

Comércio eletrônico e hotéis: uma análise da responsabilidade das agências de turismo online

Electronic commerce and hotels: an analysis of online travel agencies' civil liability

Thiago Dias Silva

Mestrando em Direito nas Relações Econômicas e Sociais na Faculdade de Direito Milton Campos; Bacharel em Direito (Faculdade de Direito Milton Campos; Universidade de Lisboa) Bolsista CAPES; Membro do Núcleo de Estudos sobre Gestão de Políticas Públicas (NEGESP)

Rua Senador Milton Campos, 202 – Vila da Serra 34006-050 Nova Lima, MG, Brasil

thiagods@live.com

<http://orcid.org/0000-0001-5297-3902>

Março de 2019

RESUMO: O desenvolvimento da internet provocou intensas transformações na sociedade: possibilitou a maturação de novas formas de pensar, agir, interagir e se relacionar com o mundo e o surgimento de diversas modalidades de atividades econômicas, jamais pensadas anteriormente, como o e-commerce. A Lei, no entanto, nem sempre traz respostas exatas e imediatas para todos os problemas que emergem desta nova dinâmica social, principalmente porque o Direito não tem a mesma capacidade de evolução que a tecnologia. Um dos problemas que surgem com o aparecimento de novas formas de negócio virtuais é a responsabilidade civil das agências de turismo online. Este trabalho questiona o modelo de responsabilidades imputado a essas agências e justifica, a partir da teoria do diálogo das fontes, a flexibilização do regime de responsabilidades das agências de viagens tradicionais, para que no caso das online, a Lei seja aplicada e interpretada de forma harmônica, levando em consideração o ordenamento jurídico como um sistema. Por fim, o presente estudo conclui que é dever do julgador, em seu papel máximo de reduzir a abstração da lei, julgar o caso de acordo com as suas peculiaridades e especificidades, obtendo uma decisão mais justa e adequada à realidade do momento e da disputa.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade Civil; Agências de Turismo Online; Agência de Viagens; E-commerce; OTAs; Direito do Consumidor.

ABSTRACT: The development of the Internet has led to extreme changes in society: it has allowed the establishment of new ways of thinking, acting, interacting and relating to the world, and the emergence of different economic activities that were never thought before, like e-commerce. However, Law does not always provide accurate and immediate solutions to all matters of this new social dynamic, mainly because legislative process is not as fast as technology evolution. An issue that arises with the emergence of new digital business is the civil liability of online travel agencies. This paper aims to question the model of responsibility imputed to those agencies. It is intended to justify, from the theory of the dialogue of sources, the flexibility of the regime of responsibilities of traditional travel agencies, so that in the case of online agencies, Law must be enforced and interpreted in a harmonic way, considering the legal system as a whole. Finally, this study concludes that it is a duty of the interpreter, in order to reduce the abstraction of the law, to judge the case according to its peculiarities, characteristics and specificities, resulting in a more just and adequate decision to the present reality.

KEY WORDS: Civil Liability; Online Travel Agencies; Travel Agency; E-commerce; OTAs; Consumer Law.

SUMÁRIO:

1. Introdução
2. A ascensão do comércio eletrônico e o surgimento das agências de turismo online
3. Legislação aplicável
4. A responsabilidade civil das agências de turismo
5. Repensando a responsabilidade civil das agências de turismo online
6. Considerações finais

Referências

Legislação consultada

Jurisprudência citada

1. Introdução

Desde os tempos mais antigos, o mundo passa por constantes transformações e revoluções. Após a Segunda Guerra Mundial as transformações tecnológicas ganharam destaque, impactando mudanças nas relações pessoais, na economia e na produção. O mundo, as pessoas, o comércio, os Estados se tornam diferentes do que eram antes. Os limites físicos começaram a ser superados com a evolução da tecnologia. Mais recentemente, a partir do desenvolvimento da internet, o surgimento de novas tecnologias e a evolução das existentes se intensificaram, ganhando destaque mundial. A internet, em verdade, se consolidou como uma nova realidade, fazendo parte do cotidiano das pessoas.

A dinâmica da sociedade foi altamente modificada para que pudesse se adaptar a nova realidade. Redes sociais estabeleceram um novo conceito de relacionamento, encurtando distâncias, facilitando o contato instantâneo. Compras coletivas, sites de relacionamentos, aplicativos de transporte, aplicativos de delivery, sistemas de navegação. Enfim, diversas novidades fazem hoje parte do dia-a-dia das pessoas que, na atualidade, frequentemente dependem bastante delas para realização de suas tarefas triviais, desde as mais simples às mais complexas.

O convívio com novas tecnologias demanda a adaptação. O mundo, as empresas, os governos, as cidades, as pessoas precisaram – e precisam diariamente – se adequar à nova realidade. O consumo foi diretamente influenciado com a evolução tecnológica e precisou se adequar. O aluguel de filmes em tradicionais locadoras deu lugar ao Netflix e outras plataformas de streaming, a tradicional compra em lojas físicas perde força para o e-commerce. A internet se transformou no centro do mundo, demandando adaptações naturais, inclusive no Direito.

A redação de uma lei, muitas vezes, considera a realidade presente no momento em ela que foi editada e pode se tornar obsoleta com tempo, demandando a sua revisão, revogação ou a até a edição de novas leis. No entanto, é patente a impossibilidade do Direito evoluir com a mesma velocidade da tecnologia, não estando apto para acompanhá-lo, o que desafia os intérpretes da lei ao julgar as demandas apresentadas.

A já complexa seara das responsabilidades civis ganha ainda mais complexidade com a evolução da tecnologia e popularização do e-commerce. Assim, este paper se propõe a problematizar o regime de responsabilidades no âmbito de uma nova modalidade de prestação de serviços que vem ganhando destaque entre os internautas: as agências de viagens online. Busca-se demonstrar a ausência de razoabilidade na aplicação às agências online do mesmo regime de responsabilidade civil aplicável às agências tradicionais físicas. À luz da teoria do diálogo das fontes e do princípio da razoabilidade pretende-se demonstrar a necessidade do julgador considerar todo o ordenamento jurídico, a realidade e as peculiaridades de cada caso no julgamento das demandas.

Conclui-se que o Direito não é e nem pode ser considerado estático. Deve evoluir no tempo, sob pena de ficar obsoleto. A lei não deve servir para engessar a interpretação e aplicação do

Direito, do contrário não haveria sequer a necessidade do papel do julgador para dirimir conflitos. Cabe a ele flexibilizar a interpretação da lei, em harmonia com todo o conjunto de normas vigentes, buscando adequar o Direito à realidade e à situação prática.

2. A ascensão do comércio eletrônico e o surgimento das agências de turismo online

A dinâmica social, desde o fim do século passado, tem sido altamente modificada pelo avanço tecnológico. Dia após dia o mundo é surpreendido com o surgimento de uma nova tecnologia, não raramente, bastante evoluída em relação à de ontem, em ritmo cada vez mais acelerado. E, impulsionada pela massificação do acesso à internet, novas formas de se relacionar e interagir com o mundo são vivenciadas nas mais diversas sociedades.

Visionário, como se pode chamar, já havia predition na década de 1990 que na internet as pessoas viveriam, podendo nela fazer “todas as coisas que podem fazer no mundo físico”¹. O consumo ganhou uma nova forma, eis que o mundo online permite, de maneira extremamente simplificada, a aquisição e troca de bens e serviços.

Cláudia Marques explica que a grande questão em torno do surgimento de um novo espaço de transações e comércio é como conquistar a confiança do consumidor². O amadurecimento do consumo online, não apenas no Brasil, mas em todo o globo, só foi possibilitado a partir da diminuição da desconfiança. E, nesse sentido, Tarcísio Teixeira entende a confiança como “um novo paradigma para a boa-fé quanto aos negócios jurídicos”³, cabendo ao direito privado se redescobrir, encontrando novos mecanismos de proteção do consumidor-internauta. Exige-se, portanto, investimentos contínuos na aquisição de credibilidade no mundo online.

Com efeito, a internet, paulatinamente, atraiu o consumidor – agora também internauta – que adquiriu confiança no e-commerce. Lojas físicas perderam parte de seu prestígio em proveito de lojas virtuais, em face das vantagens oferecidas pela internet, especialmente proporcionada pela competitividade. Diferentemente do mundo físico, inexistem fronteiras na internet, sendo extremamente facilitada a aquisição de produtos até mesmo do outro lado do mundo.

Hoje, são mais de 116 milhões de brasileiros conectados à internet, o que representa mais de 64% da população brasileira com idade superior a 10 anos⁴. Já há alguns anos as

¹ LAWRENCE LESSIG, “Surveying law and borders: the zones of cyberspace”, in *Stanford Law Review*, ano XVII, Stanford, n.º 48, 1996, p. 1403.

