

DIREITO DO CONSUMIDOR NOS CONTRATOS DE TURISMO¹

1 ASPECTOS CONSTITUCIONAIS

É impossível começar um trabalho jurídico sem que antes seja verificada a sua base constitucional.

A análise sistemática da Constituição há de ser interpretada, inicialmente, pelo próprio art. 1 da Constituição Federal, que assim diz:

"Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...)."

Logo, percebemos que estamos diante de um Estado Democrático de Direito; que tem como características básicas: supremacia da Constituição Federal, hierarquia das normas, direitos e deveres, tripartição do poder estatal e a democracia.

Assim, o Estado, previsto em nosso texto constitucional, busca equilíbrio entre as diversas relações jurídicas pertencentes ao mundo jurídico.

Assim se manifesta José Afonso da Silva em sua obra Curso de Direito Constitucional Positivo:

"A configuração do Estado Democrático de Direito não significa apenas unir formalmente os conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito. Consiste, na verdade, na criação de um conceito novo, que leva em conta os conceitos dos elementos componentes, mas o supera na medida que incorpora um componente revolucionário de transformação do status quo. E aí se entremostra a extrema importância do art. 1º da Constituição de 1988, quando afirma que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito, mas não como mera promessa de organizar tal Estado, pois a Constituição aí já o está proclamando e fundamentando."

O equilíbrio legal é a base do Estado Democrático de Direito, para alcançar seus objetivos previstos, também, no art. 1 da Constituição Federal, quais sejam:

¹ Feuz, Paulo Sérgio - DIREITO DO CONSUMIDOR NOS CONTRATOS DE TURISMO, Editora EDIPRO -páginas 17/36.

"Art. 1º. (...)

I- a soberania;

II- a cidadania;

III- a dignidade da pessoa humana;

IV- os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa,.

V- o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. "

Assim se manifestou o Professor Celso Antônio Pacheco Fiorillo em sua obra Direito de Antena em Face do Direito Ambiental no Brasil:

Conforme aponta o art. 1 da Constituição Federal em vigor:

"O Estado Brasileiro não se caracteriza tão-somente por ser um Estado, mas, sob a ótica do direito positivo, por ser um Estado de Direito Democrático. Esse conceito, basicamente idêntico ao descrito no art. 2º da Carta Maior de Portugal, é bastante complexo e revela uma das concepções fundamentais da Constituição Federal de 1988: a componente de Estado de Direito, conforme já observamos em comentário anterior, e a componente do Estado Democrático. As duas componentes, por óbvio, não podem ser separadas uma da outra. "

Assim se percebe que o maior objetivo da Carta Magna é a vida digna, que deverá compartilhar o espaço jurídico, com direitos e deveres, com a livre iniciativa, isto é o capitalismo.

A livre iniciativa gera o consumo; a vida digna nos faz buscar o lazer. A junção desses dois elementos é crucial para o estudo desta pesquisa.

Para efeitos deste estudo daremos uma amplitude a esse forte segmento de consumo, com o maior mecanismo de lazer que é o turismo.

Para tanto, abordaremos os aspectos constitucionais em cinco distintos blocos que deverão ser analisados pela sistemática da Constituição: direitos do consumidor, direitos ao lazer, direito ambiental, direitos humanos e direito à efetiva reparação de dano.

1.1. DIREITO DO CONSUMIDOR

Com o reconhecimento da nossa Lei do Capitalismo, com a previsão constitucional da livre iniciativa, não seria crível que pudéssemos abordar o consumo sem falar em ,livre iniciativa.

A livre iniciativa é geradora do consumo, sendo que ela prescreve o empreendimento como forma de sustentação econômica.

A livre iniciativa teve sua expansão com a Revolução Industrial, inclusive trazendo à baila o que nós chamamos de contrato de massa.

Entende-se por contrato de massa aquele que não tem um destinatário certo, mas sim aquele que produz produtos ou serviços em série para um grupo indeterminado de pessoas.

Diz o Professor Luiz Antônio Rizzato Nunes, em seus comentários ao CDC:

"tal modelo é o da massificação: fabricação de produtos e oferta de serviços em série, de forma padronizada e uniforme, no intuito de diminuição do custo de produção, atingimento de maiores parcelas de população com o aumento de oferta etc. "

Naquele momento histórico, viu-se uma nova relação jurídica massificada, isto é, os fornecedores realizavam suas atividades em busca de um número maior de consumidores, diferentemente do que ocorria.

