hoje vêm sendo adotados por diversos países. Eles têm como finalidade criar um novo mecanismo de reparação do dano, em que se busca a punição daquele que comete o ato ilícito, de maneira a desestimulá-lo a adotar a mencionada conduta reiteradamente.

Segundo Nelson Rosenvald¹²², os *punitive damages* são impostos com duas finalidades, qual seja a retributiva e o desestímulo. Quanto à primeira, ela exige que haja uma reprovação social, na medida em que se evidencia o dolo ou grave negligência pelo agente, cumulada com a segunda, o desestímulo, no sentido de encaminhar a pena para afligir o transgressor.

Vale ressaltar ainda que não há incompatibilidade alguma entre a pena civil e as hipóteses de aplicação da teoria objetiva da responsabilidade civil. É justamente neste terreno que normalmente as finalidades compensatórias de danos e de desestímulo de ilícitos se encontrarão em caráter complementar¹²³. A justificativa dessa cumulação está na intencional conduta do agente, que tende a se reiterar, diante da ausência de uma punição específica.

De acordo também com Eduardo Carneiro¹²⁴, ambas as funções, punitiva e reparadora, podem coexistir, uma vez que não apresentam primazia uma sobre a outra e nem se excluem. O instituto da responsabilidade civil, quando garante uma função reparadora, busca, invariavelmente, compensar ou, ao menos, amenizar o prejuízo sofrido pela vítima. Já o aspecto punitivo leva em conta menos o interesse individual do lesado e mais à sociedade como um todo, uma vez que age em sintonia com a prevenção de condutas contra a legislação.

Conclui-se então que as penalidades, pelos danos sofridos pelos menores e pela imposição de cláusulas abusivas nos contratos, serão impostas às agências de turismo através do instituto da responsabilidade civil, cuja finalidade serão basicamente duas, a reparatória e a punitiva.

¹²² ROSENVALD, Nelson. **As Funções da Responsabilidade Civil a Reparação e a Pena Civil**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 170.

¹²³ ROSENVALD, Nelson. **As Funções da Responsabilidade Civil a Reparação e a Pena Civil**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 215.

¹²⁴ CARNEIRO, Eduardo Walmsley Soares Carneiro. **Responsabilidade Civil nos Contratos de Turismo**, p. 110. Disponível em: <<https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJPE/article/viewFile/68/69>>. Acesso em: 16 mar. 2018.

4.2.1 Pelos danos sofridos pelos menores

No momento em que o menor, legalmente representado, adquire um pacote turístico pela agência de turismo, esta torna-se responsável pela sua execução. Sendo ela, portanto, responsável solidariamente por qualquer dano que venha a acontecer com seus consumidores.

Como já foi dito anteriormente, o pacote turístico forma-se quando a operadora de turismo contrata uma série de serviços individualizados e diferentes e os junta para criar um novo produto singular¹²⁵. As agências de turismo que levam menores para fora do Brasil montam uma excursão para eles, que é justamente esse pacote turístico. São responsáveis pela compra das passagens aéreas, pela reserva dos hotéis, incluindo a divisão dos quartos, pela compra das atrações turísticas, assim como pela escolha dos restaurantes e do aluguel do ônibus que os transportará durante toda a viagem.

Mesmo não restando dúvidas quanto a sua classificação como agências de viagem e turismo, ou seja, aquelas que não só promovem a intermediação do serviço, mas também montam todo o pacote turístico do consumidor, tais sociedades empresariais inserem no contrato de adesão cláusulas em que se eximem da responsabilidade por danos indiretos, e por danos diretos que não tenham sido provocados com culpa sua, como já demonstrado anteriormente.

Ocorre que essas cláusulas são consideradas abusivas, uma vez que, de acordo com João Bosco Leopoldino da Fonseca¹²⁶, uma cláusula contratual poderá ser considerada como abusiva no momento em que se constitui um abuso de direito. No caso de contrato de adesão, haverá abuso de direito quando as cláusulas forem redigidas de modo a causar danos ao aderente. Outra causa de abusividade será ferir a boa-fé objetiva, que deve estar presente em todos os contratos, ou quando ocorrer afronta aos bons costumes, ou ainda se ela se desviar do fim social ou econômico que lhe fixa o direito.

O inciso IV do art.6º do CDC proíbe o abuso de direito e impõe transparência e boa-fé nos métodos comerciais, na publicidade e também nos

¹²⁵PERROCHI, Mario. **Agências de Turismo: planejamento e gestão**. São Paulo: Futura, 2003, p. 45.

¹²⁶FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Cláusulas Abusivas nos Contratos, da Liberdade à Concretidade**. Editora: Forense, 1993. p.156.

contratos. É possível afirmar que a boa-fé é o princípio máximo orientador do CDC, a transparência atua como um reflexo deste, exigido aos agentes contratuais. O CDC preocupa-se tanto com os aspectos pré-contratuais, com a formação do contratado e sua execução¹²⁷.

Os contratos de adesão têm uma recíproca conexão com as cláusulas abusivas. Esse tipo de contrato se torna um veículo que proporciona o abuso do poder econômico por uma das partes da relação contratual¹²⁸. As cláusulas abusivas não são exclusivas dos contratos de adesão, todavia estes contratos possuem o espaço privilegiado para o surgimento da abusividade e estas são inerentes ao seu conteúdo na maioria dos casos¹²⁹.

Logo, ao imporem no contrato de adesão cláusulas como as mencionadas, que causam, como já demonstrado, um dano ao consumidor, estarão agindo com abuso de direito, sendo, portanto, essas cláusulas abusivas. Além disso, constitui também um ato ilícito, uma vez que não estão em consonância com o que trazem o CDC e a lei nº 12.974, que regem a atividade das agências de turismo. Tais normas estabelecem que a agência responderá através da responsabilidade objetiva por qualquer dano sofrido pelos consumidores, respondendo, portanto, solidariamente e não tendo o direito de se eximir da responsabilidade no contrato.