² CLÁUDIA LIMA MARQUES, “Confiança no Comércio Eletrônico e a Proteção do Consumidor: Um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico”, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 2004, p. 33.

³ TARCISIO TEIXEIRA, *Comércio Eletrônico: Conforme o Marco Civil da Internet e a Regulamentação do e-commerce no Brasil*, São Paulo, Saraiva, 2015, pp. 33-34.

⁴ INSTITUTO BRASILEIRO DE PESQUISA E ESTATÍSTICA, “Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua – PNAD Contínua: Acesso à internet e à televisão e posse de telefone móvel celular para uso pessoal”, Rio de Janeiro, IBGE, 21 fev. 2018.

compras pela internet superam as realizadas em estabelecimentos físicos, segundo pesquisa realizada pela PwC⁵ (2016). Entre os jovens a popularidade das compras virtuais é ainda maior, 75% compram online, preferindo, a maioria, as lojas com atuação exclusiva na internet, como Submarino, Amazon, OLX e Mercado Livre⁶.

Além dos preços competitivos, o consumo online cresce estimulado pela facilidade de acesso e eliminação de barreiras físicas, que são facilmente superadas na internet. Uma infinidade de produtos, de qualquer parte do mundo, está apenas a alguns cliques de distância do consumidor.

"Em 1995, quando a Internet ainda surgia no país, não se podia imaginar que, com apenas quatro cliques, em um dispositivo móvel seria possível comprar móveis para decorar uma casa inteira. Atualmente, além de saber dessa possibilidade, aproximadamente 40 milhões de pessoas já realizaram pelo menos uma compra online. E essas pessoas estão utilizando a Internet para comprar de forma cada vez mais sofisticada, deixando de buscar apenas itens comparáveis por preço e prestando mais atenção a itens únicos, com medidas e tamanhos específicos, que exigem uma capacidade de abstração para imaginar como o produto ficará em sua casa ou em seu corpo. Essa experiência é um sinal de amadurecimento do consumo online no Brasil." ⁷

Em verdade o consumidor tem sido altamente beneficiado com o amadurecimento do e-commerce, máxime pelas vantagens citadas, como conforto, preços atrativos e grande disponibilidade de bens e serviços. No entanto, não apenas o consumidor sai ganhando, mas principalmente os comerciantes.

O céu parece ser o limite. A eliminação das fronteiras no mundo virtual eleva exponencialmente o alcance de um negócio, eis que o mercado potencial passa a englobar qualquer pessoa conectada. Os custos de transação são consideravelmente mais enxutos em uma operação estritamente online do que em um estabelecimento comercial, que muitas vezes precisa lidar com grandes folhas de pagamentos, aluguel, contas de consumo etc.

Ademais, a expansão da internet proporciona a democratização do comércio, a redução de monopólios e fomenta a competitividade no mercado. Os baixos custos de transação, a desnecessidade de vultosos investimentos e a manutenção simplificada incentiva o empreendedorismo e surgimento de novas lojas virtuais. Os custos de mídia também são extremamente reduzidos na internet, se comparado aos veículos tradicionais, como TV, jornais e revistas. Pequenas lojas e empresas físicas conseguiram se inserir e posicionar melhor no mercado a partir da popularização da internet.

"Até setores conservadores e cautelosos, como os bancos, aderiram com vigor. Fortunas nasceram com incrível velocidade, em geral ligadas a jovens que tiveram ideias ousadas e

⁵ PRICEWATERHOUSECOOPERS BRASIL, *Total Retail 2016: A revolução que os consumidores almejam, com a execução que os conquista*, São Paulo, PwC Brasil, 2016.

⁶ SOCIEDADE BRASILEIRA DE VAREJO E CONSUMO, "Os Novos Consumidores Brasileiros: Hábitos de compra e consumo dos jovens entre 16 e 22 anos", São Paulo, SBVC, 2018.

⁷ LEANDRO SOAREZ, "A maturidade brasileira no comércio online", *Revista E-Commerce Brasil*, ano 7, v. 9, n. 38, São Paulo, 2017, p. 28.

inusitadas. Mais recentemente, muitos ganham dinheiro – muito dinheiro – com o desenvolvimento de aplicativos para celulares. Sem falar que novos serviços são oferecidos, como sites de compras coletivas, sites que reservam hotéis e comparam os respectivos preços, sites que aproximam pessoas para compra ou troca de produtos, sites que oferecem financiamento coletivo para projetos e ideias que atraem os corações e mentes dos usuários. Enfim, a lista é imensa e transforma a cada dia.”⁸

Alinhada ao fenômeno da globalização a internet possibilitou uma integração entre mercado nacional e internacional, impulsionando o surgimento de novas formas de contratar⁹. As novidades nas contratações superaram as tradicionais compras e vendas, tendo alcançado diversas outras modalidades de serviços.

Intensificou-se na última década o surgimento de sites de compras coletivas, possibilitando preços ainda mais competitivos; intermediadores de pagamento, dando mais confiabilidade nas transações online. Nichos específicos também floresceram com a evolução da internet, em especial o mercado hoteleiro, que expandiu surpreendentemente.

Na lógica de que o investimento no cliente direto é consideravelmente maior do que parcerias com terceiros (informação verbal)¹⁰, a internet proporcionou o ambiente ideal para o surgimento de novos agentes intermediários. A tecnologia foi ainda mais útil no mercado hoteleiro e de viagens, pois a entrada destes novos intermediadores facilitou o contato entre produtores/prestadores de serviços e consumidores.

Diversos hotéis (redes ou pequenos), pousadas, hostels e resorts encontraram no meio online, grandes oportunidades de negócios, aumentando suas ocupações ao comercializar seus quartos na internet. Tal possibilidade foi bem recebida pelos consumidores, atraídos pela comodidade e facilidade em reservar um quarto com apenas alguns cliques, dispensando longas ligações telefônicas ou idas à agências de viagens físicas, o que incentivou o surgimento de gigantes agências de viagens exclusivamente online, como Expedia, Decolar, Hoteis.com, Submarino Viagens, Travelcity, dentre outras.

“[...] a Internet criou a possibilidade do aparecimento de várias agências de viagem eletrônicas ou virtuais tais como: Expedia e Travelcity, dentre outras. Essas agências virtuais oferecem ao turista a possibilidade de pesquisar, planejar e fazer todas as reservas que desejarem a partir de um terminal de computador, permitindo a emissão de passagens aéreas, reservas em hotéis, aluguel de carros, escolha de cruzeiros, etc. com todos os parceiros associados a tais agências virtuais.”¹¹

⁸ CRISTIANO CHAVES DE FARIAS / NELSON ROSENVOLD / FELIPE PEIXOTO BRAGA NETTO, *Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil*, vol. 3, 2^a ed., São Paulo, Atlas, 2015, p. 709.

⁹ ALBERTO LUIZ ALBERTIN, *Comércio eletrônico: modelo, aspectos e contribuições de sua aplicação*, 6^a ed., São Paulo, Atlas, 2010, p. 16.

¹⁰ Fala do Diretor de Distribuição da Intercity Hotéis, Paulo Salvador, no painel de debates sobre os desafios futuros da distribuição de hotéis (Cfr. ANA LUIZA TIEGHI, “Hoteleira e OTA falam sobre novos desafios da distribuição”, in *Panrotas*, 06 abr. 2017).

¹¹ MINISTÉRIO DO TURISMO DO BRASIL, “Estudos da Competitividade do Turismo Brasileiro: tecnologia da informação aplicada ao turismo”.

A conveniência proporcionada por este modelo de negócio atrai diariamente diversos consumidores, dos mais variados lugares. Em uma única plataforma é possível reservar hotéis, comprar passagens aéreas, ingressos para atrações. Todas as viagens passaram a poder ser organizadas e gerenciadas de maneira fácil e rápida. Ademais, os consumidores no ambiente virtual conseguem visualizar e comparar preços (já existem plataformas próprias para essa funcionalidade, como o Trivago), visualizar fotos e opiniões de outros hóspedes, gerando ainda mais segurança e tranquilidade para os consumidores, em comparação às agências físicas.

Entre os anos de 2013 e 2016 o mercado de turismo online registrou alta de 73%, segundo a Ebit¹². E os números seguem em acelerado crescimento: a empresa de consultoria E-consulting divulgou projeção de que o turismo online no Brasil deve atingir R\$ 19,6 bilhões em 2018, i.e. um crescimento de 14% desde 2016, isso sem considerar o crescimento já expressivo no ano de 2017, quando o comércio virtual de viagens movimentou R\$ 17,2 bilhões¹³. E as expectativas ainda são elevadas para os próximos anos, em que se espera um crescimento anual, até 2020, de 10% neste mercado¹⁴.

