

Superior Tribunal de Justiça

direito de optar entre cumprir a obrigação assumida ou desvincular-se dela, mediante o pagamento do valor da multa pactuada.

7. O valor correspondente ao exercício do direito à rescisão unilateral do contrato fica submetido à autonomia da vontade dos contratantes, mas o exercício dessa liberdade contratual não é ilimitado, pois balizado pela boa-fé objetiva e a função social do contrato a ser rescindido.
8. Os limites ao exercício da autonomia da vontade dos contratantes podem ser inferidos, por analogia, do parágrafo único do art. 473 do CC/02, ficando o valor da multa penal vinculada a: a) os investimentos irreversíveis – assim entendidos aqueles que não possam ser revidados pela cessação do objeto do contrato a terceiros – realizados pelo contratante inocente; b) os prejuízos extraordinários, que não alcançam a expectativa de lucro e não envolvem a assunção dos riscos do negócio pelo contratante desistente, pois perdas financeiras fazem parte da própria álea negocial; e c) o prazo do exercício do direito potestativo – que deve ser hábil à recuperação dos citados valores pelo contratante subsistente.
8. O valor da multa contratual pode ser revisto em juízo, com vistas a reestabelecer o equilíbrio contratual entre as partes, evitando-se o enriquecimento sem causa do credor da quantia, por aplicação analógica do art. 413 do CC/02. Precedentes.
9. Além da proteção do CC/02, é direito básico do consumidor a proteção contra práticas e cláusulas abusivas, que consubstanciem prestações desproporcionais, cuja adequação deve ser realizada pelo Judiciário, a fim de evitar a lesão, o abuso do direito, as iniquidades e o lucro arbitrário.
10. Na hipótese em exame, o valor da multa penal, de 25 a 100% do montante contratado, transfere ao consumidor os riscos da atividade empresarial desenvolvida pelo fornecedor e se mostra excessivamente onerosa para a parte menos favorecida, prejudicando o equilíbrio contratual.
11. É equitativo reduzir o valor da multa aos patamares previstos na Deliberação Normativa nº 161 de 09/08/1985 da EMBRATUR, que fixa o limite de 20% do valor do contrato às desistências, condicionando a cobrança de valores superiores à efetiva prova de gastos irreversíveis pela agência de turismo.
12. Na hipótese em tela, o contrato estabelece o início da cobrança da multa penal no 29º dia anterior ao início da viagem, devendo, assim, ser reduzido a 20% o percentual máximo de referida multa pelo exercício da desistência a partir do referido marco temporal, com o

Superior Tribunal de Justiça

condicionamento da cobrança de valores superiores à prova de efetivos gastos irrecuperáveis.

13. Recurso especial parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos. Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Senhor Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, acompanhando o voto da Senhora Ministra Relatora em maior extensão, a adequação do voto da Senhora Ministra Nancy Andrighi, acolhendo a sugestão,, por unanimidade, dar provimento parcial ao recurso especial nos termos do voto da Senhora Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva (voto-vista), Marco Aurélio Bellizze e Moura Ribeiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 21 de agosto de 2018(Data do Julgamento)

MINISTRA NANCY ANDRIGHI
Relatora

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.580.278 - SP (2016/0021268-3)

RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI

RECORRENTE : ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE DEFESA DA CIDADANIA E DO CONSUMIDOR - ANADEC

ADVOGADO : RONNI FRATTI E OUTRO(S) - SP114189

RECORRIDO : ██████████

ADVOGADOS : NIVIA APARECIDA DE SOUZA AZENHA E OUTRO(S) - SP054372
ELIANA ASTRAUSKAS - SP080203

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI:

Cuida-se de recurso especial interposto por ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE DEFESA DA CIDADANIA E DO CONSUMIDOR - ANADEC, com fundamento nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional.

Ação: coletiva de consumo, ajuizada pela recorrente em face de ██████████, por meio da qual questiona a abusividade de cláusula contratual que impõe aos consumidores a cobrança de multa de 25 a 100% nos casos de cancelamento da viagem, pacote ou do serviço contratado, requerendo que seu calor seja limitado a 10% do total do contrato.

Sentença: julgou improcedentes os pedidos da inicial, ao fundamento de que a redução da multa ao percentual pretendido pela autora para todos os contratos poderia levar ao aumento de cancelamentos de última hora e à quebra das pequenas agências de turismo, que teriam de arcar com os pagamentos das companhias aéreas e hotéis nos quais teria feito as reservas dos assentos e quartos a serem ocupados (e-STJ, fl. 590).

Acórdão: negou provimento à apelação interposta pela recorrente, asseverando que a revisão da multa contratual em razão de sua abusividade somente poderia ocorrer em ações individuais, e não forma coletiva.

Embargos de declaração: interpostos pela recorrente, foram

Superior Tribunal de Justiça

rejeitados.

Recurso especial: aponta violação dos arts. 1º, I, II e III, § 4º, 6º, IV, 39, V, 46, 51, IV, IX, XI, XII, XV, 53, 54, §§ 3º e 4º, do CDC, além de dissídio jurisprudencial.

Afirma que a cláusula que estabelece a perda integral do preço pago em virtude da desistência de fruição do pacote de turismo constitui estipulação abusiva que acarreta enriquecimento ilícito da empresa de turismo fornecedora.

Aduz que o cancelamento do pacote turístico por desistência do consumidor constitui risco do empreendimento desenvolvido por qualquer agência de turismo, o qual não pode ser transferido de modo integral aos consumidores.