Conforme o CDC traz no seu art.51^o, inciso I, são nulas de pleno direito, ou como traz o CC/02 possuem nulidade absoluta, as cláusulas que impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Também no art. 6^o, IV, estabelece-se como direito básico do consumidor a proteção contra prática de cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços. Logo, o próprio CDC impõe a nulidade dessas cláusulas colocadas pelas agências de turismo nos contratos de adesão.

Os menores viajam para fora do Brasil sob a responsabilidade das agências de turismo, sendo elas representadas pelos seus guias. Esses guias devem estar devidamente cadastrados no órgão federal responsável, qual seja o

¹²⁷ BEJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; Bessa, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 6.ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014. p. 80.

¹²⁸ PRATA, Ana. **Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual**. Coimbra: Almedina, 1985, p. 320, nota 658.

¹²⁹ LISBOA, Roberto Senise. **Contratos difusos e coletivos: consumidor, meio ambiente, trabalho, agrário, locação**, autor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997a, p. 223.

Cadastur, isso porque o Ministério do Turismo entende que o guia é fundamental para orientar, cuidar e dar apoio durante todo o passeio.

É comum que durante esse tipo de viagem ocorram danos, tais como, atrasos de vôos, que ocasionam a perda de um dia de viagem, extravio de bagagem, hotel que difere do prometido, sendo de má qualidade, entre os demais já mencionados. Diante da ocorrência desses danos, mesmo com a incidência das cláusulas que excluem a responsabilidade das agências de turismo, ela será obrigada a reparar o consumidor, caso ele recorra ao Judiciário.

Nesse cenário se faz necessária a função clássica da responsabilidade civil, qual seja a função reparatória. A ideia de lesão encontra-se no centro da responsabilidade civil, tendo a sua função, conseqüentemente, o intuito de reestabelecer o equilíbrio econômico-jurídico desfeito por ocasião do fato danoso¹³⁰.

A função reparatória faz referência a três formas de tutela, quais sejam, a restitutória, a ressarcitória e a satisfativa. A primeira volta-se a reconstituir as condições em que se encontrava a vítima antes da violação, é a busca do *status quo ante*, objetiva a restauração de uma situação que foi atingida por um dano. A segunda, por sua vez, objetiva compensar o lesado pelo prejuízo econômico sofrido, essa tutela pode ser subsidiária à restitutória, quando esta não for viável, ou ter o caráter de complementaridade, quando a restauração da situação ao estado anterior não seja possível. Por fim a tutela satisfativa, diz respeito ao modo em que a indenização deve ser feita, ela pode se dar *in natura*, ou seja, o lesado recebe coisa nova da mesma espécie, qualidade e quantidade, em substituição àquela que foi danificada, ou através de ressarcimento em dinheiro¹³¹.

Todavia, a reparação dos danos extrapatrimoniais objetiva proporcionar ao lesado algum tipo de satisfação ou de compensação, ainda que imperfeita¹³². Isso porque não há possibilidade de estabelecer uma precisa equivalência entre o dano moral e a sua respectiva reparação, o que não justifica a negação da indenização devida¹³³.

¹³⁰ CHAVES, Cristiano; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe. **Curso de Direito Civil 3: Responsabilidade Civil**. 2.ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Atlas, 2015, p. 38.

¹³¹ SANTANA, Hector Valverde. **Dano moral no direito do consumidor**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 163.

¹³² LUTZKY, Daniela Courtes. A reparação de danos imateriais como direito fundamental. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p.157

¹³³ SANTANA, Hector Valverde. *Op.cit*, 2014, p. 162.

Cristiano Chaves, Nelson Rosevald e Felipe Netto¹³⁴ afirmam que o ressarcimento assume a finalidade de neutralizar as consequências do ilícito, enquanto que a responsabilidade permite que se impute um fato danoso a um sujeito, o ressarcimento, por sua vez, vai permitir que se estabeleça o montante e o modo em que se compensará o ofendido.

No momento em que o menor sofrer um dano como ter a bagagem extraviada, terá o gasto de durante a viagem ter que comprar roupas e itens pessoais de urgência, e assim que voltarem, ao invés de acionar a companhia aérea, que muitas vezes não possuem nem ao menos sede no Brasil, poderiam ingressar com a ação diretamente contra a agência de turismo, exigindo o ressarcimento por tudo que foi gasto por conta do extravio, cabendo à operadora aérea uma posterior ação de regresso contra a empresa aérea, que foi diretamente responsável pelo dano.

Do mesmo modo, se houver um atraso no voo ou algum problema com o ônibus que os levava para um passeio turístico, cujo ingresso havia sido previamente comprado, e isso ocasionar na perda da atração, poderiam requerer da agência o valor que foi pago pelos ingressos, uma vez que foi adquirido pelo consumidor o pacote turístico por completo da agência de viagem.

O controle das cláusulas abusivas e a decretação da sua nulidade é competência tipicamente judicial. Cumpre ao juiz o exame e o reconhecimento de cláusulas contratuais abusivas nos contratos de consumo, decretando sua nulidade e realizando a integração do contrato, quando julgar ser o caso, mediante requerimento do consumidor, interessado, que possa lhe representar adequadamente, ou até mesmo de ofício. O art.51 do CDC, no seu parágrafo 4º, traz que também é facultado a qualquer consumidor ou entidade que o represente requerer ao Ministério Público que ajuíze ação competente para ser declarada a nulidade de cláusula contratual que contrarie o disposto no CDC, ou que de qualquer forma não assegure o justo equilíbrio entre direitos e obrigações das partes.