A popularização acelerada do turismo online no Brasil alavanca as médias mundiais de crescimento do setor – mesmo com a crise enfrentada pelo país, que retraiu a demanda no país – e auxilia na recuperação das taxas de ocupação perdidas durante que crise. Diversos são os indicativos de que houve crescimento, nos últimos anos, do mercado de turismo online no país.¹⁵

Cerca de 20% do setor de turismo no país ainda é gerado por meios tradicionais, demonstrando existir equilíbrio entre o consumo de turismo realizado em meio online e offline, segundo pesquisa realizada pela Mapie e Disque⁹¹⁶. A existência de grandes agências tradicionais, como CVC, Flytour, LATAM Viagens, Agaxtur, Belvitur, entre outras, expressa que ainda existe espaço para o crescimento do mercado online de viagens no país, diferentemente de países europeus e dos Estados Unidos, em que todo o setor de turismo já é dominado pelo mercado online.

Até mesmo as tradicionais agências citadas já adequaram suas estruturas passando a operar também na internet, acompanhando a tendência global. A dinâmica de operação dessas empresas também precisou se adaptar para acompanhar o fenômeno de crescimento das OTAs, a fim de que aquelas pudessem também ofertar as comodidades ofertadas por estas.

O tradicional modelo pessoal de parcerias entre hotéis e agências, que demandavam visitas e negociações específicas não mais se sustenta com o fim das fronteiras no mercado online. Diferentemente das agências físicas tradicionais, em que geralmente a escolha de hotéis,

¹² EBIT, "Webshoppers", 36^a ed., Santana de Parnaíba, Ebit, 2017.

¹³ RALPE MANZONI JUNIOR, "Varejo online deve faturar R\$ 77,5 bilhões em 2018, prevê consultoria", 04 abr. 2018, in *IstoÉ Dinheiro*, (Coluna Bastidores das Empresas).

¹⁴ CAROLINA DE HARO / LORRAINE SILEO / BRANDIE WRIGHT, "Latin America Online Travel Overview", 3^a ed., New York, Phocuswright, 2016.

¹⁵ MARCELO GOLDENSTEIN / GUSTAVO MELLO, "Perspectivas da Hotelaria no Brasil", Brasília, BNDES, 2011.

¹⁶ MAPIE / DISQUE9, "Pesquisa sobre hóspedes de negócios", in *Diário do Nordeste*, 17 dez. 2013.

destinos, companhias aéreas e atrações se limita aos poucos parceiros da empresa, as OTAs ofertam uma infinidade de hotéis e atrações em todo o mundo.

3. Legislação aplicável

A inexistência de fronteiras no ambiente digital torna a aplicação do Direito um tanto quanto nebulosa. Tem sido, aliás, um desafio para o Direito contemporâneo regular e solucionar as demandas relacionadas à internet. A possibilidade de envolvimento de múltiplas nações, com diferentes ordenamentos jurídicos e diversos sistemas legais, desafia ainda mais a aplicação da Lei.

Consumidor de nacionalidade russa, residente no Brasil que faz uma reserva de hotel nos Estados Unidos, por meio de um site australiano. Em um simples exemplo quatro países puderam ser envolvidos e já retratam a dimensão do problema jurídico que o mundo digital pode gerar. O envolvimento de diversos países e ordenamentos jurídicos distintos nas relações privadas atrai a aplicação do Direito Internacional Privado, que no caso do Brasil encontra-se disciplinado no Decreto-lei n.º 4.657 de 1942, Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB).

Diante da possibilidade de aplicação de mais de um ordenamento jurídico (como no exemplo citado), caberá ao Direito Internacional Privado solucionar os conflitos de lei no espaço. Em outras palavras, havendo conflitos envolvendo contratos internacionais, a lei aplicável será ditada pelas regras de Direito Internacional Privadas. Ocorre que não há muita uniformidade em tais disposições, de modo que cada país adota seus próprios regramentos tornando a identificação do direito aplicável bastante complexa.

A contratação internacional foi extremamente facilitada no ambiente digital, por meio do desenvolvimento da internet, tornou-se bastante popular e corriqueira no e-commerce, envolvendo também as OTAs. Exige-se do consumidor, portanto, uma melhor compreensão do Direito Internacional Privado para que se resguardem de eventuais disputas.

Destaca-se isso, pois, em verdade, este trabalho se destinará a analisar tão somente os diplomas legais brasileiros aplicáveis às contratações realizadas com agências de turismo online. Tal restrição, contudo, não significa que o direito brasileiro deverá sempre ser aplicado quando a relação envolver consumidores brasileiros e sites estrangeiros. Cada caso deverá ser analisado à luz do Direito Internacional, não sendo razoável – e sequer possível – examinar todas as legislações do mundo aplicáveis às OTAs.

Levando-se em conta que o consumidor e a plataforma estão situados no Brasil e a hospedagem promovida por empresa brasileira, a relação será regida pelo direito privado brasileiro. Nesse sentido, o diálogo das fontes determina “a aplicação simultânea, coerente e

coordenada das plúrimas fontes legislativas convergentes”¹⁷, máxime da Constituição Federal, do Código de Defesa do Consumidor, do Código Civil e de eventuais leis esparsas. A Constituição Federal ditará os princípios gerais regentes das relações. Nas relações de consumo (via de regra as contratações perante OTAs caracterizam relações consumeristas) o Código de Defesa do Consumidor terá aplicação prioritária e o Código Civil subsidiária, em complementação ao primeiro no que não o contrariar.

Roberto Senise Lisboa explica que o sistema positivo não acompanhou o avanço da tecnologia, restando “ultrapassado e anacrônico”, não teve a mesma agilidade para evoluir em harmonia com as mudanças socioeconômicas trazidas pela globalização e pela tecnologia¹⁸. A incapacidade do Direito em regular as novas situações jurídicas reflete na insatisfação popular e demanda por mais paternalismo e intervencionismo do Estado nas relações privadas.

Nesse contexto, emerge o Código de Defesa do Consumidor, estabelecendo um microssistema jurídico específico para o tratamento das relações de consumo, objetivando trazer mais transparência a essas relações e restabelecer o equilíbrio entre as partes, ante a situação de vulnerabilidade do consumidor. O CDC propõe equidade nas relações de consumo “por meio de tratamento desigual aos desiguais, até o ponto em que se atinja entre eles a paridade”¹⁹.

No entanto, uma norma não pode excluir a aplicação de outra, mas devem se complementar. O ordenamento jurídico deve ser concebido como sistema, de modo a buscar na interpretação e aplicação da lei a harmonia e a coordenação entre as diversas normas jurídicas coexistentes²⁰. Segundo as palavras de Cláudia Marques *et al*, “o diálogo é que legitima o consenso”²¹, isto é, da aplicação harmoniosa, coordenada e em diálogo com todas as normas jurídicas é que se extrai a justa solução do caso em concreto.

Com efeito, exige-se dos intérpretes e dos aplicadores do Direito equilíbrio e harmonia na aplicação de diversas normas jurídicas. A legislação consumerista não pode servir como solução de todos os problemas privados. Mais, não pode servir como resposta para todas as demandas nascidas em ambientes virtuais. Cabe ao intérprete aplicar todos os diplomas legais de forma coordenada, reestabelecendo o equilíbrio entre as partes e minimizando a vulnerabilidade do consumidor, mas sem inviabilizar ou desestimular a atividade empresarial.

A aplicação, nesses termos, da legislação consumerista às relações entre hóspedes e acomodações é inequívoca, existindo direta fruição dos serviços de hospedagem pelo consumidor. Clara também é a tutela consumerista nos serviços de intermediação prestados

¹⁷ CLAUDIA LIMA MARQUES *et al*, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, 2^a ed., São Paulo, RT, 2006, p. 28.

¹⁸ ROBERTO SENISE LISBOA, “Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo”, *Revista dos Tribunais*, 2^a ed., São Paulo, 2006, pp. 60-63.

¹⁹ JOSÉ FRANKLIN DE SOUSA, *Responsabilidade Civil: Causas de exclusão*, Leme, J.H. Mizuno, 2006, p. 142.

²⁰ CLAUDIA LIMA MARQUES *et al*, *Manual de Direito do Consumidor*, 2^a ed., São Paulo, RT, 2009, p. 90.

²¹ CLAUDIA LIMA MARQUES *et al*, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, 2^a ed., São Paulo, RT, 2006, p. 24.

pelas agências de viagens, nos quais há remuneração direta das empresas pelo consumidor em face da prestação dos seus serviços. Há, portanto, uma dupla relação consumerista: uma entre o consumidor e a agência de viagem, outra entre o consumidor e a acomodação.