Argumenta que o cancelamento dos pacotes por desistência dos consumidores possibilita às agências de turismo a revenda do pacote a terceiros, em valores até superiores ao inicialmente contratado.

Sustenta que o valor da multa contratual deve observar os princípios da adequação e da proporcionalidade e que existe Deliberação Normativa emitida pela EMBRATUR – nº 161 de 09/08/1985 – que prevê, no item 8.1.2. da minuta de condições gerais de contratação, limitação ao valor da multa à 20% do valor do contrato, se a desistência do consumidor ocorre menos de 21 dias antes do início da fruição do pacote, condicionando a cobrança de valores superiores à comprovação de efetivos gastos pela agência turística.

Parecer do Ministério Público: de lavra da i. Subprocuradora-Geral da República Maria Soares Camelo Cordioli, opina pelo provimento do recurso especial.

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.580.278 - SP (2016/0021268-3)

RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI

Superior Tribunal de Justiça

3. Dos contratos e das declarações unilaterais de vontade. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 1980, pág. 18).

Como consequência do princípio da obrigatoriedade ou força obrigatória, diz-se que o contrato é intangível, qualidade que se refere à irretratabilidade do acordo de vontades. Segundo a intangibilidade, *“nenhuma consideração de equidade justificaria a revogação unilateral do contrato ou a alteração de suas cláusulas, que somente se permitem mediante novo concurso de vontades”* (GOMES, Orlando. Contratos. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense, pág. 38).

2. DA RESILIÇÃO UNILATERAL E A LIBERDADE CONTRATUAL

A doutrina pontua, no entanto, no que respeita à intangibilidade, que tanto *“a rescindibilidade como o arrependimento são próprios dos contratos”* e que *“nenhum contrato pode ser considerado irrevocável”* (MIRANDA, Darcy Arruda. Anotações ao Código Civil Brasileiro. 3º vol. São Paulo: Saraiva, 1993, pág. 200).

Por esse motivo, os princípios da força obrigatória e da intangibilidade dos contratos podem ser mitigados pela lei ou pelo próprio exercício da autonomia da vontade dos contratantes, que podem prever a possibilidade de arrependimento por manifestação unilateral de qualquer das partes, com o exercício do denominado direito de rescisão.

Caso existente esta cláusula que permita a rescisão unilateral, o arrependimento do contrato constitui direito potestativo – um poder a ser exercido por qualquer dos contratantes independentemente do consentimento da outra parte – que não acarreta o descumprimento do contrato.

De fato, *“havendo essa opção, aquele que desiste de cumprir o contrato não o infringe, mas se utiliza do direito potestativo de arrepender-se, que o próprio instrumento contratual lhe outorgou”*, de modo que *“não são devidas*

Superior Tribunal de Justiça

perdas e danos”, pois “o contrato simplesmente se resolve” (TEPEDINO, Gustavo. BARBOSA, Heloisa Helena. MORAIS, Maria Celina Bodin de. Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República. Vol I. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, pág. 772, sem destaque no original).

A resilição opera-se, quando previsto esse direito potestativo, por manifestação de vontade de uma das partes, que não tem mais interesse em dar continuidade ao vínculo contratual, razão pela qual, cumprida a cláusula de arrependimento, o contrato está extinto, por ter seu conteúdo se esgotado e seu fim sido alcançado.

Como regra, entretanto, a manifestação de vontade de resilir não é gratuita, atribui-se-lhe uma contraprestação, um preço ao exercício desse direito de arrependimento, correspondente à previsão de uma compensação pecuniária.

A previsão dessa compensação confere ao devedor o direito de optar entre cumprir a obrigação assumida ou desvincular-se dela, mediante a contraprestação previamente estabelecida e correspondente ao valor da multa penitencial pactuada.

2.1. Da multa penitencial

Como o exercício da cláusula de arrependimento não acarreta descumprimento no contrato, a compensação eventualmente prevista para o exercício desse direito – a denominada multa penitencial – não terá a função de cláusula penal, que se refere à circunstância de uma das partes ter descumprido o contrato, no todo ou em parte.

De fato, a multa penitencial constitui mera contraprestação pelo exercício do direito potestativo de arrependimento tardio do vínculo obrigacional, razão pela qual “*não há [...] direito de quem quer que seja à indenização*”

Superior Tribunal de Justiça

suplementar” (TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, pág. 292).

Assim, conforme destaca Orlando Gomes, *“a multa penitencial não se confunde com a cláusula penal, que pressupõe a inexecução do contrato ou o inadimplemento de obrigações contratuais, correspondendo ao ressarcimento dos danos respectivamente provenientes”* pois *“a multa penitencial nada tem a ver com a execução do contrato”*, garantindo *“o poder de resilir, de sorte que o contratante arrependido mais não tem a fazer do que pagar a multa, desvinculando-se por seu próprio arbítrio”* (GOMES, Orlando. Contratos. 26ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007, págs.225).

A multa penitencial não tem, portanto, relação com a inexecução do contrato, consistindo, portanto, no preço definido pelas partes para o exercício do direito potestativo de arrependimento, cujo valor deve ser fixado pela liberdade contratual segundo a boa-fé objetiva e a função social do contrato.