A relação jurídica recém-criada causou total desequilíbrio, pois, de um lado, estavam os fornecedores fortes e com poder econômico em suas mãos, e, de outro, os consumidores, sujeitos às regras impostas e sem a garantia das suas contratações.

A partir dessa fragilidade consumerista, surgem duas características básicas da relação jurídica, quais sejam: a hipossuficiência e a vulnerabilidade.

Entende-se por hipossuficiência a ignorância do consumidor, ou melhor, seu desconhecimento em face do produto ou serviço adquirido.

Assim se manifesta Luiz Antônio Rizzato Nunes:

"Mas a hipossuficiência, para fins de possibilidade de inversão do ônus da prova, tem sentido de desconhecimento técnico e informativo do produto e do serviço, de suas propriedades, de seu funcionamento vital e/ou intrínseco dos modos especiais de controle, dos aspectos que podem ter gerado o acidente de consumo o dano, das características do vício etc. "

Entende-se por vulnerabilidade a consagração de que o consumidor é facilmente conduzido para o fim que deseja o fornecedor .

Mais uma vez, manifesta-se, brilhantemente, o Professor Luiz Antônio Rizzato Nunes, em seu Código Comentado:

"O inciso I do art. 4º reconhece: o consumidor é vulnerável. Tal reconhecimento é uma primeira medi da de realização de isonomia garantida na Constituição Federal. Significa ele que o consumidor é a parte fraca da relação de consumo. Essa fraqueza, essa fragilidade, é real, concreta e decorre de dois aspectos: um de ordem técnica e outro de cunho econômico. "

Os anos passaram e o crescimento do capitalismo tornou-se mais forte e predominante em todo o mundo, e o consumo principal alvo desse segmento econômico.

A defesa do consumidor passou a ser a defesa da própria livre iniciativa, já que sem controle, a mesma poderia vir até a gerar um caos no mercado consumerista.

A Constituição de 1988 teve como grande inovação a previsão dos direitos difusos e coletivos, em especial, o direito do consumidor, incluindo sua proteção, no art. 5, XXXII, que assim diz: "o Estado promoverá, na forma da Lei, a Defesa do Consumidor".

Nesse sentido, tornou-se o direito do consumidor, direito fundamental, isto é, deu destaque à defesa do consumo como base constitucional, até mesmo pela busca da igualdade.

Esse direito é precursor da defesa das relações de consumo, que busca o equilíbrio em uma relação jurídica até então não protegida.

Diz Frederico da Costa Carvalho Neto:

"Ao estabelecer no inciso XXXII que o Estado promoverá a defesa do Consumidor, reconheceu o Legislador Constituinte a necessidade do Estado proteger os consumidores, e na própria Lei n 8.078/1990, esse mandamento constitucional foi obedecido, precisamente quando no art. 4 estabeleceu a Política Nacional de Relações de Consumo e no art 5º criou mecanismos para a execução desta política. "

Se ainda não bastasse, quando o texto constitucional tratou da livre iniciativa, não se esqueceu da relação de consumo, incluindo-a como princípio da ordem econômica, que, assim, manifesta-se:

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

V- defesa do consumidor, (...)."

Diz Celso Antônio Pacheco Fiorillo:

“Ao estabelecer princípios gerais da atividade econômica, a Constituição Federal soube adotar uma série de princípios não se olvidando da defesa do consumidor (art.170,V). Referidos princípios, devidamente harmonizados com fundamento republicano da livre iniciativa (art.1º, IV), devem ser observados em atendimento prioritário às necessidades dos cidadãos, o que levou ao estabelecimento de diretriz, orientação dentro dos direitos individuais e coletivos a consumidor (art. 5º, XXXII e art. 48 do ADCT da Carta Magna)”.

Para Frederico da Costa Carvalho Neto:

"Já ao inserir dentre os princípios norteadores da atividade econômica, a defesa do consumidor, informou o Constituinte que qualquer atividade empresarial deve ter em conta defesa do consumidor, assim como deve observar os demais princípios estampados no art 170 como o da função social da propriedade e outros. "

E concluindo, demonstrando a urgência de se ter uma lei protetora da relação de consumo, a Constituição determinou no art. 48 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias:

"Art. 48. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição Federal, elaborará o código de defesa do consumidor. "

Logo, é de fácil conclusão que o direito do consumidor deve ser obedecido como baliza da livre iniciativa, sendo que esta em seus empreendimentos deve respeitar as regras a ela impostas.