Conclui-se, portanto, que esse modelo de excursão que leva menores para viagem fora do Brasil, é realizado por uma agência de viagens e turismo, isso porque esta não é responsável apenas pela intermediação do serviço e sim por montar todo o pacote turístico e ainda acompanhar os menores na viagem, se

¹³⁴ CHAVES, Cristiano; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe. **Curso de Direito Civil 3: Responsabilidade Civil**. 2.ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Atlas 2015, p. 40.

responsabilizando desse modo por eles. Vale ressaltar ainda que as cláusulas contratuais que a eximem da responsabilidade pelos danos que não tenham sido diretamente por ela provocados, ou que ainda que provocado pela agência, esta tenha agido sem culpa, são abusivas e portanto inválidas, uma vez que o CDC e a lei nº12.974 são claros ao trazer a responsabilidade civil objetiva pactuando essa relação, e o art.34 do CDC afirma que a responsabilidade das operadoras turísticas será solidária. A responsabilidade civil exercerá então a sua função reparatória para tentar reestabelecer o equilíbrio entre as partes e fazer com que a vítima retorne ao *status quo ante* ao evento danoso, na medida em que seja possível, através do pagamento da indenização cabível.

4.2.1.1 Morte do menor durante a viagem

Ocorre que além de todos os danos acima relatados, há casos em que essas excursões, para fora do Brasil com menores, resultaram na mais grave deles, qual seja a morte de um dos menores presentes.

Segundo uma das dezenas de reportagens¹³⁵ que foram alvo das manchetes de todo o país na época do ocorrido, a adolescente passou mal, teve febre e vomitou, chegando a ser medicada em um hospital em Orlando onde se disse que poderia ser um início de pneumonia, e ainda assim colocaram a jovem no voo de volta para o Brasil que estava programado, o que resultou na sua morte.

Diante de um caso como esse, não existe cláusula contratual capaz de eximir a responsabilidade da agência de turismo, que seria a responsável pela integridade dos menores que levou em excursão para fora do Brasil.

De acordo com Sergio Cavalieri Filho¹³⁶ há uma discussão travada na jurisprudência em torno do ressarcimento dos pais pela morte do filho menor, o que evidencia a evolução doutrinária e jurisprudencial acerca do dano material presumido.

¹³⁵ G1. **Garota que morreu durante voo de volta da Disney é enterrada em SP.** Disponível em: <<http://g1.globo.com/Noticias/SaoPaulo/0,,MUL1252544-5605,00-GAROTA+QUE+MORREU+DURANTE+VOO+DE+VOLTA+DA+DISNEY+E+ENTERRADA+EM+SP.html>> e <<http://g1.globo.com/Noticias/SaoPaulo/0,,MUL1254054-5605,00-FAMILIA+DE+GAROTA+QUE+MORREU+AO+VOLTAR+DA+DISNEY+VAI+PROCESSAR+AGENCIA+DE+T.html>>. Acesso em: 16 de Abr. de 2018.

¹³⁶CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil** 1. 10.ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.179.

Ainda segundo o renomado doutrinador, hoje em dia os tribunais passaram a conceder indenização aos pais pela morte de filho menor, ainda quando não trabalhava, a título de dano patrimonial. Sustentam para isso, que o menor representava um valor econômico potencial e que os pais teriam, portanto, sido frustrados da expectativa de que no futuro os filhos lhe dessem amparo econômico. Tal entendimento chegou a ser consubstanciado no enunciado da Súmula 491 do Supremo Tribunal Federal¹³⁷ que trouxe: “É indenizável o acidente que cause a morte de filho menor, ainda que não exerça trabalho remunerado”.

Há jurisprudência¹³⁸ do Superior Tribunal de Justiça também nesse sentido de conferir indenização a título de dano patrimonial:

Embargos de divergência. Menor impúbere, Atropelamento, Vítima fatal. Indenização por danos materiais. Família pobre. Cabimento, mesmo que o menor não exercesse atividade laboral à época do evento danoso. 1- É devido o pagamento de indenização por dano material em decorrência da morte de filho impúbere - ainda que o menor não exercesse atividade laborava a época do evento danoso -, desde que pertencente a família de baixa renda. Precedente.

Logo, pode-se perceber que a indenização pela morte do filho menor, a título de dano material consiste na adoção da teoria da perda de uma chance pelos tribunais para reparar danos que seriam irreparáveis por conta da dificuldade da prova. Ressalta-se no entanto que esse direito de acordo com a jurisprudência do STJ, acima mencionada, seria apenas para as famílias de baixa renda, que contava, portanto, com o sustento provido pelos filhos no futuro.

Embora muitas famílias que presenteiam o filho menor com esse tipo de viagem realmente tenham condição financeira favorável, são muitos os casos em que os pais gastam tudo que possuem e até o que não tem para poder realizar o sonho do filho. Ou seja, são muitos os casos de família de baixa renda e que ainda assim os filhos participam desse tipo de excursão, logo, se um desses morrem na viagem existe o cabimento dessa indenização a mais.

A indenização mencionada não exclui a que será cabível a todas as famílias, independente da classe social e da condição financeira, qual seja a por

¹³⁷ Súmula 491 do Supremo Tribunal Federal

¹³⁸BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em **Recurso Especial nº147.412** - DF. Relatora Ministra Laurita Vaz. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7170287/embargos-de-divergencia-no-recurso-especial-eresp-147412-df-1998-0065400-3-stj/relatorio-e-voto-12899434>> Acesso em: 16 de Abr. de 2018.

danos morais. Diante da perda de um filho na viagem na qual a agência de turismo teria a responsabilidade, se torna claro o dever de incidir de danos morais.