2.2. Do valor da multa penitencial segundo os princípios da boa-fé objetiva e a função social dos contratos por aplicação analógica do art. 473, parágrafo único, do CC/02

O valor correspondente ao exercício do direito à rescisão unilateral do contrato fica submetido à autonomia da vontade dos contratantes, mas o exercício dessa liberdade contratual não é ilimitado, estando balizado pela boa-fé objetiva e a função social do contrato a ser rescindido.

Esses limites da boa-fé objetiva e da função social do contrato são disciplinados de modo expresso no art. 473, parágrafo único, do CC/02, o qual versa sobre o direito de rescisão unilateral decorrente de expressa ou implícita

Superior Tribunal de Justiça

permissão legal, relacionado, via de regra, aos contratos de execução continuada firmados por tempo indeterminado.

Em respeito a esses princípios – boa-fé objetiva e função social do contrato –, o citado parágrafo único do art. 473 do CC/02 condiciona a eficácia do exercício do direito ao arrependimento a: *a)* a notificação da denúncia do contrato à outra parte; e *b)* o transcurso de prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos realizados para a execução das prestações objeto do contrato.

Conforme destaca a doutrina, a eventual quebra da boa-fé objetiva, traduzida pela legítima expectativa de continuidade, tornou imprescindível a previsão de prazo mínimo para a produção de efeitos da rescisão unilateral, resguardando as partes do rompimento abrupto do contrato.

Não sendo respeitado esse prazo mínimo – que não é predeterminado em abstrato, mas averiguado em cada situação concreta –, a rescisão se mostra abusiva e capaz de gerar prejuízos que excedem aqueles aceitos como normais pela natureza do negócio estabelecido.

Tendo esses aspectos em vista, os prejuízos a serem considerados para a fixação do referido prazo mínimo para exercício temporâneo da rescisão unilateral são apenas aqueles que excedam a normalidade da natureza do negócio estabelecido, de modo algum alcançando o lucro esperado pelo contratante ou mesmo o risco inerente a qualquer negócio jurídico.

Com efeito, o ordenamento não tutela as concretas expectativas de lucro que cada operador coloca na troca contratual, pois:

[...] a simples constatação de que a operação da qual o contraente esperava lucros lhe causou, ao invés, perdas, não basta certamente, de per si, para suscitar uma reação do direito em sua tutela, visto que se orienta pelo princípio de que um certo grau de risco é indissociável de qualquer contrato, como de qualquer iniciativa econômica, e que todo contraente o deve assumir. Assegurando o respeito pelas regras do jogo de mercado, o

Superior Tribunal de Justiça

ordenamento garante, sobretudo aos operadores, a abstracta possibilidade do lucro; garante, genericamente, as premissas e as condições formais de obtenção do mesmo. (ROPPO, Enzo. O contrato. Coimbra: Almedina, 2009, p. 225, sem destaque no original)

Ademais, “os investimentos, para servirem de causa à eficácia do parágrafo único do art. 473, CC, devem ser irrecuperáveis, já que a possibilidade de reversão de seu uso para outra atividade, ou o fato da parte possuir outros parceiros comerciais cuja atividade possa ser desenvolvida em função dos investimentos realizados, ou, ainda, sua fácil alienação e conversão em dinheiro, não permitiram a extensão do vínculo contratual” (BONINI, Paulo Rogério. Resilição contratual: relações civis-empresariais: interpretação do art. 473, parágrafo único, CC: consequências do exercício da resilição unilateral: indenização x prolongamento do contrato. Escola Paulista da Magistratura (EPM). Cadernos Jurídicos, São Paulo, v. 16, n. 39, p. 191-199, jan./mar. 2015, sem destaque no original).

O parágrafo único do art. 473 do CC/02 oferece, portanto, subsídios para a definição analógica, por meio da aplicação da boa-fé objetiva e da função social do contrato, dos limites ao exercício da autonomia da vontade dos contratantes de preverem a multa penitencial para a previsão contratual de resilição unilateral.

Esses limites devem, assim, corresponder: *a)* aos investimentos irrecuperáveis – assim entendidos aqueles que não possam ser reavidos pela cessão do objeto do contrato a terceiros – realizados pelo contratante inocente; *b)* aos prejuízos extraordinários, que não alcançam a expectativa de lucro e não envolvem a assunção dos riscos do negócio pelo contratante desistente, pois perdas financeiras fazem parte da própria álea negocial; e *c)* ao prazo do exercício

Superior Tribunal de Justiça

do direito potestativo – que deve ser hábil à recuperação dos citados valores pelo contratante subsistente.

3. DA POSSIBILIDADE DE REDUÇÃO EQUITATIVA DA MULTA PENITENCIAL

A jurisprudência desta Corte entende ser possível a redução equitativa da multa contratual, quando seu valor for manifestamente excessivo, *“com vistas a reestabelecer o equilíbrio contratual entre as partes, evitando-se o enriquecimento sem causa do credor da quantia”*, dada a aplicação *“por analogia, o disposto no art. 413 do Código Civil, que determina ao juiz, à luz dos princípios da função social do contrato, da boa-fé objetiva e da dignidade da pessoa humana, a redução da penalidade nitidamente abusiva”* (REsp 1.669.002/RJ, Terceira Turma, DJe 02/10/2017)

Salienta-se, ademais, que *“a multa contratual deve ser proporcional ao dano sofrido pela parte cuja expectativa fora frustrada, não podendo traduzir valores ou penas exorbitantes ao descumprimento do contrato”*, pois, *“caso contrário, poder-se-ia consagrar situação incoerente, em que o inadimplemento parcial da obrigação se revelasse mais vantajoso que sua satisfação integral”*.