Com esse reconhecimento e em conformidade com o texto constitucional, que reconheceu explícita e, implicitamente a vulnerabilidade e a hipossuficiência dos consumidores, é que foi editada a Lei nº 8.078 em 11 de setembro de 1990, que consagrou finalmente os direitos do consumidor no Brasil.

1.2. DIREITO AO LAZER

A Constituição Federal também consagrou os direitos sociais, e, na mesma esteira, incluiu o lazer como princípio da ordem econômica.

Diz o art. 69 da Constituição Federal:

"Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição."

Logo, pode-se perceber que entre os direitos sociais existe a previsão de direito ao lazer.

Aliás, o lazer é um direito social garantido há muito tempo pelas nossas legislações, a CL T (Consolidação das Leis do Trabalho), já identifica o lazer como sendo o direito às férias do trabalhador .

Lógico que não podemos fazer uma comparação entre férias e lazer, reconhecendo que em alguns casos até se assemelham, mas o direito ao lazer é muito mais abrangente e enquadra as férias como uma de suas ramificações.

O direito ao lazer é um direito que pertence a toda sociedade, aliás, que se inclui em um dos parâmetros da vida com dignidade.

A vida digna, tutela maior da Constituição Federal, caracteriza-se por ter como uma de suas necessidades o lazer, senão até mesmo como necessidade maior.

Essa premissa pode até parecer estranha, já que se trata de uma expectativa do ser humano, pois se trabalhamos, construímos família, também desenvolvemos atividades para podermos realizar com satisfação o lazer.

O Professor Celso Antônio Pacheco Fiorillo, assim se manifestou:

"IV) O lazer- enquanto direito social definido no art. 6º da Constituição, o direito ao descanso caracteriza-se como um dos aspectos fundamentais ligados à dignidade da pessoa humana. Esta, inserida em uma sociedade na qual necessita ter um emprego para poder sobreviver, ou, pelo menos, ter possuído um emprego ou meio de ajuda para subsistir, ganha relevo o direito ao lazer não só como aspecto fundamental de garantia de seu equilíbrio físico-psíquico, mas também como forma de tornar a adquirir energia necessária à continuidade de seu trabalho."

Logo, o direito ao lazer não pode ser desrespeitado, nem pela livre iniciativa em seus empreendimentos, nem quando se tratar de força de trabalho e, principalmente, de relação de consumo.

1.3. DIREITO AMBIENTAL

Outro aspecto constitucional importante a ser destacado é o Direito Ambiental, uma vez que, ao tratarmos de Turismo, estaremos diante da via onde a atividade será realizada.

O Direito Ambiental foi previsto na Constituição Federal nos seguintes artigos:

"Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nas quais se incluem:

I- as formas de expressão;

II- os modos de criar, fazer e viver;

III -as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

IV -as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico culturais;

V- os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico. (...)

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. (...)."

Dessa forma, a Constituição Federal do Brasil estabeleceu a Política Nacional do Meio Ambiente e os bens ambientais, que estão elencados como princípios da ordem econômica, com previsão expressa no art. 170 da Constituição Federal.

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

VI- defesa do meio ambiente; (...). "

Diz o Professor Celso Antônio Pacheco Fiorillo:

"Ao estruturar a Política Nacional do Meio Ambiente com base no que estabelece o art. 23, VI e VII, da Carta Magna, a Lei nº 6.938/1981 modificada pela Lei nº 8.028/1990, pretende estabelecer critério de proteção ao meio ambiente adaptado à chamada competência material comum, ou seja, proteção ambiental adstrita a normas que conferem deveres aos entes da Federação e não simplesmente faculdade. A orientação constitucional, portanto, é estabelecer competência materiais comuns a todos o entes da Federação brasileira, a saber, União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

A Política Nacional do Meio Ambiente, além do art. 23, VI e VII, tem seu fundamento no art. 225 da Constituição Federal, que estabelece:

"Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. "

O dispositivo estabelece concepções fundamentais no âmbito do direito ambiental, a saber:

a) a de que todos têm o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado;

b) a de que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado diz respeito à existência de um bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, criando em nosso ordenamento o bem ambiental;

c) a de que a Carta maior determina tanto o Poder Público como à coletividade o dever de defender e preservar o bem ambiental;

d) a de que a defesa e preservação do bem ambiental está vinculada não só às presentes como também às futuras gerações. "

Evidenciado está que o Texto Maior trouxe para a nossa sociedade a proteção de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, a pessoa humana como sua destinatária, a proteção à vida e a proteção ao que se denomina bem ambiental.