4.2.2 Pela imposição de cláusulas abusivas os contratos

Conforme foi demonstrado, ao longo deste capítulo, a imposição de cláusulas abusivas, nos contratos entre as agências de turismo e o consumidor, traz consequências práticas terríveis no momento em que de fato ocorre algum dano com o vulnerável dessa relação contratual.

Vale ressaltar que a responsabilidade do fornecedor por vícios dos produtos e dos serviços constitui matéria de ordem pública no regime do CDC, não podendo ela ser excluída por força de estipulação contratual. Não se sujeita, portanto, à disponibilidade do direito, mesmo que por parte dos próprios consumidores por estipulação contratual em contrário¹³⁹.

Com o inciso I, do art. 51 do CDC, o legislador visou impedir que por intermédio da celebração de contrato de consumo, o consumidor reduzisse, renunciasse ou limitasse direitos em caso de vícios do produto, serviço, ou decorrentes de incumprimentos contratuais a que tem direito por força de lei, como traz Bruno Miragem¹⁴⁰. Ainda de acordo com ele, dentre as cláusulas contratuais abusivas em face da exoneração da responsabilidade do fornecedor encontram-se a cláusula exoneratória da responsabilidade por atos de terceiros, por culpa ou por casos de força maior.

Como já mencionado, são justamente cláusulas exoneratórias por fato de terceiro e por culpa, que as agências de turismo impõem aos consumidores no contrato de adesão.

Apesar de se tratar de um caso de responsabilidade civil objetiva, que independe de culpa e de derivação de um ato ilícito, ainda assim vale ressaltar o conceito do mesmo previsto no CC¹⁴¹ no seu artigo 186 em que traz que: “Aquele

¹³⁹ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 4.ed. Local: Revista dos Tribunais. 2013, p. 345.

¹⁴⁰ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 4.ed. Local: Revista dos Tribunais. 2013, p. 345.

¹⁴¹ BRASIL. LEI Nº 3.071, DE 1º DE JANEIRO DE 1916. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Revogada pela Lei nº 10.406, de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 07 de Set de 2017

que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

A ilicitude conduz à indenização, quando do ato ilícito decorram danos, conforme traz o art.927 do CC/02, igualmente, conduz a invalidade. O ato abusivo é ilícito. Assim também as cláusulas contratuais abusivas que se afiguram no sistema do CDC como cláusulas proibidas. Porque abusivas, proibidas e, portanto, ilícitas. Pode ocorrer que nem sempre a lei faça referência expressa à sanção. O Código Civil, ao disciplinar as hipóteses de nulidade do negócio jurídico, refere como tal, aquele que a lei taxativamente declarar nulo, ou lhe proíbe a prática sem cominar sanção, como afirma o art. 166, VII, do CC¹⁴².

Logo, quando as agências de turismo sabendo o que o CDC e a lei nº 12.974 trazem acerca da relação ser pautada na responsabilidade objetiva e da abusividade das cláusulas exoneratórias, e ainda assim excluem conscientemente de si a responsabilidade pela maioria dos danos que os menores possam vir a sofrer, durante a viagem, de seus contratos, para que com isso não haja para elas a responsabilização, prejudicando desse modo a vítima, estão claramente praticando um ato ilícito, que por si só deve ter a sua devida reparação. Vale ressaltar que a configuração da ilicitude não é um critério fundamental para a condenação, por se tratar de uma relação pautada na responsabilidade civil objetiva, mas isso demonstra o quão grave é a reiteração dessa prática das operadoras de turismo.

Ocorre que essa imposição é uma prática reiterada da grande maioria das agências de turismo que oferecem esse tipo de pacote turístico, e mesmo com as indenizações que são pagas aos poucos que entram de fato na justiça contra ela, e provam terem elas responsabilidade solidária com os fornecedores diretos, não mudam a conduta, uma vez que o ganho obtido por elas é grande. Isso porque na medida em que impõem as cláusulas abusivas a grande maioria dos contratantes já deixa de ingressar com ação por achar que a operadora turística não tem responsabilidade alguma, como ela mesmo afirma no contrato de adesão. Logo, pra elas é muito mais vantajoso manter as cláusulas, levando em conta que só caberá ressarcir os danos dos poucos lesados que recorrem ao judiciário.

Diante desse cenário faz-se necessário que a responsabilidade civil exerça a sua função punitiva. Todavia, essa relação contratual é pautada na

¹⁴² MIRAGEM, Bruno. *Op.cit.*, p. 338.

responsabilidade objetiva, pelo que trazem o CDC e a lei específica das agências de turismo, e segundo Cristiano Chaves, Nelson Rosevald e Felipe Netto¹⁴³ para a teoria objetiva a responsabilidade civil assume basicamente uma função reparatória, perdendo a sua capacidade inerente de desestímulo de condutas ilícitas e de dissuadir potenciais agentes à adoção de medidas de conter riscos, uma vez que o dado da culpa do ofensor é irrelevante para fins de fixação de responsabilidade e atribuição do *quantum* ressarcitório. A culpa nesses casos deixa de ser o único critério de seleção de interesses que merecem tutela compensatória, sendo portanto, um fator a mais de responsabilidade. Nesse caso, o olhar civilista não se volta à punição do ofensor e sim à tutela da vítima do dano.

Segundo Cristiano Chaves, Nelson Rosevald e Felipe Netto isso é o que geralmente ocorre mas não o correto. Isso porque, como já dito anteriormente, o próprio Nelson Rosevald¹⁴⁴ traz que no âmbito da teoria objetiva da responsabilidade civil as finalidades compensatória de danos e de desestímulo de ilícitos se encontram em caráter de complementaridade. A censura ao comportamento do agente não incompatibiliza a pena civil com as hipóteses de aplicação da responsabilidade objetiva.