Pontua-se, assim, que a redução judicial da multa contratual deve observar a equidade, que *“é cláusula geral que visa a um modelo ideal de justiça, com aplicação excepcional nas hipóteses legalmente previstas [...] dentre elas a equidade corretiva, que visa ao equilíbrio das prestações”* (REsp 1.466.177/SP, Quarta Turma, DJe 01/08/2017).

3.1. Da defesa do consumidor e a proibição do enriquecimento sem causa – arts. 6º, IV e V, e 51, § 1º, III, do CDC

Superior Tribunal de Justiça

Além das previsões gerais do Código Civil, o CDC acrescenta a função social do contrato de consumo, que é a de *“equilibrar uma situação que sempre foi díspar, em que o consumidor sempre foi vítima das abusividades da outra parte da relação de consumo”* (Tartuce, Flavio, Neves, Daniel Amorim. Manual de Direito do Consumidor. Vol. Único. São Paulo: Método, 2014, pág. 46).

De fato, especialmente nos contratos de consumo, em que há manifesto desequilíbrio de forças entre fornecedores e consumidores de produtos e serviços, o abuso e a iniquidade desestabilizam a relação contratual, inviabilizando a busca do equilíbrio mínimo do negócio jurídico e vulnerando, por consequência, a boa-fé objetiva, a segurança, a confiança e a lealdade do trato jurídico.

Por tudo isso, em regra, o consumidor deve receber uma proteção adicional, em virtude da desvantagem manifesta ocasionada pelo desequilíbrio contratual, este gerado pelo abuso do poder econômico.

Realmente, conforme o entendimento desta Corte, *“sobressai o direito básico do consumidor à proteção contra práticas e cláusulas abusivas, que consubstanciem prestações desproporcionais, cuja adequação deve ser realizada pelo Judiciário, a fim de garantir o equilíbrio contratual entre as partes, afastando-se o ônus excessivo e o enriquecimento sem causa porventura detectado (artigos 6º, incisos IV e V, e 51, § 2º, do CDC)”* (REsp 1362084/RJ, Quarta Turma, DJe 01/08/2017, sem destaque no original).

3.2. Da jurisprudência específica do STJ acerca de contratos de turismo

A 3ª Turma examinou hipótese semelhante à presente nos autos do Resp 1.321.655/MG.

Superior Tribunal de Justiça

Foi consignado, na oportunidade, que *“não se mostra possível falar em perda total dos valores antecipadamente pagos por pacote turístico, sob pena de se criar uma situação que, além de vantajosa para a empresa de turismo (fornecedora de serviços), mostra-se excessivamente desvantajosa para o consumidor”*, razão pela qual *“deve-se, assim, reconhecer a abusividade da cláusula contratual em questão seja por subtrair do consumidor a possibilidade de reembolso, ao menos parcial, como postulado na inicial, da quantia antecipadamente paga, seja por lhe estabelecer uma desvantagem exagerada”*.

Por fim, declarou-se que *“o cancelamento de pacote turístico contratado constitui risco do empreendimento desenvolvido por qualquer agência de turismo, não podendo esta pretender a transferência integral do ônus decorrente de sua atividade empresarial a eventuais consumidores”*.

O recurso especial foi, assim, provido para *“determinar a redução do montante estipulado a título de cláusula penal para 20% sobre o valor antecipadamente pago”* (REsp 1321655/MG, Terceira Turma, DJe 28/10/2013).

A 4ª Turma, por sua vez, em situação também análoga, adota o entendimento de que *“o equacionamento dos custos e riscos da fornecedora do serviço de transporte aéreo não legitima a falta de razoabilidade das prestações, tendo em vista a desigualdade evidente que existe entre as partes desse contrato, anotando-se a existência de diferença considerável entre o saneamento da empresa e o lucro excessivo, mais uma vez, às custas do consumidor vulnerável”* (REsp 1595731/RO, Quarta Turma, DJe 01/02/2018, sem destaque no original).

4. DA HIPÓTESE CONCRETA

Na hipótese em exame, foi expressamente pactuada a cláusula de

Superior Tribunal de Justiça

arrependimento, sendo, por conseguinte, previsto o direito potestativo do consumidor de cancelar unilateralmente o contrato, o qual poderia ser exercido mediante o pagamento de multa penitencial.

De fato, se infere das cláusulas gerais constantes às fls. 24-26 (e-STJ), que a desistência de viagem, prevista no item 5.2. de referido contrato, tem valores penitenciais definidos conforme a antecedência em que o direito de rescisão unilateral é exercido.

Assim, se o consumidor exercer o direito de desistência: *a)* até 30 dias antes do início da viagem, deverá arcar com as despesas de comunicação mais eventuais despesas de cancelamento da passagem aérea emitida; *b)* entre 29 e 16 dias antes do início da viagem, 25% do total do valor pago; *c)* entre 15 e 08 dias antes do início da viagem, 35% do valor pago; e *d)* menos de 5 dias anteriores, somente os valores recuperados.

Nas contratações que envolvessem cruzeiros nas ilhas gregas e na Europa, a multa penitencial seria a dos valores citados mais uma outra multa que variaria de 10% a 100% do valor dos cruzeiros, a depender do prazo do exercício do direito de desistência (e-STJ, fl. 25).