No que tange ao Turismo, a nossa Constituição teve um papel importante, pois informou o mesmo como atividade econômica, no art. 180, entretanto, protegeu o meio ambiente natural (art. 225, § 1º, I e VII), o meio ambiente artificial (art. 225, art. 182, art. 21, XX e art. 5º, XXIII) e o meio ambiente cultural (art. 216).

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

Além disso, a Constituição protegeu esse meio ambiente para todo o brasileiro, bem como para estrangeiros residentes no país e, implicitamente, para o turista.

Aliás, algumas discussões a respeito do tema servirão para ilustrar se teriam ou não os turistas direitos em território nacional.

O Professor Luiz Antônio Rizzato Nunes, assim se manifesta:

“A nós parece existir uma saída, que nos foi sugerida em conversa com o Professor Nelson Nery Junior. Equivocam-se aqueles que pensam que o conceito de "residência" do texto constitucional -logo superior a do topo da "pirâmide" jurídica -com sentido posto por normas inferiores -do Código Civil, Código de Processo Civil, etc. -, e isso é erro de interpretação.

O conteúdo semântico de "residência" do texto constitucional tem de ser buscado e definido apenas no topo do sistema, na própria Constituição Federal.

E a verdade é que o sentido de "residente" do texto magno é diferente do usualmente utilizado pelas normas inferiores. Ele significa o local dentro do território brasileiro na qual esteja o estrangeiro-turista. O princípio territorial da soberania é que assim o designa, e nem poderia ser diferente.

A Constituição somente pode conferir e garantir direitos no território nacional. Assim, o turista que está aqui, no território brasileiro, goza das garantias constitucionais, que não são exclusivas de brasileiros natos. "

Ainda sobre o tema, manifestaram-se os Professores David Araújo e Vida' Serrano Nunes:

"Interpretação sistemática e finalística do texto constitucional não deixa dúvidas de que os direitos fundamentais se destinam a todos os indivíduos, independente de sua nacionalidade ou da sua situação no Brasil. Assim, um turista (estrangeiro não residente) que seja vítima de uma arbitrariedade policial, por evidente, poderá se utilizar do habeas corpus para proteger seu direito de locomoção".

Assim como citações do Professor Celso Antônio Pacheco Fiorillo:

"Ao estabelecer a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, a Constituição Federal, aparentemente, estaria destinando a toda e qualquer pessoa humana o exercício pleno do direito ambiental brasileiro.

Com base na visão antes apontada não importaria saber se o destinatário da norma constitucional é brasileiro ou estrangeiro, indígena ou alienígena. Qualquer pessoa humana sustentada nessa condição preencheria os requisitos do direito positivo necessários ao exercício de direitos ambientais em nosso país. "

Portanto, o turista, estando em território brasileiro, está sujeito ao compêndio de obrigações aqui previstas, não sendo lícito argumentar desconhecimento da Lei. Ora, se é sujeito a obrigações é também sujeito de direitos, uma vez que estamos, como já foi dito neste trabalho, em um Estado Democrático de Direito. Logo, ao turista são conferidos, quando estiver em território nacional, os mesmos direitos aferidos ao brasileiro e ao estrangeiro residente.

Assim, afirmamos, sem qualquer medo ou preocupação, que o turista também é detentor dos direitos ao acesso aos meios ambientes brasileiros: urbanístico, natural e cultural.

Acentuamos que o meio ambiente é o responsável pelo desenvolvimento da atividade de turismo no Brasil.

1.4. DIREITOS HUMANOS

O Brasil, país filiado à ONU (Organização das Nações Unidas), respeita integralmente seu tratado de direitos e garantias do homem.

Desde o tratado de paz da 1ª Guerra Mundial, já se induzia o conceito de vida com dignidade, ou também conhecido como dignidade da pessoa humana.