Nesses casos de responsabilidade objetiva muitas vezes há uma seguradora que é responsável pelo pagamento dessas indenizações, fazendo com que não seja dolorido ao sujeito cujo comportamento nocivo sequer conter¹⁴⁵. Por conta disso faz-se extremamente necessária a sanção punitiva, a ser paga diretamente pela empresa, para desencorajar a repetição do fato.

Entram em cena, nesse cenário, os *punitive damages*, na atualidade denominados pela doutrina pátria como indenização punitiva ou teoria do valor do desestímulo. Têm origem em Roma e, posteriormente, no século XVIII, adentram o Reino Unido, ganhando, todavia, notoriedade e reiterada aplicação no direito norte-americano, no sistema da *Common Law*. Atualmente, têm lugar conquistado em grande parte do continente europeu, em especial na França, Itália e Portugal¹⁴⁶.

¹⁴³CHAVES, Cristiano; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe. **Curso de Direito Civil 3 Responsabilidade Civil**. 2^o ed. Revista Ampliada e Atualizada. São Paulo: Atlas, 2015. p. 43.

¹⁴⁴ROSENVALD, Nelson. **As Funções da Responsabilidade Civil a Reparação e a Pena Civil**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 215.

¹⁴⁵ROSENVALD, Nelson. **As Funções da Responsabilidade Civil a Reparação e a Pena Civil**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 216.

¹⁴⁶RUSSO, Rafael dos Santos Ramos. **Aplicação Efetiva dos Punitive Damages no atual Ordenamento Jurídico Brasileiro**. 2009, p.10. Disponível em:

De acordo com André Gustavo de Andrade¹⁴⁷, os *punitive damages* são a indenização outorgada em adição à indenização compensatória, se demonstrado que o ofensor agiu com negligência, malícia ou dolo. Seu objetivo geral seria punir o ofensor, estabelecendo uma sanção a título de exemplo para que não repita o ato lesivo.

Nelson Rosevald¹⁴⁸ ensina que os *punitive damages* são concedidos para punir uma conduta arbitrária ou a malícia. A finalidade do remédio é deter o ofensor, desse modo tentando impedir a reiteração de condutas similares no futuro, assim como, desestimular outros a se engajar desta maneira.

A imposição de cláusulas abusivas no contrato de adesão, firmado entre as agências de turismo e os responsáveis pelos menores, se trata de uma conduta arbitrária e ilícita por não obedecer ao que manda a legislação vigente que dispõe sobre a matéria, qual seja o CDC e a lei nº 12.974, que regem o comportamento das agências de turismo. Desse modo, por reiterarem essas cláusulas em diversos contratos, mesmo sabendo o que dispõe o ordenamento brasileiro, a aplicação dos *punitive damages* seria uma maneira de freiar essa prática, uma vez que com a condenação de sanções pecuniárias pela imposição das cláusulas abusivas, a probabilidade de as retirarem será muito maior, já que agora haverá um prejuízo de fato para as agências, que poderá superar o que lucram com elas.

Maria Celina Bodin de Moraes¹⁴⁹ afirma que deve haver a aplicação dos *punitive damages* no momento em que for imperioso dar uma resposta à sociedade, à consciência coletiva, ou ainda, quando se der o caso, não incomum, de prática danosa reiterada, e em situações potencialmente causadoras de lesões a um grande número de pessoas, como ocorre nos direitos difusos.

A indenização punitiva tem origem na responsabilidade civil, não apenas como uma reação eficaz e legítima contra a ameaça de lesão e a lesão a princípios constitucionais, por exemplo o conferido no art.5º, inciso V, da CF, mas como uma medida altamente ágil para a proteção dos mesmos. Em diversos momentos a defesa desses princípios fica totalmente ineficaz, e a forma hábil de protegê-los é

<http://www.emerj.rj.gov.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2009/trabalhos_22009/RafaeldosSantosRamosRusso.pdf> Acesso em: 21 abr. 2018.

¹⁴⁷ ANDRADE, André Gustavo de. **Dano moral e indenização punitiva**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.186.

¹⁴⁸ ROSENVALD, Nelson. **As Funções da Responsabilidade Civil a Reparação e a Pena Civil**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 169.

¹⁴⁹ MORAES, Ana Celina Bodin de. **Danos a pessoa humana**. Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2003. p. 263.

através de uma sanção efetiva, que constitua uma dissuasão da conduta do ofensor, ou até mesmo de terceiros que pudessem comportar de forma igualmente reprovável¹⁵⁰.

O instituto poderia ser uma arma eficaz, trazendo um aspecto importante para a sociedade, na medida em que um indivíduo fosse beneficiado pelo instituto do *punitive damages*. Isso porque a vítima não estaria somente inserida como litigante na relação processual apenas aos seus interesses individuais, como também servindo de ferramenta ao Estado, por levar a ele o conhecimento de uma situação que tem grandes chances de vir a prejudicar outros sujeitos¹⁵¹.

No ordenamento vigente, o próprio Código Civil, lei nº 10.406 de 2002, consagrou algumas hipóteses de indenizações punitivas existentes à época do antigo Código Civil de 1916, cujo agente responsável pelo ato ilícito continua sendo punido através do pagamento de um *plus* em relação ao valor do prejuízo da vítima, em sanção ao comportamento reprovável¹⁵².

Para adoção do instituto do *punitive damages* é necessária a articulação do pedido de indenização punitiva com base em algum dispositivo legal, que a permita, respeitando sempre o princípio da legalidade¹⁵³.