A situação em relação às OTAs é menos clara, já que nem sempre ocorre remuneração, nos termos do artigo 3.º, § 2.º (CDC), pelo consumidor. Na verdade, em muitas agências de turismo online, o consumidor apenas utiliza a plataforma para realizar sua reserva, efetuando o pagamento diretamente ao hotel (as principais operadoras no país oferecem tal possibilidade aos seus usuários, como Hoteis.com, Booking e Expedia). Mas ainda sim, mesmo nesses casos, existe onerosidade nas relações, de natureza indireta, já que a remuneração da OTA será feita pela acomodação parceira, como explica Cláudia Lima Marques *et al*:

“Parece-me que a opção pela expressão “remunerado” significa uma importante abertura para incluir os serviços de consumo remunerados indiretamente, isto é, quando não é o consumidor individual que paga, mas a coletividade (facilidade diluída no preço de todos) ou quando ele paga indiretamente o “benefício gratuito” que está recebendo. A expressão “remuneração” permite incluir todos aqueles contratos em que for possível identificar, no sinalagma escondido (contraprestação escondida), uma remuneração indireta do serviço de consumo.”²²

E também nesse mesmo sentido, já decidiu a terceira turma do STJ, no julgamento do Recurso Especial nº 1316921/RJ, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi:

“1. A exploração comercial da Internet sujeita as relações de consumo daí advindas à Lei n.º 8.078/90. 2. O fato de o serviço prestado pelo provedor de serviço de Internet ser gratuito não desvirtua a relação de consumo, pois o termo mediante remuneração, contido no art.º 3.º, § 2.º, do CDC, deve ser interpretado de forma ampla, de modo a incluir o ganho indireto do fornecedor. [...]”

Não obstante existam, ainda, no ordenamento jurídico nacional, outros instrumentos normativos mais específicos, como o Decreto do E-commerce (Decreto 7.962/2013), a Lei Geral do Turismo (Lei n.º 11.771/2008) e a Lei das Agências de Turismo (Lei n.º 12.974/2014), não dependem de minuciosa exposição e justificação de aplicação, visto que todas elas, inclusive o próprio Marco Civil da Internet, convergem no sentido de reafirmar a aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

“Direito civil e do consumidor. Internet. Relação de consumo. Incidência do CDC. Gratuidade do serviço. Indiferença. Provedor de conteúdo. Fiscalização prévia do teor das informações postadas no site pelos usuários. Desnecessidade. Mensagem de conteúdo ofensivo. Dano moral. Risco inerente ao negócio. Inexistência. Ciência da existência de conteúdo ilícito. Retirada imediata do ar. Dever. Disponibilização de meios para identificação de cada usuário.

²² CLAUDIA LIMA MARQUES *et al*, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, 2ª ed., São Paulo, RT, 2006, p. 94.

Dever. Registro do número de IP. Suficiência.” (RESP 1193764/SP; Relatora: Min. Nancy Andrighi)

Insta mencionar que, a defesa da aplicação da legislação consumerista ao e-commerce e às agências de viagens não importa dizer que seja o seu sistema de responsabilização civil o mais adequado para reger as relações que envolvam as online travel agencies, como será explorado oportunamente. Sem embargo, conclusão pela inadequação também não significa defender a edição de novas leis para regular todas e quaisquer novas tecnologias que venham, por ventura, a surgir.

Acompanhar as próprias inovações tecnológicas dentro do comércio eletrônico já demandaria um esforço hercúleo, senão impossível. A constância e velocidade das inovações e as mudanças de comportamento da sociedade fariam com que qualquer legislação específica sobre e-commerce já surgisse obsoleta²³. Na verdade, tal tarefa seria absolutamente inócuia, afinal, dada a sua morosidade, o processo legislativo nunca será capaz de atingir o mesmo ritmo de evolução da tecnologia.

Essencial para que o anseio popular seja suprido e as novas demandas oriundas das evoluções sociais e tecnológicas solucionadas é a superação do paradigma tradicional de hierarquia, especialidade e cronologia na resolução de conflitos entre leis. É necessário que haja diálogo entre as fontes do direito. Diferentes pensamentos e pontos de vistas podem e devem coexistir. A eficiência e a justiça do sistema jurídico não estão na mencionada elevação do CDC como resposta para todos os conflitos, mas sim na solução deles por meio da aplicação conjunta, coordenada, complementar e subsidiária das normas jurídicas.

4. A responsabilidade civil das agências de turismo

Alinhado às tendências do mercado, o legislador nacional se preocupou em incluir no conceito de agências de viagens, expresso no artigo 27º da Lei Geral do Turismo (Lei n.º 11.771/2008) não apenas os fornecedores diretos, que prestam serviços de turismo diretamente aos turistas, mas também as empresas que exercem atividade econômica de intermediação entre fornecedores e consumidores para a prestação dos serviços turísticos. Tendência essa já consolidada, como exposto, no mercado de turismo online, mas também bastante frequente nos estabelecimentos tradicionais, já que praticamente a totalidade das agências e operadoras atua como meras intermediárias.

Prestando serviços diretamente aos turistas ou atuando como intermediárias, as agências de viagens estabelecem com seus clientes uma verdadeira relação de consumo. Enquanto tuteladas pela legislação consumerista, se sujeitam a um regime jurídico bastante amplo de

²³ TARCISIO TEIXEIRA, *Comércio Eletrônico: Conforme o Marco Civil da Internet e a Regulamentação do e-commerce no Brasil*, São Paulo, Saraiva, 2015, p. 62.

responsabilização civil, o que implica dizer que todos os serviços adquiridos pelo consumidor, por meio de uma agência, são de sua responsabilidade, ainda que sejam prestados por terceiros (hotéis, companhias aéreas, empresas de traslado etc.).

Diz-se regime amplo, por quanto as consequências jurídicas do enquadramento da relação na legislação consumerista – quando da oferta ao consumidor de reservas, passagens ou pacotes – englobem também a solidariedade entre todos os fornecedores envolvidos na cadeia de prestação do serviço contratado²⁴. Havendo falha ou defeito na prestação do serviço adquirido, o consumidor lesado possui o direito subjetivo, nos termos do Código de Defesa do Consumidor, de demandar contra qualquer um dos envolvidos, mesmo se o dano houver sido causado exclusivamente por um deles.

O princípio da solidariedade permeia toda a relação de consumo. Se um hotel não cumpre a reserva feita em agência de viagens e ao chegar para se registrar é informado que o hotel excedeu sua capacidade, tanto o hotel, quanto a agência são responsáveis por reparar o turista, cabendo-lhe escolher contra quem demandar. Da mesma forma, se ocorre extravio de bagagem ou overbooking, a aérea e a agência que o voo foi adquirido respondem. Até mesmo no caso de uma atração comprada em agência, como ingressos de teatro, havendo qualquer intempérie na realização da peça, remanesce para quem os comercializou o dever de reparar.

A solidariedade nesse caso implica na responsabilização objetiva, também típica das relações consumeristas (artigos 12.º a 25.º, CDC), distinta daquela em que se exige a comprovação de culpa, prevista no Código Civil, para a reparação do dano. Independente de aferição de culpa para que qualquer um dos fornecedores envolvidos na cadeia de prestação dos serviços seja responsabilizado.

Em postura paternalista, o CDC visa proteger, em primeiro lugar, o consumidor, determinando a reparação prioritária do seu dano. O consumidor é excluído da discussão de culpa, que só ocorrerá em um segundo momento, após a reparação de seu dano, quando do exercício do direito de regresso pelo fornecedor que arcou com a indenização do dano que não deu causa, contra o causador direto do dano²⁵.

"Com isso, o sistema protetivo instaurou uma série de mecanismos com o fim de garantir o efetivo amparo ao consumidor, como a responsabilidade civil objetiva, que exige apenas prova do dano e do nexo causal, facilitando os meios de os consumidores comprovarem a violação de seus direitos em juízo." ²⁶

²⁴ Diversos dispositivos do Código de Defesa do Consumidor revelam a responsabilidade solidária dos fornecedores de serviços, *in verbis*: "Art.º 7.º [...] Parágrafo único. Tendo mais de um autor a ofensa, *todos responderão solidariamente* pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo. Art.º 25.º [...] § 1º Havendo mais de um responsável pela causação do dano, *todos responderão solidariamente* pela reparação prevista nesta e nas seções anteriores. Art.º 34.º O fornecedor do produto ou serviço é solidariamente responsável pelos atos de seus prepostos ou representantes autônomos." (destaques acrescidos)

²⁵ O princípio da solidariedade tem como consequência lógica e natural o direito de regresso contra o causador do dano, nos termos do artigo 13, parágrafo único. O CDC facilita o exercício do regresso nos mesmos autos da ação reparatória ou mediante ação autônoma regressiva, mas reforça a proteção do consumidor ao vedar a denunciação da lide, priorizando a sua reparação e excluindo-o da discussão de culpa (art. 88).

²⁶ PRISCILLA DE OLIVEIRA REMOR, "A Responsabilidade Civil das Agências de Turismo nas Relações de Consumo", *Jus Navigandi*, ano 10, n. 599, Teresina, 2005.