O nosso texto constitucional estabelece, portanto, o direito à dignidade da pessoa humana, assegurando-lhe vida digna, como seu principal fundamento, previsto no art. 1º; direitos fundamentais (art. 5º, CF) e sociais (art. 6º, CF).

Assim se manifesta o Professor Celso Antônio Pacheco Fiorillo:

"Para a Constituição de 1988 os seres aglutinados em face da denominação "povo" possuem direito constitucional fundamental em nosso sistema jurídico: são pessoas humanas que gozam de uma prerrogativa constitucional básica, a saber, o direito à dignidade.

A dignidade, como critério vinculado a valores imateriais dos seres humanos (amor próprio, brio, honra, respeitabilidade etc.), é garantida pela Constituição Federal em decorrência de que aponta seu art. 6º.

Assim, para que a pessoa humana possa ter dignidade- (CF, art. 1º, III) necessita que lhes sejam assegurados os direitos sociais previstos no art. 6º da Carta Magna (educação, saúde, trabalho, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados) como " piso mínimo norma tivo", ou seja, como direitos básicos.

São essas pessoas humanas detentoras de direitos sociais aglutinadas entre si (povo) que determinam o princípio da soberania popular,

principalmente em decorrência do preceito indicado no parágrafo único do art. 1º da Lei *Maior*. “

O Professor Luiz Antônio Rizzato Nunes, assim se expressou: *“É ela, dignidade, o último arcabouço da guarida dos direitos individuais e o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional. ...”*.

Logo, em relação ao turismo como atividade, deve ele consagrar e respeitar a dignidade da pessoa humana, como bem configura o art. 170 da CF .

O turismo como direito ao lazer é parte integrante das concepções e das necessidades do homem.

Dar ao homem o acesso ao turismo mundial, já em um aspecto globalizado, é dar-lhe a oportunidade do exercício da dignidade da pessoa humana, objetivo maior da Declaração Universal e consagrado em nosso sistema jurídico brasileiro.

Assim, entendemos que, pela via dos Direitos Humanos, consegue-se enfocar uma atividade empresarial que visa explorar os direitos ambientais em nome do direito ao lazer, através do consumo sustentável realizado com as regras de Direito do Consumidor. .

1.5. EFETIVA REPARAÇÃO DO DANO

A Constituição de 1988 logrou também garantir a efetiva reparação de danos como direito fundamental.

Os danos, já não são entendidos, tão-somente, como materiais, reconhecendo-se a ocorrência dos danos morais e também a existência dos danos massificados, como o dano difuso e o dano coletivo.

A efetiva reparação do dano é elevada a princípio constitucional, alcançando-se a plenitude do Estado Democrático de Direito, prevista no art. 1º da Constituição Federal.

A efetiva reparação de dano está prevista no texto Constitucional no art. 5º, incisos V e X, que, assim, manifesta-se:

“V -é assegurado o direito de resposta proporcional ao agravo, além de indenização por dano material, moral ou à imagem;

X -são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;"

Entendemos como efetiva reparação de dano, a sua satisfação total, não podendo existir qualquer tipo de limitação, legal ou fática, uma vez que o Texto Maior não ressalvou qualquer Lei, Tratado, ou qualquer outro meio legal de restrição de responsabilidade.

Nos casos de relação de consumo, efetiva reparação de dano foi abordada no Código de Defesa do Consumidor, art. 6º, VI, que, assim, diz:

"Art. 6º. São direitos básicos do consumidor: (...)

VI -a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos. "

É próprio da cultura brasileira procurar formas de esquivar-se de assumir responsabilidade quando causa prejuízos à coletividade, ou seja, sempre busca caminhos de interpretação diferente do texto legal para excluir a responsabilidade.

A responsabilidade consumerista não permite a exclusão a não ser nas hipóteses previstas na Lei nº 8.078/1990, corroborando assim com o que prevê a constituição Federal.

Reportando-nos ao turismo, é importante esse destacamento, pois existem Tratados Internacionais, Leis, Jurisprudências que são limitadores da responsabilidade, que, a nosso ver, agridem o Estado Democrático de Direito, mas esta questão será abordada em capítulo próprio.

Logo, a efetiva responsabilidade é que trará ao estudo deste trabalho às regras claras para atividade de Turismo e o Código de Defesa do Consumidor.