Na origem romano-germânica os países, como o Brasil, possuem uma dificuldade de enxergar no instituto um possível norte em relação aos conflitos inter individuais, e que pode acontecer a amplificação atingindo o coletivo. Os *punitive damages* com punições exemplares, traz uma direção a empresas, e a ofensores. Princípios como da prevenção e da precaução assumiriam um lugar de importância, na medida em que o instituto traria junto consigo um caráter pedagógico, qual seja pensar duas vezes antes de prejudicar alguém¹⁵⁴.

Logo se pode concluir que a relação de consumo em que se inserem a agência de turismo em um polo da relação e os menores no outro, e que se concretizam através da assinatura de um contrato de adesão, gera um prejuízo para a parte vulnerável da relação, na medida em que a grande maioria dos

¹⁵⁰ ANDRADE, André Gustavo de. **Dano moral e indenização punitiva**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p.238.

¹⁵¹ LEVY, Daniel de Andrade. **Uma visão dos punitive damages**. Revista de Direito Privado, a.12, n. 45 jan./mar. 2011, p. 211.

¹⁵² GONÇALVES, Vitor Fernandes. **A punição na responsabilidade civil**. Brasília: Brasília, 2005, p 184.

¹⁵³ *Ibidem*, p. 199.

¹⁵⁴ LEVY, Daniel de Andrade. **Uma visão dos punitive damages**. Revista de Direito Privado, ano 12, n. 45 jan./mar. 2011. p. 212.

consumidores deixam de recorrer ao judiciário contra a operadora turística por confiarem na legalidade das cláusulas impostas pelas mesmas no contrato assinado por ambas. Todavia, ocorre que, como já demonstrado, essas cláusulas que excluem das mesmas a responsabilidade pela maioria dos danos que os menores possam vir a sofrer na viagem, não estão de acordo com o que traz o ordenamento brasileiro vigente, sendo portanto abusivas e ilícitas.

A imposição dessas cláusulas por si só deve ser punida, para que com isso essa prática reiterada venha a não ser mais utilizada pelas agências. Deve-se conter através da função punitiva da responsabilidade civil uma prática lucrativa para as empresas e que gera danos aos consumidores. Um jeito viável e cabível de proporcionar isso, como demonstrado é através do instituto dos *punitive damages*.

5 CONCLUSÃO

Diante de todas as explicações e de tudo o que foi estudado ao longo do presente trabalho, é possível concluir que:

1. O turismo tem o *status* de norma constitucional desde que a CF/88 no seu art.180 assim determinou. Tendo como princípios norteadores, sendo eles a promoção estatal, o fator de desenvolvimento do estado social e econômico e o incentivo do Estado.
2. O turismo caracteriza-se pelo deslocamento voluntário e temporário de pessoas, por motivos distintos, que se ausentam do seu domicílio habitual para ir para outro local, no qual não praticam nenhuma atividade remunerada ou lucrativa.
3. As empresas que promovem essas excursões levando menores para fora do Brasil são agências de viagem e turismo, também conhecidas como operadoras de turismo. Isso porque são responsáveis por elaborar um programa turístico, em que contratam todos os serviços desde a passagem de avião até a reserva do

restaurante. Ou seja, além de intermediárias, também são produtoras de serviços turísticos.

4. A Lei nº 12.974 classifica agência de turismo como empresa que tenha como exclusivo objeto a prestação das atividades de turismo definidas por ela mesma, sendo elas: assessoramento, planejamento e organização de atividades acostadas a viagens turísticas, organização de programas, serviços, roteiros e itinerários de viagens, individuais ou em grupo, e intermediação remunerada na sua execução e comercialização e organização de programas e serviços relativos a viagens educacionais ou culturais e intermediação remunerada na sua execução e comercialização, estas em caráter privativo. Podendo as agências exercerem todas ou algumas dessas atividades previstas em lei.
5. A relação firmada entre os menores, representados pelos seus responsáveis e as agências de turismo é de consumo, uma vez que adquirem um serviço como destinatários finais, sendo assim caracterizados pela sua hipossuficiência e vulnerabilidade, essas ainda potencializadas por se tratarem de menores de idade.
6. A Lei nº 12.974 no seu art.10 e no seu art.20 caracteriza a responsabilidade das agências de turismo como sendo de responsabilidade objetiva, ou seja que independe de comprovação de culpa para haver o dever de indenizar. Estando desse modo de acordo com o que traz o CDC.
7. A Lei nº 12.974 determina sanções penais cabíveis como advertência por escrito, multa, interdição das instalações do estabelecimento, empreendimento ou equipamento e cancelamento do registro, em caso de descumprimento de alguma das suas imposições.
8. A responsabilidade da operadora ou da agência de viagens não depende das cláusulas firmadas em cada um dos contratos que integram o pacote turístico, podendo o consumidor acionar qualquer um dos fornecedores dos serviços, todos são solidariamente responsáveis pelo cumprimento do pacote turístico que foi vendido, de acordo com o que traz o art.34 do CDC.
9. A agência que vende o pacote turístico terá que responder por todos os serviços por ela contratados mas a elas é conferido o direito de regresso, de cobrar do causador direto do dano o que por ela tenha sido pago a título de indenização.