Em linhas gerais, muito se discute sobre o excesso do ônus atribuído às agências de viagens pela legislação consumerista. Exigir que sua responsabilidade por toda a cadeia de fornecimento de serviços turísticos pode dificultar muito a prestação de determinado serviço, muitas vezes até inviabilizando a atividade. À exceção de poucas grandes empresas que operam no setor de viagens, como CVC, Latam Viagens e Belvitur, as agências são, muitas vezes, empresas de pequeno porte.

Em verdade, assumir uma eventual reparação pode inviabilizar definitivamente o exercício da atividade por uma pequena empresa, o que também não favorece o consumidor. O sistema de responsabilização atual acaba por reduzir a oferta de serviços turísticos e incentiva a concentração do mercado. Tendo isso em vista, diversas tentativas de se limitar a responsabilidade das agências surgiram, mas nenhuma aplicada na prática.

A própria redação original da Lei Geral do Turismo previa limitação a responsabilidade solidária. O projeto aprovado restringia a solidariedade da agência de turismo e dos fornecedores diretos somente nos casos em que estes ou aqueles não puderem ser identificados. No entanto, o dispositivo foi vetado a pedido do Ministério da Justiça, sob a seguinte fundamentação:

"A medida proposta fundava-se na busca por maior eqüidade na distribuição de responsabilidades nas relações travadas entre as agências de viagens e os fornecedores de serviços de turismo. Entretanto, o dispositivo poderá conduzir a interpretações que enfraqueceriam a posição do consumidor frente à cadeia de fornecedores, com a possível quebra da rede de responsabilidade solidária tecnicamente regulada pelo Código de Defesa do Consumidor - CDC, aplicável a todos os setores da atividade econômica. Dessa forma, seria possível o uso do dispositivo como embasamento para a mitigação da responsabilidade de determinados fornecedores, a partir da exceção criada ao sistema consumerista, o que colidiria com a política de defesa do consumidor consolidada durante toda a última década."²⁷

Embora tenha se destacado a importância da teoria do diálogo das fontes na aplicação do Direito, a discussão acerca deste ônus excessivo atribuído tem se dado mais na esfera legislativa e doutrinária. Como explica Luciana Rodrigues Atheniense a jurisprudência brasileira é pacífica quanto ao assunto, não divergindo muito quanto à aplicação da responsabilidade solidária do CDC²⁸.

"Pacote turístico. Descumprimento do contrato. Responsabilidade solidária. Empresa vendedora de pacote turístico é, "lato sensu", prestadora de todos os serviços turísticos que integram o pacote, independentemente da responsabilidade final ou intermediária ser de outras empresas. Princípio da responsabilidade solidária entre todos autores da ofensa, erigido como direito básico do consumidor pelo art. 7º, parágrafo único, do CDC. Apelo provido." (TARS, 4ª C. Cível, Ac n. 195151303, Rel. Juiz Moacir Leopoldo Haeser, j. 09/11/1995, v. u., JTARS 97/276-282)

²⁷ BRASIL, Mensagem nº 686, de 17 de setembro de 2008. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 18 set. 2018. Seção 1, p. 27.

²⁸ LUCIANA RODRIGUES ATHENIENSE, *A Responsabilidade Jurídica das Agências de Viagem*, 1ª ed., Belo Horizonte, Del Rey, 2004, pp. 70-71.

“contrato de turismo, pacote de viagem cancelado. Inadimplência da empresa de turismo. Responsabilidade solidária entre a agência de turismo contratada e a operadora de turismo. Indenização devida. Dano moral constatado em face da suspensão da viagem. Restituição de parcela paga. Litisconsórcio facultativo.” (ApCiv. n. 80899, DF, Turma Recursal dos Juizados Especiais, Rel. Juiz Roberval Casemiro Belinati)

No que diz respeito às agências de viagens online, a imposição de tal ônus pode dificultar ainda mais o desenvolvimento da atividade econômica. Por essa razão questiona-se, no presente artigo, se o mesmo sistema de responsabilização civil aplicado às agências tradicionais seria adequado às online.

Diversas peculiaridades distinguem as relações firmadas perante agências online das físicas, que serão apontadas a seguir. Mas justamente por conta de tais especificidades parece não haver tanta uniformidade no Judiciário. Wagner Osti Pedro (2018, p. 137-149) aponta consideráveis divergências de entendimentos nas decisões do STJ, TJSP e Juizados Especiais do Estado de São Paulo²⁹.

Não há uniformidade no entendimento jurisprudencial sobre a responsabilidade das OTAs. Diferente do que é visto nas agências físicas, cuja aplicação do sistema de responsabilização previsto na legislação consumerista é inequívoca, com entendimento consolidado e pacífico. Os tribunais, mais recentemente, têm demonstrado reconhecer as especificidades do ambiente online, flexibilizando a responsabilidade das OTAs, no ponto de vista consumerista, conforme aponta Wagner³⁰.

Com efeito, em atendimento às características próprias do comércio eletrônico, máxime da prestação de serviços online, os magistrados têm caminhado no sentido de proporcionar não a aplicação isolada e absoluta do CDC, mas optam por aplicar o Direito de forma harmônica, a partir da teoria do diálogo das fontes, reconhecendo que as agências de turismo online apenas disponibilizam as acomodações para que o consumidor escolha de maneira mais cômoda, mas não são capazes de exercer qualquer influência na prestação final do serviço.

5. Repensando a responsabilidade civil das agências de turismo online

Diferentemente do que prevê a Lei Geral do Turismo (Lei n.º 11.771/2008), a redação da nova Lei das Agências de Turismo (Lei n.º 12.974/2014) faculta o registro das empresas que atuem exclusivamente na intermediação de serviços turísticos de reservas e contratações de

²⁹ WAGNER OSTI PEDRO, *A Responsabilidade Civil das Agências de Turismo Online nos Contratos de Hospedagem*, 2018. Dissertação (Mestrado Profissional em Direito dos Negócios) – Escola de Direito de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, pp. 137-149.

³⁰ WAGNER OSTI PEDRO, *A Responsabilidade Civil das Agências de Turismo Online nos Contratos de Hospedagem*, 2018. Dissertação (Mestrado Profissional em Direito dos Negócios) – Escola de Direito de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, pp. 137,143.

hospedagens, de ingressos para atrações e locação de veículos no Cadastur (Cadastro dos Prestadores de Serviços Turísticos). Ao se comparar os dispositivos que tratam do assunto em ambos os diplomas legais, fica evidente a intenção do legislador em afastar a obrigatoriedade do cadastro das empresas que atuem como meras intermediadoras.

Ora, a Lei Geral do Turismo prevê, no artigo 22.º, a indispensabilidade e obrigatoriedade do cadastro, fazendo, inclusive, menção expressa (art.º 22.º, § 3º) à intermediação de serviços turísticos³¹. Vale dizer que nos termos da Lei das Agências do Turismo, o descumprimento da imposição legal do cadastro constitui o ilícito penal³² de desobediência, tipificado no artigo 47.º³³ do Decreto-lei n.º 3.688/1941 (Lei das Contravenções Penais), no entanto, o legislador se preocupou em ressalvar expressamente a atividade de intermediação:

"Art.º 4.º As Agências de Turismo poderão exercer, ainda, e sem caráter privativo, as seguintes atividades:

- I - obtenção e legalização de documentos para viajantes;
- II - transporte turístico de superfície;
- III - desembarço de bagagens, nas viagens e excursões de seus clientes;
- IV - intermediação remunerada de serviços de carga aérea e terrestre;
- V - *intermediação remunerada na reserva e contratação de hospedagem e na locação de veículos;*
- VI - *intermediação remunerada na reserva e venda de ingressos para espetáculos públicos, artísticos, esportivos e culturais;*
- VII - (VETADO);
- VIII - representação de empresa transportadora, de meios de hospedagem e de outras empresas fornecedoras de serviços turísticos;
- IX - assessoramento, organização e execução de atividades relativas a feiras, exposições, congressos e eventos similares;
- X - venda comissionada ou intermediação remunerada de seguros vinculados a viagens e excursões e de cartões de assistência ao viajante;
- XI - venda de livros, revistas e outros artigos destinados a viajantes; e

³¹ Art.º 22.º Os prestadores de serviços turísticos estão obrigados ao cadastro no Ministério do Turismo, na forma e nas condições fixadas nesta Lei e na sua regulamentação. § 1º As filiais são igualmente sujeitas ao cadastro no Ministério do Turismo, exceto no caso de estande de serviço de agências de turismo instalado em local destinado a abrigar evento de caráter temporário e cujo funcionamento se restrinja ao período de sua realização. § 2º O Ministério do Turismo expedirá certificado para cada cadastro deferido, inclusive de filiais, correspondente ao objeto das atividades turísticas a serem exercidas. § 3º Somente poderão prestar serviços de turismo a terceiros, ou intermediá-los, os prestadores de serviços turísticos referidos neste artigo quando devidamente cadastrados no Ministério do Turismo. § 4º O cadastro terá validade de 2 (dois) anos, contados da data de emissão do certificado. § 5º O disposto neste artigo não se aplica aos serviços de transporte aéreo. (destaques acrescidos)

³² Art.º 24.º O exercício de atividades privativas de Agência de Turismo, na forma desta Lei, sem o correspondente registro no órgão federal responsável pelo cadastramento e pela fiscalização das empresas dedicadas à exploração dos serviços turísticos constitui ilícito penal e sujeita o infrator às penas dispostas no art.º 47.º do Decreto-Lei n.º 3.688, de 3 de outubro de 1941 - Lei das Contravenções Penais. (destaques acrescidos)

³³ Art.º 47.º Exercer profissão ou atividade econômica ou anunciar que a exerce, sem preencher as condições a que por lei está subordinado o seu exercício: Pena – prisão simples, de quinze dias a três meses, ou multa, de quinhentos mil réis a cinco contos de réis.