Verifica-se, portanto, que o preço para o exercício do direito de arrependimento do consumidor estabelecido nas condições gerais de contratação impostas pela recorrida abrange, de modo indevido, o risco do empreendimento por ela desenvolvido, pois, de acordo com o prazo do cancelamento, o consumidor pode não ter direito a qualquer reembolso, mesmo que a empresa de turismo ainda tenha, em tese, tempo hábil de repassar o serviço objeto da contratação a terceiros.

A cláusula contratual que fixa o valor da multa penitencial se encontra,

Superior Tribunal de Justiça

assim, em descompasso com a proteção contratual do consumidor, definida nos arts. 6º, V, 39, V, 51, IV e XV, do CDC, por se mostrar excessivamente onerosa para a parte menos favorecida, prejudicando o equilíbrio contratual.

Por esse motivo, a iniquidade das cláusulas contratuais questionadas no presente processo é possível de ser verificada de imediato, no âmbito coletivo, devendo apenas a delimitação dos valores correspondentes a cada situação específica ser realizada nas ações individuais de cumprimento da sentença coletiva genérica.

Assim, reconhecida a abusividade da citada multa penitencial, deve-se restabelecer o equilíbrio contratual, fixando patamares mais adequados à boa-fé objetiva e à função social do contrato em questão.

Nessa linha, a Deliberação Normativa nº 161 de 09/08/1985 da EMBRATUR — que prevê, no item 8.1.2. da minuta de condições gerais de contratação, limitação ao valor da multa à 20% do valor do contrato, se a desistência do consumidor ocorre menos de 21 dias antes do início da fruição do pacote, condicionando a cobrança de valores superiores à comprovação de efetivos gastos pela agência turística —, apresenta-se como parâmetro adequado de equidade a ser adotado em termos genéricos, próprios da primeira fase da tutela coletiva de direitos individuais homogêneos em juízo, a todos os contratos de turismo, ficando a definição dos valores concretos para as ações individuais de cumprimento.

Dessa forma, como, na hipótese em tela, a cláusula 5.2 do contrato em exame estabelece que, se o direito de rescisão for exercido entre 29 e 16 dias antes do início da viagem, a multa penitencial pela desistência seria de 25% do total do valor pago, referido percentual deve ser limitado a 20%, que é o montante

Superior Tribunal de Justiça

máximo a ser cobrado independentemente da comprovação de efetivos e irre recuperáveis gastos realizados pela agência de turismo.

5. DISPOSITIVO

Forte nessas razões, CONHEÇO e DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso especial, para, julgando parcialmente procedentes os pedidos da inicial da ação coletiva, fixar em 20% do valor do contrato o valor máximo para a multa penitencial ao direito de resilição unilateral exercitado menos de 29 (vinte e nove) dias antes da fruição do objeto da contratação, condicionando a cobrança de valores superiores à efetiva comprovação da realização de gastos irre recuperáveis pela agência de turismo recorrida.

Fixo os honorários em 5% do valor atualizado da causa, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC/73. Custas pela recorrida.

Superior Tribunal de Justiça

"RECURSO ESPECIAL. AÇÃO COLETIVA DE CONSUMO. CONTRATO. TURISMO. RESILIÇÃO UNILATERAL. PREVISÃO EXPRESSA. MULTA PENITENCIAL. VALOR. PARÂMETROS. ARTS. 413 E 473, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CC/02. APLICAÇÃO ANALÓGICA. EQUILÍBRIO CONTRATUAL. RESTAURAÇÃO. ARTS. 6º, V, 39, V, 51, IV e XV, do CDC. ABUSIVIDADE. RECONHECIMENTO.

1. *Cuida-se de ação coletiva de consumo por meio da qual se questiona a abusividade de cláusula contratual que impõe aos consumidores a cobrança de multa de 25 a 100% nos casos de cancelamento da viagem, pacote ou do serviço turístico contratado.*
2. *Recurso especial interposto em: 12/09/2014. Conclusos ao gabinete em: 25/08/2016. Aplicação do CPC/73.*
3. *O propósito recursal é determinar se a multa penitencial, relativa ao exercício do direito de resilição unilateral previsto contratualmente em favor do consumidor, pode ser revista por aplicação das normas do CDC e se seu valor, fixado entre 25% a 100% do valor contratado, é abusivo.*
4. *Segundo o princípio da obrigatoriedade ou da força obrigatória dos contratos, o contrato deve ser cumprido nos exatos termos definidos pelo exercício da vontade livre dos contratantes, razão pela qual, pela regra da intangibilidade, não se permite a revogação unilateral ou a alteração das cláusulas contratuais, o que somente pode ocorrer mediante novo concurso de vontades.*
5. *No entanto, os contratantes podem, no exercício da autonomia da vontade, prever expressamente o direito à resilição unilateral, ou arrependimento, o qual constitui direito potestativo - um poder a ser exercido por qualquer dos contratantes independentemente do consentimento da outra parte - que não acarreta o descumprimento do contrato.*
6. *Como contraprestação ao exercício do direito de resilição, as partes estipulam, em regra, uma multa penitencial, a qual confere ao devedor o direito de optar entre cumprir a obrigação assumida ou desvincular-se dela, mediante o pagamento do valor da multa pactuada.*
7. *O valor correspondente ao exercício do direito à resilição unilateral do contrato fica submetido à autonomia da vontade dos contratantes, mas o exercício dessa liberdade contratual não é ilimitado, pois balizado pela boa-fé objetiva e a função social do contrato a ser resilido.*
8. *Os limites ao exercício da autonomia da vontade dos contratantes podem ser inferidos, por analogia, do parágrafo único do art. 473 do CC/02, ficando o valor da multa penitencial vinculado a: a) os investimentos irrecuperáveis - assim entendidos aqueles que não possam ser reavidos pela cessão do objeto do contrato a terceiros - realizados pelo contratante inocente; b) os prejuízos extraordinários, que não alcançam a expectativa de lucro e não envolvem a assunção dos riscos do negócio pelo contratante desistente, pois perdas financeiras fazem parte da própria álea negociai; e c) o prazo do exercício do direito potestativo - que deve ser hábil à recuperação dos citados valores pelo contratante subsistente.*
9. *O valor da multa contratual pode ser revisto em juízo, com vistas a reestabelecer o equilíbrio contratual entre as partes, evitando-se o enriquecimento sem causa do credor da quantia, por aplicação analógica do art. 413 do CC/02. Precedentes.*
10. *Além da proteção do CC/02, é direito básico do consumidor a proteção contra práticas e cláusulas abusivas, que consubstanciem prestações*