10. O contrato firmado entre as agências de turismo e os consumidores caracteriza-se por ser bilateral, oneroso, comutativo, de execução diferida, consensual, individual, atípico, e de natureza de adesão. Tendo ele por objeto, um pacote turístico que consiste em uma viagem de um grupo de menores para fora do Brasil, incluindo nele tudo que seja necessário para viagem, como hotel, transporte, atrações de lazer entre outros, além do acompanhamento de guias. Pelo fato da natureza desses contratos ser de adesão, trazem a presença de cláusulas abusivas, que emitem o oposto do que é exigido pelo CDC e pela lei nº 12.974.
11. A consequência prática da imposição de cláusulas abusivas, em que se excluem da responsabilidade por danos diretos e indiretos causados aos menores, é que por ignorância, por não conhecerem o seu real direito, e acreditarem no que traz o contrato de adesão, muitas vítimas não ingressam com ação contra as agências de turismo, gastando mais processando empresas em outro país ou desistindo de propor a ação e arcando com o prejuízo.
12. As penalidades, pelos danos sofridos pelos menores e pela imposição de cláusulas abusivas nos contratos, serão impostas às agências de turismo através do instituto da responsabilidade civil, cujas finalidades serão basicamente duas, a reparatória e a punitiva.
13. As cláusulas contratuais que eximem a responsabilidade das agências de turismo pelos danos que não tenham sido diretamente por elas provocados, ou que ainda que provocado pela agência esta tenha agido sem culpa são abusivas e portanto inválidas, uma vez que o CDC e a lei nº 12.974 são claros ao trazer a responsabilidade civil objetiva pactuando essa relação, e o art.34 do CDC afirmar que a responsabilidade das operadoras turísticas serão solidárias. A responsabilidade civil exercerá então a sua função reparatória para tentar restabelecer o equilíbrio entre as partes e fazer com que a vítima retorne ao *status quo ante* ao evento danoso, na medida em que seja possível, através do pagamento da indenização cabível.
14. A imposição das cláusulas abusivas por si só deve ser punida, para que com isso essa prática reiterada venha a não ser mais utilizada pelas agências. Deve-se conter através da função punitiva da responsabilidade civil uma prática lucrativa para as empresas e que gera danos aos consumidores. Um jeito viável

e cabível de proporcionar isso, como demonstrado acima, é através do instituto dos *punitive damages*.

15. Conclui-se, portanto, que as consequências jurídicas dos danos sofridos pelos menores fora do Brasil serão de responsabilidade da operadora de turismo que vendeu o pacote, uma vez que ela responde solidariamente com os fornecedores por ela contratadas, exercendo a responsabilidade de sua função preparatória e as agências sendo assegurado o seu direito de regresso. Já as penalidades pela imposição reiterada de cláusulas abusivas devem ser impostas através do instituto dos *punitive damages*, fazendo com que desse modo a responsabilidade civil exerça a sua função punitiva e preventiva, inibindo desse modo que continuem impondo esse tipo de cláusula que tanto prejudica o ressarcimento dos consumidores. A importância deste estudo está justamente no aumento no número de excursões nesse modelo e na insegurança a que esses consumidores estão expostos diante da incidência dessas cláusulas o que faz com que seja necessária urgentemente uma medida para impedir essa prática.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João Batista de. **A Proteção Jurídica do Consumidor**. 7.ed. rev. e atual. **Local**: Saraiva. 2009.

AMIN, Andréa Rodrigues. Doutrina da proteção integral. In: MACIEL, Kátia (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ANDRADE, André Gustavo de. **Dano moral e indenização punitiva**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BADARÓ, Rui Aurélio de Lacerda, **Direito do Turismo: história e legislação no Brasil e no Exterior**. 2 ed. rev. e atual., São Paulo: Senac, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2.ed. São Paulo: Saraiva. 2000.

BENI, Mario Carlos, **Análise Estrutural do Turismo**, 10.ed. atual., São Paulo, Editora Senac, 2004.

BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; Bessa, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 6.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF. 5 de out. de 1988. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 04 set. 2017.

BRASIL. LEI Nº 3.071, DE 1º DE JANEIRO DE 1916. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Revogada pela Lei nº 10.406, de 2002. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 07 set. 2017.

_____. LEI Nº 8.069, DE 13 DE JULHO DE 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm> Acesso em: 02 maio 2018.

_____. LEI Nº 8.078, DE 11 DE SETEMBRO DE 1990. **Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm> Acesso em: 04 set 2017.

_____. LEI No 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Institui o Código Civil**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 13 out. 2017.

_____. LEI Nº 11.771, DE 17 DE SETEMBRO DE 2008. **Dispõe sobre a Política Nacional de Turismo, define as atribuições do Governo Federal no planejamento, desenvolvimento e estímulo ao setor turístico**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11771.htm> Acessado em: 23 fev. 2018.

_____. LEI Nº 12.974, DE 15 DE MAIO DE 2014. **Dispõe sobre as atividades das Agências de Turismo**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12974.htm> Acesso em: 04 set. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Responsabilidade Civil. **Recurso Especial nº 304.738** - SP. Relator: Ministro Sálvio de Figueredo Teixeira. Disponível em:
<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7980955/recurso-especial-resp-305566-df-2001-0022237-4-stj>> Acesso em: 19 mar. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em **Recurso Especial nº147.412** - DF. Relatora Ministra Laurita Vaz. Disponível em:
<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7170287/embargos-de-divergencia-no-recurso-especial-eresp-147412-df-1998-0065400-3-stj/relatorio-e-voto-12899434>> Acesso em: 16 abr. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 575486/RJ** – 4a T., DJ. Relator: Min Ministro Cesar Asfor Rocha. Rio de Janeiro, DJ 21 de jun. 2004. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/182095/recurso-especial-resp-575486-rj-2003-0133988-5>>. Acesso em: 25 mar. 2018.

CAPPELETTI, Mauro. **As Garantias do Cidadão na Justiça**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2001.