XII - *outros serviços de interesse de viajantes.*" (destaques acrescidos)

Em apertada síntese, para a Lei das Agências de Turismo, a mera intermediação de serviços turísticos não é qualificada como atividade privativa de uma agência de turismo tradicional. Tal ressalva possibilita que empresas sem o registro operem em ambiente online na prestação de serviços de intermediação, como é o caso do Booking e do Hotéis.com.

Via de regra, as agências de turismo tradicionais se estruturam em estabelecimentos físicos, operando em horários estabelecidos, oferecendo pacotes de viagens completos em hotéis parceiros (algumas vezes em contratos de exclusividade). As agências que operam no mercado virtual, em plataformas *e-commerce*, funcionam com estruturas físicas enxutas com as quais os seus clientes sequer têm contato, seus serviços são oferecidos exclusivamente em seus *sites*, vinte e quatro horas por dia, possibilitando ao consumidor reservar hotéis, atrações, voos (algumas vezes, combinações diferentes) a partir de uma infinidade de opções não exclusivas.

São justamente tais características que justificam a preocupação do legislador que optou por ressalvar expressamente na legislação as atividades de intermediação, como observado no art. 4º da Lei 12.974/2014. É importante mencionar que a nova Lei das Agências de Turismo não trouxe distinção entre agências de viagens *online* e *offline*. Em verdade, nenhum outro ato normativo do ordenamento jurídico pátrio estabelece tal distinção, embora ela seja essencial para a compreensão da responsabilidade civil das agências de turismo.

Como já exposto, a distinção não interfere na existência ou não de relação consumerista. É inconteste a existência de relação de consumo em ambas as situações, seja a agência física, seja *online*. No entanto, vem sendo construído nos tribunais brasileiros um novo entendimento no sentido de que carece de razoabilidade a rigidez da aplicação irrestrita da responsabilização solidária às agências *online*, dadas as peculiaridades da atividade que exercem, como será destacado a seguir.

Em setembro de 2016, a Sexta Turma Cível do Colégio Recursal Central da Capital (TJSP) decidiu reformar sentença que condenou a empresa Booking.com ao pagamento de indenização por danos materiais e morais por problemas na hospedagem³⁴, por considerar que a empresa não presta serviço de hospedagem, mas tão somente intermedia a contratação de acomodação por meio de uma plataforma em que os próprios hotéis e acomodações ofertam seus serviços. No caso específico, a Sexta Turma reconheceu a diferenciação entre as atividades prestadas pelo Booking.com e as agências de turismo físicas, afirmando que as informações veiculadas pelo site são prestadas pelos próprios

³⁴ Segundo o autor da ação, "os quartos cheiravam a mofo, as roupas de banho estavam rasgadas e a cama era extremamente desconfortável, pois se tratava de um colchão posto sobre uma estrutura de alvenaria".

hotéis, não sendo razoável se responsabilizar a empresa intermediadora “por eventuais falhas na prestação de serviço de hospedagem”³⁵.

A decisão em questão levou em consideração também o julgamento de outro caso semelhante, envolvendo também o site Booking.com, no qual a 36ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, confirmou sentença que julgou improcedente pedido de indenização por danos materiais e morais em relação à Booking.com por furto em hotel reservado por meio de sua plataforma digital. Nesse caso, o Tribunal de Justiça considerou que a empresa Booking.com “não presta serviços de hospedagem”, mas sim “de intermediação, mediante a efetivação de reservas no estabelecimento hospedeiro escolhido pelo consumidor”, razão pela qual julgou inexistir responsabilidade do site pelas eventuais falhas na prestação de serviços do hotel³⁶.

Os dois julgamentos são bem emblemáticos, pois evidenciam que, na prática, as Cortes brasileiras têm se inclinado em direção à diferenciação do regime de responsabilidades das agências *online* e das *offline*. Não se tratam de casos isolados, pelo que, junto a outros julgamentos indicam uma tendência de flexibilização do entendimento jurisprudencial da responsabilidade civil das agências de turismo, em relação às OTAs.

Além das características das agências *online* destacadas nos entendimentos expostos neste artigo, vale citar também a sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara do Juizado Especial Cível – Vergueiro. No julgamento da demanda, a sentença destacou que as OTAs só devem ser responsabilizadas pelo serviço que prestam, qual seja o de intermediação, não sendo razoável que se responsabilizem por obrigações que não lhe são imputadas. Ademais, o Juízo destaca entre as razões de decidir, que, como a reserva havia sido paga diretamente ao hotel, qualquer exigência de restituição de valores, ainda que considerada devida, deveria ser pleiteada diretamente ao hotel, por não estar a agência online inserida na cadeia de fornecimento do serviço de hospedagem³⁷.

Nesse sentido, vale dizer que, muito provavelmente, a motivação para a recente flexibilização do entendimento jurisprudencial quanto à responsabilidade civil das agências *online* se dá por conta da compreensão por parte destes magistrados das características próprias de funcionamento do *e-commerce*, eis que para os casos das agências físicas o entendimento permanece sólido e pacífico.

“Não devemos achar, portanto, que o Direito Digital é totalmente novo. Ao contrário, tem ele sua guarida na maioria dos princípios do Direito atual, além de aproveitar a maior parte da legislação em vigor. A mudança está na postura de quem a interpreta e faz sua aplicação. É errado, portanto, pensar que a tecnologia cria um grande buraco negro, no qual a sociedade

³⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. RI n. 1013562-89.2015.8.26.0016 SP Relatora: Juíza Valéria Longobardi. Sexta Turma Cível do Colégio Recursal Central da Capital Julgamento: 20 set. 2016. DJ, São Paulo, SP, 06 ago. 2015.

³⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação n. 00490295920128260564 SP Relator: Desembargador Milton Carvalho. 36ª Câmara de Direito Privado Julgamento: 06 ago. 2015. DJ, São Paulo, SP, 06 ago. 2015. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/217744916/apelacao-apl-490295920128260564-sp-0049029-5920128260564/inteiro-teor-217744939?ref=juris-tabs>. Acesso em: 29 abr. 2019.

³⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Processo n. 1008563-59.2016.8.26.0016 SP Juíza Melissa Bertolucci. 1ª Vara do Juizado Especial Cível – Vergueiro Julgamento: 20 nov. 2016. DJ, São Paulo, SP, 18 nov. 2016.

fica à margem do Direito, uma vez que as leis em vigor são aplicáveis à matéria, desde que com sua devida interpretação. O Direito tem de partir do pressuposto de que já vivemos uma sociedade globalizada. Seu grande desafio é ter perfeita adequação em diferentes culturas, sendo necessário, por isso, criar flexibilidade de raciocínio, nunca as amarras de uma legislação codificada que pode ficar obsoleta rapidamente. Aqui voltamos para a questão dos Indivíduos, entendidos não só como pessoas, mas como empresas e instituições. Como sabemos, Direito é a somatória de comportamento e linguagem e, hoje, esses dois elementos estão mais flexíveis do que nunca, fato que demonstra que um direito rígido não deverá ter uma aplicação eficaz.”³⁸

O entendimento majoritário ainda permanece o mesmo para agências de viagens *offline*, reconhecendo-se a responsabilidade solidária e objetiva das empresas, de maneira coerente ao que determina a legislação. No entanto, não parece adequado e nem razoável, como demonstrado, o mesmo raciocínio no caso das agências *online*. É o que aponta, inclusive, Wagner Osti Pedro:

“Uma coisa são os problemas corriqueiros dos serviços de hospedagem que dificilmente gerariam um direito à reparação aos consumidores pelas OTAs, tais como chave que não abre a porta, cama desconfortável, piscina em obras, insetos que perturbam o descanso, demora no check-in, etc. Mais questionáveis, ainda, são os problemas ocorridos nas dependências das acomodações sem a ciência das OTAs e sem nenhuma proatividade dos consumidores em tentar resolver o problema diretamente com as acomodações. Infelizmente, devido à cultura contenciosa que permeia nossa sociedade, não raro seria encontrar consumidores esperançosos e contentes por terem problemas com uma prestação de serviço, tendo em vista as chances reais de uma sentença favorável de dano moral.”³⁹

Considerando a novidade e ineditismo da temática ora abordada, ainda não houve decurso de tempo razoável para que discussões doutrinárias se iniciassem acerca da flexibilização do regime de responsabilidades das agências de viagens *online*. No entanto, é de se destacar a posição inovadora trazida por Paulo Jorge Scaterzini Guimarães, em sua obra, “Dos contratos de hospedagem, de transporte de passageiros e de turismo”, em relação ao regime aplicado às agências que exercem exclusivamente a atividade de intermediação, como é o caso das OTAs:

“[...] nesses casos não haverá contrato de turismo [...] a agência está atuando como intermediadora ou representante de outra empresa (fornecedor final do serviço), o que significa que ela não realizará com o consumidor o contrato final desejado, mas apenas um contrato de prestação de serviço de intermediação. [...] Portanto, não responderá a agência de viagem, em regra, pelo descumprimento ou cumprimento imperfeito do contrato firmado

³⁸ PATRÍCIA PECK PINHEIRO, *Direito Digital*, 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 2013.