Superior Tribunal de Justiça

desproporcionais, cuja adequação deve ser realizada pelo Judiciário, a fim de evitar a lesão, o abuso do direito, as iniquidades e o lucro arbitrário.

11. *Na hipótese em exame, o valor da multa penitencial, de 25 a 100% do montante contratado, transfere ao consumidor os riscos da atividade empresarial desenvolvida pelo fornecedor e se mostra excessivamente onerosa para a parte menos favorecida, prejudicando o equilíbrio contratual.*
12. *É equitativo reduzir o valor da multa aos patamares previstos na Deliberação Normativa nº 161 de 09/08/1985 da EMBRATUR, que fixa o limite de 20% do valor do contrato às desistências formalizadas menos de 21 dias do início da fruição do objeto contratual, condicionando a cobrança de valores superiores à efetiva prova de gastos irre recuperáveis pela agência de turismo.*
13. *Recurso especial parcialmente provido."*

Após, pedi vista antecipada dos autos para melhor exame da questão referente à

abusividade da multa contratual em caso de desistência do consumidor dos serviços turísticos contratados (pacote de viagem).

De início, cumpre asseverar que as agências e as operadoras de turismo são empresas responsáveis pela intermediação ou produção de serviços turísticos, sendo exigidos conhecimento e *expertise* especializados para promover as demandas do setor, segundo os interesses do consumidor-turista.

Eis o conceito trazido pela Lei nº 11.771/2008, que dispôs acerca da Política Nacional de Turismo:

"Art. 27. 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.

§ 1º São considerados serviços de operação de viagens, excursões e passeios turísticos, a organização, contratação e execução de programas, roteiros, itinerários, bem como recepção, transferência e a assistência ao turista.

§ 2º O preço do serviço de intermediação é a comissão recebida dos fornecedores ou o valor que agregar ao preço de custo desses fornecedores, facultando-se à agência de turismo cobrar taxa de serviço do consumidor pelos serviços prestados.

§ 3º As atividades de intermediação de agências de turismo compreendem a oferta, a reserva e a venda a consumidores de um ou mais dos seguintes serviços turísticos fornecidos por terceiros:

I - passagens;

II - acomodações e outros serviços em meios de hospedagem; e III - programas educacionais e de aprimoramento profissional.

§ 4º As atividades complementares das agências de turismo compreendem a intermediação ou execução dos seguintes serviços:

Superior Tribunal de Justiça

- I - obtenção de passaportes, vistos ou qualquer outro documento necessário à realização de viagens;*
 - II - transporte turístico;*
 - III - desembaraço de bagagens em viagens e excursões;*
 - IV - locação de veículos;*
 - V - obtenção ou venda de ingressos para espetáculos públicos, artísticos, esportivos, culturais e outras manifestações públicas;*
 - VI - representação de empresas transportadoras, de meios de hospedagem e de outras fornecedoras de serviços turísticos;*
 - VII - apoio a feiras, exposições de negócios, congressos, convenções e congêneres;*
 - VIII - venda ou intermediação remunerada de seguros vinculados a viagens, passeios e excursões e de cartões de assistência ao viajante;*
 - IX - venda de livros, revistas e outros artigos destinados a viajantes; e*
 - X - acolhimento turístico, consistente na organização de visitas a museus, monumentos históricos e outros locais de interesse turístico.*
- § 5º A intermediação prevista no § 2º deste artigo não impede a oferta, reserva e venda direta ao público pelos fornecedores dos serviços nele elencados.*
- § 6º (VETADO)*
- § 7º As agências de turismo que operam diretamente com frota própria deverão atender aos requisitos específicos exigidos para o transporte de superfície." (grifou-se)*

Logo, no exercício de suas atividades, a estrita obediência aos direitos do consumidor é um dos deveres dos prestadores de serviços turísticos (art. 34, IV, da Lei nº 11.771/2008), sendo obrigatório constar no contrato as condições para alteração, cancelamento e reembolso do pagamento dos serviços.