CARNEIRO, Eduardo Walmsley Soares. **Responsabilidade Civil nos Contratos de Turismo**. Disponível em: <<https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJPE/article/viewFile/68/69>>. Acesso em: 16 mar. 2018.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 5.ed., rev., aum. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Programa de responsabilidade civil 1**. - 10. ed. - São Paulo: Atlas, 2012.

_____. **Programa de Direito do Consumidor**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CHAVES, Cristiano; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe. **Curso de Direito Civil 3 Responsabilidade Civil**. 2.ed. Revista Ampliada e Atualizada. São Paulo: Atlas, 2015.

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade civil**. 6. ed. 1. v. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

DINIZ, Maria Helena. **Código civil anotado**. 14.ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009.

_____. **Curso de Direito civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. Vol.7. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FELLOUS, Beyla Esther. **Proteção do Consumidor no Mercosul e na União Européia**. Ed. Revista dos Tribunais. 2002.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Cláusulas Abusivas nos Contratos, da Liberdade à Concretidade**. Editora: Forense, 1993.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil – Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2004.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 18 ed., atualizada e anotada por Humberto Theodoro Júnior, Rio de Janeiro, Forense 1998.

GONÇALVES, Vitor Fernandes. **A punição na responsabilidade civil**. Brasília: Brasília, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Responsabilidade e Objetividade na prestação de serviços aos consumidores. *In*: CARVALHO, Antonio Carlos Alencar.

Responsabilidade Civil das Operadoras de Turismo por Vício de Qualidade de Pacotes Turísticos. São Paulo: LTR, 2003.

GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini. **Dos contratos de hospedagem, de transporte de passageiros e de turismo.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

JUNIOR, Nelson Nery. **Os Princípios Gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor.** *In:* Revista do Direito do Consumidor RT n.3.

LEVY, Daniel de Andrade. **Uma visão dos punitive damages.** Revista de Direito Privado, ano 12, n. 45 jan./mar. 2011.

LISBOA, Roberto Senise. **Contratos difusos e coletivos: consumidor, meio ambiente, trabalho, agrário, locação, autor.** São Paulo: RT, 1997a.

LUTZKY, Daniela Courtes. **A reparação de danos imateriais como direito fundamental.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

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.

MARINS, James. **Responsabilidade da empresa pelo fato do produto.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais .4.ed.** 2002.

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

MATTOS, Francisco José Soller de. **O Princípio da Boa-Fé no Código de Defesa do Consumidor.** *In:* Juris Revista do Departamento de Ciências Jurídicas. Ano 1997. 7. v. Rio Grande do Sul: Furg.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor.** 4.ed. Revista dos Tribunais. 2013.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado.** 4.ed, São Paulo, RT, 1983, tomo III.

MOMBERGER, Noemí Friske. **A publicidade dirigida às crianças e adolescentes: regulamentações e restrições.** Porto Alegre: Memória Jurídica, 2002, p. 37-38.

MORAES, Ana Celina Bodin de. **Danos a pessoa humana.** Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2003.

OLIVEIRA, Celso Marcelo de. **Teoria Geral da Responsabilidade Civil e de Consumo**. São Paulo, Thomson – IOB, 2005.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de Direito Civil Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PERROCHI, Mario. **Agências de Turismo: planejamento e gestão**, São Paulo, Futura, 2003.

PRATA, Ana. **Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual**. Coimbra: Almedina, 1985.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil - Responsabilidade Civil**. 2003, p 15- 11.

ROSENVALD, Nelson. **As Funções da Responsabilidade Civil a Reparação e a Pena Civil**. 2.ed.São Paulo: Atlas: 2014.

RUSSO, Rafael dos Santos Ramos. **Aplicação Efetiva dos Punitive Damages no atual Ordenamento Jurídico Brasileiro**. 2009. p.10. Disponível em: <http://www.emerj.rj.gov.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2009/trabalhos_22009/RafaeldosSantosRamosRusso.pdf> Acesso em: 21 abr. 2018.

SANTANA, Hector Valverde. **Dano moral no direito do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **TARS-AC 195.151.3003**, 4ª Câmara Cível. Relator: . Moacir Leopoldo Haeser. Julgado em 21 de nov. de 1995. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3346991/apelacao-apl-7140835400-sp>>. Acesso em: 01 out. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **TARS- APC 190.053.814**, 4ª Câmara Cível. Relator: . Juiz Jairo Duarte Gehlen. Julgado em 21 de jun. de 1990. Disponível em: <<http://www.consumidorbrasil.com.br/consumidorbrasil/textos/jurisprudencia/turismo.htm>>. Acesso em: 02 nov. 2017.

SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho. **Código de Defesa do Consumidor anotado e legislação complementar**. 2005.

STOCO, Rui. **Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial**. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. **Tratado de Responsabilidade Civil e sua interpretação doutrinária e jurisprudencial**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 7.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

TALAVERA, Glauber Moreno. **Relações de Consumo no Direito Brasileiro**. 2001.

TEPEDINO, Gustavo. **A Responsabilidade Civil nos Contratos de Turismo**. In: _____. Temas de Direito civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.242- 255.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 5. ed., São Paulo: Atlas, 2005.

_____. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**, 2006.

INFORMAÇÕES SOBRE O CADASTRO DAS AGÊNCIAS DE TURISMO. Disponível em: <<http://www.cadastur.turismo.gov.br/cadastur/SobreCadastur.mtur>> Acesso em: 23 de jan de 2018.

G1. Garota que morreu durante voo de volta da Disney é enterrada em SP.

Disponível em: <<http://g1.globo.com/Noticias/SaoPaulo/0,,MUL1252544-5605,00-GAROTA+QUE+MORREU+DURANTE+VOO+DE+VOLTA+DA+DISNEY+E+ENTERRADA+EM+SP.html>> Acesso em: 16 abr. 2018.