³⁹ WAGNER OSTI PEDRO, *A Responsabilidade Civil das Agências de Turismo Online nos Contratos de Hospedagem*, 2018. Dissertação (Mestrado Profissional em Direito dos Negócios) – Escola de Direito de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo p. 154.

pelo consumidor com o fornecedor final. [...] Responderá a agência somente pelos serviços realizados e não pela falha no serviço prestado pelo terceiro.”⁴⁰

Repensar a responsabilidade civil das agências de turismo *online* não contraria o Código de Defesa do Consumidor, afinal a Lei precisa ser interpretada e aplicada a partir do diálogo entre todas as fontes do Direito, inclusive os princípios. Ressaltamos a importância da interpretação sistemática aqui, pois como explica o Ministro Luís Roberto Barroso, não basta apenas a interpretação gramatical ou a lógica, toda a aplicação do Direito deve levar em consideração que a “ordem jurídica constitui um sistema, dotado de unidade e harmonia”⁴¹.

Assim também defende o ex-Ministro do STF, Eros Roberto Grau:

“Não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços. A interpretação de qualquer texto de direito impõe ao intérprete, sempre, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dele até a Constituição. Um texto de direito isolado, destacado, desprendido do sistema jurídico, não expressa significado algum.”⁴²

É essencial que as peculiaridades de cada caso sejam levadas em consideração de modo bastante cuidadoso. O Direito não é inerte, ele precisa se adequar às novas realidades da sociedade. E, dada a impossibilidade de se regular todas as situações jurídicas que passam a existir a partir da inovação tecnológica, cabe ao juiz, ao expressar o sentido concreto de determinada norma jurídica, dar a interpretação mais adequada ao contexto e a realidade que o caso se insere.

6. Considerações finais

A globalização e os avanços tecnológicos promoveram – e promovem – profundas transformações na sociedade. À medida que antigos paradigmas são rompidos, novos se consolidam. A sociedade evolui e não permanece parada no tempo. A cada nova tecnologia, a cada novo paradigma a sociedade se adapta. O surgimento de novas tecnologias estimula mudanças na forma de pensar, interagir e de consumir. A própria economia, impulsionada pela tecnologia, se transforma. O mercado se modifica e dá espaço para o desenvolvimento de novas modalidades de explorações comerciais e industriais.

Lidar com o novo é sempre difícil e requer tempo, esforço e adaptação. O desafio se torna ainda maior quando o ritmo de evolução da tecnologia aumenta. A novidade gera dúvidas, questionamentos e, algumas vezes, estranhezas. A alteração na dinâmica dos

⁴⁰ PAULO JORGE SCARTEZZINI GUIMARÃES, *Dos contratos de hospedagem, de transporte de passageiros e de turismo*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 2010, pp. 274-276.

⁴¹ Luís ROBERTO BARROSO, *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 2011, p. 318.

⁴² EROS ROBERTO GRAU, *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*, 5ª ed., São Paulo, Malheiros, 2009, p. 34.

relacionamentos sociais no âmbito da internet levam para o ambiente virtual alguns dos problemas já existentes no mundo físico. E da mesma forma que a economia, a sociedade, o mercado evoluem, o próprio Direito precisa se adaptar ao novo. Leis podem deixar de ser adequadas, podem não mais abranger determinadas situações ou novas hipóteses podem surgir, demandando novas legislações ou interpretações. Nessa onda de mudanças a teoria das responsabilidades civis também precisa se adaptar.

A cultura da judicialização, fortemente presente no Brasil, torna a temática da responsabilidade civil extremamente relevante, principalmente quando se trata de relações consumeristas. O Poder Judiciário, sem êxito, já se esforçou por diversas vezes na tentativa de reduzir a indústria do dano moral. O que se observa, na verdade, é que tal cultura advém da própria essência humana. A cada novo dia a população demanda diferentes regulações, proteções e intervenções. O flerte com o paternalismo é constante. Ao demandar do Estado regulação, o indivíduo deposita suas expectativas na esperança de que todos os problemas possam ser solucionados, o que explica a popularidade das discussões judiciais que envolvam responsabilidade civil, no país.

A internet e a tecnologia avançam em uma velocidade jamais vista. O e-commerce tem crescido de forma assustadora. E é evidente que o Direito nunca será capaz de acompanhar com a mesma celeridade todas as mudanças que esses avanços proporcionam. Outrossim, também não é função do Direito regular todas as situações jurídicas possíveis. Justamente nesse sentido é que este artigo se propôs a analisar a teoria das responsabilidades nas agências de turismo online, a fim de se questionar a adequação e razoabilidade do regime de responsabilidades aplicado às agências offline.

Não parece nada adequado, no entanto, dar o mesmo tratamento para situações essencialmente distintas e com diversas peculiaridades. Fere o princípio da razoabilidade, exigir que as agências de turismo online se responsabilizem solidariamente pelos milhares de hotéis que ofertam em suas plataformas, como se exige das agências offline, cujo catálogo é muito mais enxuto e frequentemente restringem-se a parceiros.

Questionar a responsabilização imputada às OTAs não afasta a relação de consumo e nem contraria a legislação consumerista; ao contrário. Cabe ao julgador reduzir o grau de abstração da norma jurídica aplicando-a de acordo com o caso em questão. O Direito não é inerte, ele precisa evoluir e se adequar no tempo. O Código de Defesa do Consumidor não é a resposta para todos os anseios do povo, por isso adequada é a interpretação da lei que considera todo o ordenamento jurídico enquanto um sistema harmônico. A lei não pode servir para engessar o Direito, cabendo ao intérprete se valer da teoria do diálogo das fontes para melhor dizer o Direito no caso concreto.

De modo louvável a jurisprudência mais recente tem demonstrado a intenção de flexibilizar o entendimento da responsabilidade civil para as agências de turismo online, o que é crucial para que o Direito se mantenha vivo. Antes da própria adequação legislativa, que certamente se torna obsoleta com o tempo, exige-se uma mudança de postura dos aplicadores da lei,

que precisam entender o seu papel em adequar as leis ao tempo, às culturas e às mais distintas realidades que coexistem.

Referências

- ALBERTIN, ALBERTO LUIZ, *Comércio eletrônico: modelo, aspectos e contribuições de sua aplicação*, 6ª ed., São Paulo, Atlas, 2010
- ATHENIENSE, LUCIANA RODRIGUES, *A Responsabilidade Jurídica das Agências de Viagem*, 1ª ed., Belo Horizonte, Del Rey, 2004
- BARROSO, Luís ROBERTO, *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 2011
- EBIT, "Webshoppers", 36ª ed., Santana de Parnaíba, Ebit, 2017. Disponível em: https://oscarcasagrande.files.wordpress.com/2017/08/webshoppers_36.pdf. Acesso em: 10 dez. 2018
- GRAU, EROS ROBERTO, *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*, 5ª ed., São Paulo, Malheiros, 2009
- FARIAS, CRISTIANO CHAVES DE / ROSENVALD, NELSON / NETTO, FELIPE PEIXOTO BRAGA, *Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil*, vol. 3, 2ª. ed., São Paulo, Atlas, 2015
- GOLDENSTEIN, MARCELO / MELLO, GUSTAVO, "Perspectivas da Hotelaria no Brasil", Brasília, BNDES, 2011. Disponível em: https://www.bnDES.gov.br/SiteBNDES/bnDES/bnDES_pt/Galerias/Convivencia/Publicacoes/Consulta_Expressa/Setor/Turismo/201103_01.html. Acesso em: 11 dez. 2018
- GUIMARÃES, PAULO JORGE SCARTEZZINI, *Dos contratos de hospedagem, de transporte de passageiros e de turismo*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 2010, pp. 274-276
- HARO, CAROLINA DE / SILEO, LORRAINE / WRIGHT, BRANDIE, *Latin America Online Travel Overview*, 3ª ed., New York, Phocuswright, 2016
- INSTITUTO BRASILEIRO DE PESQUISA E ESTATÍSTICA, "Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua – PNAD Contínua: Acesso à internet e à televisão e posse de telefone móvel celular para uso pessoal", Rio de Janeiro, IBGE, 21 fev. 2018. Disponível em: ftp://ftp.ibge.gov.br/Trabalho_e_Rendimento/Pesquisa_Nacional_por_Amostra_de_Domicilio_s_continua/Anual/Acesso_Internet_Televisao_e_Posse_Telefone_Movel_2016/Analise_dos_Resultados.pdf. Acesso em: 02 dez. 2018
- LESSIG, LAWRENCE, "Surveying law and borders: the zones of cyberspace", in *Stanford Law Review*, ano XVII, Stanford, n. 48, 1996
- LISBOA, ROBERTO SENISE, "Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo", 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006