Confira-se o art. 32 do Decreto nº 7.381/2010:

"Art. 32. Os contratos para prestação de serviços ofertados pelas agências de turismo deverão prever:

- I - as condições para alteração, cancelamento e reembolso do pagamento dos serviços;***
- II - as empresas e empreendimentos incluídos no pacote de viagem;***
- III - eventuais restrições existentes para sua realização; e***
- IV - outras informações necessárias e adequadas sobre o serviço a ser prestado." (grifou-se)***

Em vista disso, geralmente nos contratos da maioria das agências de turismo, em casos de desistência ou de cancelamento de viagem, pacote ou serviço turístico por iniciativa do usuário, há previsão de multa, isto é, de perda de um percentual gradativo de valores pagos em favor da prestadora, podendo chegar a 100% (cem por cento) em hipóteses em que o pedido for feito com menos de 15 (quinze) dias para o embarque, gerando, nesse último caso, perda do direito a qualquer reembolso.

Superior Tribunal de Justiça

É certo que tal multa contratual se justifica para compensar eventuais prejuízos causados à agência pela atitude unilateral do consumidor de desistir da viagem, já que aquela teve custos com as reservas de hospedagem, passagens aéreas e terrestres, traslados, seguro, passeios e demais serviços garantidos na contratação, o que ameniza o elevado risco do negócio.

Ocorre que os percentuais de retenção a título de multa penitencial não devem ser abusivos, desarrazoados, pois, ao contrário, no lugar de compensar a agência de viagens pelos danos que lhe foram ocasionados, ensejaria o seu indevido enriquecimento, afora o fato de que o serviço então cancelado, em tese, pode ainda ser comercializado.

Nesse contexto, a extinta Secretaria de Direito Econômico (SDE) do Ministério da Justiça (MJ) - a Lei nº 12.529/2011 transferiu as competências da SDE para o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) - ao elencar algumas cláusulas abusivas relativas ao fornecimento de produtos e serviços, assinalou serem nulas de pleno direito as disposições contratuais que "estabeleçam a perda total ou desproporcionada das prestações pagas pelo consumidor, em benefício do credor, que, em razão de desistência ou inadimplemento, pleitear a resilição ou resolução do contrato, ressalvada a cobrança judicial de perdas e danos comprovadamente sofridos" (item 5 da Portaria SDE/MJ nº 4/1998) ou que "imponham a perda de parte significativa das prestações já quitadas em situações de venda a crédito, em caso de desistência por justa causa ou impossibilidade de cumprimento da obrigação pelo consumidor" (item 3 da Portaria SDE/MJ nº 3/2001).

No setor de serviços turísticos, a EMBRATUR (hoje Instituto Brasileiro de Turismo) - criada em 18 de novembro de 1966 como Empresa Brasileira de Turismo - costumava regulamentar a matéria, já que tinha o objetivo de fomentar a atividade turística ao viabilizar condições para a geração de emprego, renda e desenvolvimento em todo o país.

Todavia, desde janeiro de 2003, a atuação da EMBRATUR restringe-se à promoção, ao marketing e ao apoio à comercialização dos produtos, serviços e destinos turísticos brasileiros no mercado internacional, visto que todos os assuntos que antes lhe eram atribuídos relativos ao cadastramento de empresas, à classificação de empreendimentos dedicados às atividades turísticas e ao exercício da função fiscalizadora, foram transferidos para o Ministério do Turismo.

Em outras palavras, a EMBRATUR, atualmente, é uma autarquia especial do Ministério do Turismo responsável pela execução da Política Nacional de Turismo relacionada com a promoção do turismo brasileiro no exterior.

Superior Tribunal de Justiça

De qualquer modo, quando detinha competência e vislumbrando, à época, a necessidade de regular o relacionamento comercial entre as agências de turismo e seus usuários, para a operação de viagens e excursões turísticas, a EMBRATUR editou a Deliberação Normativa nº 161/85, cujo Anexo I (Condições Gerais) previa, no item 8.1.2, que a agência de turismo poderia, de fato, reter percentuais do valor do pacote na hipótese de cancelamento por iniciativa do usuário e que variariam conforme a proximidade da data de embarque: a) 10% (dez por cento) - cancelamento a mais de 30 (trinta) dias antes do início da excursão; b) 20% (vinte por cento) - cancelamento entre 30 (trinta) e 21 (vinte e um) dias antes do início da excursão e c) 20% (vinte por cento) ou percentuais superiores, se a empresa comprovasse seus gastos efetivos - cancelamento a menos de 21 (vinte e um) dias do início da excursão.

Confira-se:

"(...)
8 - **PROCEDIMENTOS DECORRENTES DO CANCELAMENTO, PARCIAL OU TOTAL, DO CONTRATO OU ACORDO PARA A REALIZAÇÃO DE VIAGEM OU EXCURSÃO (EXCLUÍDOS OS CASOS FORTUITOS E DE FORÇA MAIOR E ADMITIDOS NA LEGISLAÇÃO)**

8.1- Antes do início do programa

(...)

8.1.2 - Por iniciativa do usuário:

- a) o usuário deverá providenciar, em tempo hábil, sua substituição por outro participante, nas mesmas condições contratadas e, no caso de não haver contratado apartamento individual, de igual sexo; ou
- b) acordar com a agência sua participação em outro programa, ou qualquer tipo de entendimento que satisfaça ambas as partes; ou
- c) **não sendo viável a aplicação das hipóteses anteriores, perda,**

em favor da agência, dos seguintes percentuais sobre o preço da excursão, excetuada a parte aérea:

c.1 - 10% - cancelamento a mais de 30 dias antes do início da excursão;

c.2 - 20% - cancelamento entre 30 e 21 dias antes do início da excursão;

c.3 - percentuais superiores aos acima referidos, desde que correspondentes a gastos efetivamente comprovados pela agência perante a EMBRATUR, efetuados em decorrência da desistência do usuário - cancelamento a menos de 21 dias antes do início da excursão." (grifou-se)

Embora tal instrumento não esteja mais em vigor (perdeu sua força normativa),

Superior Tribunal de Justiça

suas disposições podem ser utilizadas como parâmetro, sobretudo as partes que não conflitem com a legislação específica, o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor.