MANZONI JUNIOR, RALPHE, "Varejo online deve faturar R\$ 77,5 bilhões em 2018, prevê consultoria", 04 abr. 2018, in *IstoÉ Dinheiro*, (Coluna Bastidores das Empresas). Disponível em: <https://www.istoeedinheiro.com.br/varejo-online-deve-faturar-r-775-bilhoes-em-2018-preve-consultoria/>. Acesso em: 10 dez. 2018

MAPIE / DISQUE9, "Pesquisa sobre hóspedes de negócios", in *Diário do Nordeste*, 17 dez. 2013. Disponível em: <http://blogs.diariodonordeste.com.br/turismo/pesquisa/pesquisa-sobre-hospedes-de-negocios/>. Acesso em: 10 dez. 2018

MARQUES, CLÁUDIA LIMA *et al*, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, 2ª ed., São Paulo, RT, 2006

MARQUES, CLÁUDIA LIMA *et al*, *Manual de Direito do Consumidor*, 2ª. ed., São Paulo, RT, 2009

MARQUES, CLÁUDIA LIMA, "Confiança no Comércio Eletrônico e a Proteção do Consumidor: Um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico", in *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 2004

MINISTÉRIO DO TURISMO DO BRASIL, "Estudos da Competitividade do Turismo Brasileiro: tecnologia da informação aplicada ao turismo". Disponível em: http://www.turismo.gov.br/sites/default/turismo/o_ministerio/publicacoes/downloads_publicacoes/TECNOLOGIA_DA_INFORMAXO_APPLICADA_AO_TURISMO.pdf. Acesso em: 10 dez. 2018

PEDRO, WAGNER OSTI, *A Responsabilidade Civil das Agências de Turismo Online nos Contratos de Hospedagem*, 2018. Dissertação (Mestrado Profissional em Direito dos Negócios) – Escola de Direito de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/24758>. Acesso em: 18 dez. 2018

PINHEIRO, PATRÍCIA PECK, *Direito Digital*, 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 2013

PRICEWATERHOUSECOOPERS BRASIL, *Total Retail 2015: O varejo e a era da disruptão*, São Paulo, PwC Brasil, 2015. Disponível em: <https://www.pwc.com.br/pt/publicacoes/setores-atividade/assets/produtos-consumo-varejo/retail-15-brasil.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2018

PRICEWATERHOUSECOOPERS BRASIL, *Total Retail 2016: A revolução que os consumidores almejam, com a execução que os conquista*, São Paulo, PwC Brasil, 2016. Disponível em: https://www.pwc.com.br/pt/setores-de-atividade/varejo-e-consumo/assets/2016/total_retail_16_brasil.pdf. Acesso em: 02 dez. 2018

REMOR, PRISCILLA DE OLIVEIRA, "A Responsabilidade Civil das Agências de Turismo nas Relações de Consumo", in *Jus Navigandi*, ano 10, n. 599, Teresina, 2005

SOAREZ, LEANDRO, "A maturidade brasileira no comércio online", in *Revista E-Commerce Brasil*, ano 7, v. 9, n. 38, São Paulo, 2017. Disponível em: https://issuu.com/ecommercebrasil/docs/e-commerce_38_v9_final_issuu. Acesso em: 12 dez. 2018

SOCIEDADE BRASILEIRA DE VAREJO E CONSUMO, "Os Novos Consumidores Brasileiros: Hábitos de compra e consumo dos jovens entre 16 e 22 anos", São Paulo, SBVC, 2018. Disponível em: http://sbvc.com.br/wp-content/uploads/2018/08/Pesquisa_SBVC_AGP_Novos_Consumidores.pdf. Acesso em: 02 dez. 2018

SOUZA, JOSÉ FRANKLIN DE, "Responsabilidade Civil: Causas de exclusão", Leme, J.H. Mizuno, 2006

TEIXEIRA, TARCISIO, *Comércio Eletrônico: Conforme o Marco Civil da Internet e a Regulamentação do e-commerce no Brasil*, São Paulo, Saraiva, 2015

TIEGHI, ANA LUIZA, "Hoteleira e OTA falam sobre novos desafios da distribuição", in *Panrotas*, 06 abr. 2017. Disponível em: https://www.panrotas.com.br/noticia-turismo/eventos/2017/04/hoteleira-e-ota-falam-sobre-novos-desafios-da-distribuicao_145667.html. Acesso em: 11 dez. 2018

Legislação consultada

BRASIL, Decreto n.º 7.962, de 15 de março de 2013. Regulamenta a Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990, para dispor sobre a contratação no comércio eletrônico. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 15 mar. 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D7962.htm. Acesso em: 10 dez. 2018

BRASIL, Decreto-Lei n.º 3.688, de 3 de outubro de 1941. Lei das Contravenções Penais. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 3 out. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3688.htm. Acesso em: 10 dez. 2018

BRASIL, Decreto-Lei n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 9 set. 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm. Acesso em: 10 dez. 2018

BRASIL, Lei n.º 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; revoga a Lei n.º 6.505, de 13 de dezembro de 1977, o Decreto-Lei n.º 2.294, de 21 de novembro de 1986, e dispositivos da Lei n.º 8.181, de 28 de março de 1991; e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 18 set. 2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11771.htm. Acesso em: 10 dez. 2018

BRASIL, Lei n.º 12.974, de 15 de maio de 2014. Dispõe sobre as atividades das Agências de Turismo. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 16 mai. 2014. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12974.htm. Acesso em: 10 dez. 2018

BRASIL, Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 12 set. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm. Acesso em: 10 dez. 2018

BRASIL, Mensagem n.º 686, de 17 de setembro de 2008. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 18 set. 2018. Seção 1, p. 27. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Msg/VEP-686-08.htm. Acesso em: 10 dez. 2018

Jurisprudência citada

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 1193764/SP. Relatora: Ministra Nancy Andrighi (14 de dezembro de 2010). DJe, Brasília, DF, 08 ago. 2011. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201000845120&dt_publicacao=08/08/2011. Acesso em: 07 dez. 2018

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 1316921/RJ. Relatora: Ministra Nancy Andrighi (26 de junho de 2012). DJe, Brasília, DF, 29 jun. 2012. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22026857/recurso-especial-resp-1316921-rj-2011-0307909-6-stj>. Acesso em: 07 dez. 2018

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação n. 00490295920128260564 SP Relator: Desembargador Milton Carvalho. 36ª Câmara de Direito Privado Julgamento: 06 ago. 2015. DJ, São Paulo, SP, 06 ago. 2015. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/217744916/apelacao-apl-490295920128260564-sp-0049029-5920128260564/inteiro-teor-217744939?ref=juris-tabs>. Acesso em: 29 abr. 2019

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Processo n. 1008563-59.2016.8.26.0016 SP Juíza Melissa Bertolucci. 1ª Vara do Juizado Especial Cível – Vergueiro Julgamento: 20 nov. 2016. DJ, São Paulo, SP, 18 nov. 2016

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. RI n. 1013562-89.2015.8.26.0016 SP Relatora: Juíza Valéria Longobardi. Sexta Turma Cível do Colégio Recursal Central da Capital Julgamento: 20 set. 2016. DJ, São Paulo, SP, 06 ago. 2015

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Apelação Cível no Juizado Especial (ACJ) n. 80899. Relator: Desembargador Roberval Casemiro Belinati. Julgamento: 10 dez. 1999. DJU, Brasília, DF, 20 set. 1999, p. 28. Disponível em: <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3210104/apelacao-civel-no-juizado-especial-acj-80899-df>. Acesso em: 07 dez. 2018

(texto submetido a 8.03.2019 e aceite para publicação a 29.04.2019)

REVISTA ELECTRÓNICA DE DIREITO – OUTUBRO 2019 – N.º 3 (VOL. 20) – WWW.CIDE.UP.PT/REVISTARED