Com efeito, a multa penitencial é necessária, porquanto a agência de viagens, na

reserva e na prestação dos serviços, atua, em tese, consoante a boa-fé. Por outro lado, a atitude do consumidor de cancelar o pacote e rescindir unilateralmente o contrato firmado não se caracteriza por si só como má-fé. Como cediço, o exercício regular de direito não pode exceder os limites do seu fim econômico ou social, da boa-fé ou dos bons costumes (art. 187 do CC). A multa penitencial, portanto, deve conter percentuais adequados, de forma a não onerar indevidamente o fornecedor nem o consumidor.

Assim, o contrato não pode simplesmente conter multa contratual de perda de 100% (cem por cento) sobre o valor do pacote, sobretudo se o dano não foi de tal monta. Deve a previsão abusiva, pois, ser harmonizada com as normas do CDC e do CC sem que isso redunde em risco de a agência de turismo ir à falência pelos cancelamentos ou desistências de negócios realizados.

Desse modo, mantido o equilíbrio da relação contratual, a agência de turismo não

arcará com todos os prejuízos causados pelo consumidor, podendo, inclusive, ser reembolsada integralmente, mas desde que, nessa situação, comprove documentalmente os gastos.

Na espécie, o contrato de aquisição de viagens dispõe da seguinte maneira quanto à multa penitencial:

"(...)

5.2. Solicitações de cancelamento da viagem ou serviços contratados deverão ser feitas por escrito e as penalidades serão aplicadas segundo antecedência com que forem comunicadas:

**Até 30 dias antes do início da viagem - Despesas de comunicação
mais eventual despesas de cancelamento de passagem aérea caso esta já esteja emitida.*

** De 29 a 15 dias do início da viagem - 25% do valor.*

** De 14 a 5 dias antes do início da viagem - 35% do valor.*

** Menos de 5 dias antes, somente os valores recuperados.*

Para os pacotes que envolvem Cruzeiro nas Ilhas Gregas e na Europa, considerar além das taxas acima, as seguintes multas sobre o valor dos cruzeiros (...)" (fl. 25 - grifou-se).

Por seu turno, a Ministra Relatora, em seu voto, julga procedentes em parte os

pedidos da inicial da ação coletiva para

Superior Tribunal de Justiça

"(...) fixar em 20% do valor do contrato o valor máximo para a multa penitencial ao direito de rescisão unilateral exercitado menos de 21 (vinte e um) dias antes da fruição do objeto da contratação, condicionando a cobrança de valores superiores à efetiva comprovação da realização de gastos irre recuperáveis pela agência de turismo recorrida".

Entretanto, ao reduzir a multa penitencial para 20% (vinte por cento) do valor do contrato, salvo comprovação de despesas superiores, no período de cancelamento da viagem a menos de 21 (vinte e um) dias, permitiu que a multa de desistência em período antecipado, entre 29 (vinte e nove) e 21 (vinte e um) dias do início da viagem, seja maior: 25% (vinte e cinco por cento) do valor do contrato, originando uma distorção.

Desse modo, faz-se necessária a redução da multa também no período de 29 (vinte e nove) e 21 (vinte e um) dias do início da viagem para 20% (vinte por cento) do valor do contrato, situação igualmente prevista no Anexo I da Deliberação Normativa nº 161/85 (item 8.1.2, c.2).

Ante o exposto, acompanho a Relatora, Ministra Nancy Andrichi, para dar parcial provimento ao recurso especial em maior extensão.

É o voto.

Superior Tribunal de Justiça

CERTIDÃO DE JULGAMENTO TERCEIRA TURMA

Número Registro: 2016/0021268-3

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.580.278 / SP

Números Origem: 000061900040 20061900040 5830020050854283 92934472720088260000

PAUTA: 07/08/2018

JULGADO: 21/08/2018

Relatora

Exma. Sra. Ministra **NANCY ANDRIGHI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **CARLOS FREDERICO SANTOS**

Secretária

Bela. **MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE DEFESA DA CIDADANIA E DO
CONSUMIDOR - ANADEC

ADVOGADO : RONNI FRATTI E OUTRO(S) - SP114189

RECORRIDO :

ADVOGADOS : NIVIA APARECIDA DE SOUZA AZENHA E OUTRO(S) - SP054372

ELIANA ASTRAUSKAS - SP080203

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Obrigações - Espécies de Contratos - Prestação de Serviços

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Senhor Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, acompanhando o voto da Senhora Ministra Relatora em maior extensão, a adequação do voto da Senhora Ministra Nancy Andrighi, acolhendo a sugestão, a Turma, por unanimidade, deu provimento parcial ao recurso especial nos termos do voto da Senhora Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva (voto-vista), Marco Aurélio Bellizze (Presidente) e Moura Ribeiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Superior Tribunal de Justiça

Documento: 1735730 - Inteiro Teor do Acórdão - Site certificado - DJe: 03/09/2018

Página 27 de 6

