



Ricardo Rielo: Turismo precisa de um marco regulatório transparente

11/01/2013

A ideia de responsabilidade, ou seja, de reparar o dano injustamente causado tem origem na própria “vida em sociedade”. Etimologicamente, provém do latim *respondere*, vale dizer, a necessidade que existe de responsabilizar alguém pelos seus atos danosos causados a outrem no meio social. Essa imposição estabelecida pela sociedade, através dos seus integrantes, de impor a todos o dever de responder por seus atos, traduz a própria noção de Justiça existente no grupo.

A forma de reparar o dano sofrido na sociedade primitiva era através da “vingança coletiva”, que se caracterizava pela reação pública, concertada do grupo, contra o agressor ou causador do dano. Posteriormente, passou-se à prática da vingança individual, privada, a Lei de Talião demonstrava a reparação, no até hoje conhecido “olho por olho, dente por dente” ou “quem com ferro fere, com ferro será ferido”. O poder público pouco intervia.

Na Roma Antiga, o sistema de responsabilidade deriva da interpretação da “*Lex Aquilia de Damno*” segundo a qual se pune a culpa por danos injustamente provocados, independentemente da relação obrigacional pré-existente. Por esta razão, a responsabilidade extracontratual é chamada de Aquiliana. Em verdade, a *Lex Aquilia* consistiu em um plebiscito aprovado entre o final do século III a início do século II a.C., que possibilitou atribuir ao titular de um bem, o direito de obter o pagamento de uma penalidade, em dinheiro, de quem tivesse destruído ou deteriorado o seu patrimônio.

A ideia de culpa é primordial nessa etapa da história da humanidade, e é traduzida na existência de dolo (vontade de causar o dano), imperícia (agir sem habilitação ou aptidão), imprudência (agir de forma imoderada) ou negligência (agir de forma descuidada); Se não houvesse culpa, o agente causador do dano se eximia de qualquer responsabilidade. O Estado passou a interferir nos conflitos privados, fixando o valor do prejuízo. Não havia distinção entre responsabilidade civil e penal, esta diferenciação só tem início na Idade Média.

Com a evolução da sociedade, a responsabilização de um agente causador de dano, mediante a constatação da existência de culpa, já não era mais suficiente para cobrir os danos, devido a sua subjetividade. Assim, doravante, a mero risco passou a ser causa do dever de reparar, através do pagamento de uma indenização, independente de culpa. Nesse sistema de responsabilidade civil, basta provar que o evento decorreu do exercício de uma atividade econômica, para que nasça o dever de indenizar.

A evolução do conceito de responsabilidade civil evidencia-se ao longo das regras de conduta estipuladas pelas leis vigentes na antiguidade. Pelo Código de Hamurabi (Babilônia), o empreiteiro de uma obra, além de ser obrigado a reparar os danos causados, recebia a pena capital (morte), caso o desabamento vitimasse o chefe da família. Na hipótese de falecimento do filho do dono da obra, o filho do empreiteiro também seria condenado à morte. Por sua vez, o



cirurgião que, ao operar alguém, lhe causasse a morte por imperícia, era obrigado a reparar, com indenização pecuniária, além da aplicação da pena capital. Pelas leis indianas (Código de Manu), quem adulterasse gêneros alimentícios era punido com multa pecuniária.

A teoria da reparação de danos sofreu uma significativa mudança de paradigma a partir do final do século XX. O fundamento da responsabilidade civil que se situava no enfoque da culpa, transferiu-se para a noção de dano.

A responsabilidade civil manifesta-se sob duas espécies distintas: objetiva ou subjetiva. Subjetiva, quando encontrar sua justificativa na culpa ou dolo, por ação ou omissão, lesiva a determinada pessoa. Para que haja o dever de indenizar deve-se provar, no mínimo, a culpa (negligência, imprudência ou imperícia) do agente causador do dano. A responsabilidade também pode ser objetiva, se fundada na teoria do risco, que independe da existência de culpa para que surja o dever de reparar o evento danoso, bastando a assunção volitiva de determinado risco em razão do exercício de uma atividade econômica.

A tendência da sociedade moderna consiste em cada vez mais ampliar as hipóteses de responsabilidade, no qual torna o sujeito responsável por riscos ou perigos decorrentes de sua atividade econômica, ainda que coloque toda diligência e cuidado para que o dano não ocorra. E nas atividades econômicas de hospedagem e comércio de alimentação preparada, a situação não é diferente.

Há mais de duas décadas em vigor, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, aprovado pela Lei Federal 8.078, de 11 de setembro de 1990 introduziu novas formas de comportamento a serem seguidas por hotéis, bares, restaurantes e seus consumidores. Como não podia deixar de ser, a opção pela adoção da Teoria do Risco da Atividade foi consolidada, prevendo-se em lei, a responsabilização do fornecedor de produtos e serviços, apenas pelo simples fato de colocar determinado produto no mercado ou prestar serviços, ainda que não haja concorrido com culpa, por si ou através dos seus prepostos eleitos (empregados, gerentes, representantes, terceirizados etc.).

Aliado a isso, assentou-se o conceito de responsabilidade solidária entre produtores, fornecedores, intermediários e todos os agentes integrantes da cadeia de consumo, anteriores ao consumidor final. Sem embargo, o fato de que o fornecedor de produtos ou serviços permaneça com o encargo de provar em juízo que as alegações dos consumidores não procedem (inversão do ônus da prova)[1] revela uma possibilidade de que a equação entre empresa-consumidor fique desequilibrada em algumas situações da vida cotidiana, em detrimento da Justiça e de um tratamento isonômico no meio social.

Por assim dizer, caso mantenha algum vínculo ou indique o serviço ao seu hóspede, o hoteleiro pode ser responsável pelos danos, morais ou materiais, que lhes foram causados por um empregado de uma agência de viagens, assim como os restaurantes, bares e similares podem suportar o ônus de arcar com uma indenização pecuniária frente ao seu consumidor, em razão de dano à saúde, por haver encontrado um objeto estranho no interior de uma linguixa adquirida de um fabricante mal escolhido.

Entretanto, em certas questões que envolvem fornecedores de serviços turísticos, notadamente hospedagem e alimentação preparada, as polêmicas em torno de quem deve responder perante o consumidor estão muito longe de serem pacificadas. Ocorre que, a intensificação da industrialização; o fenômeno da concentração empresarial; o crescimento populacional; a forte delegação e “terceirização” na prestação de funções outrora tidas como típicas de Estado (Cooperativas; Organizações Sociais; Institutos de Segurança Pública; Guardas Municipais); a massificação dos mercados; a velocidade com que se pactuam contratos e a disseminação dos meios de comunicação multiplicam em ritmo acelerado as polêmicas que envolvem a identificação de um ponto ótimo, ou melhor, de um limite da responsabilização empresarial, com base na Teoria do Risco. Afinal, não se pode olvidar que o empreendimento de uma atividade econômica recorta-se em inúmeras etapas que já não são de fácil identificação.

No ramo de alimentos, a produção; o transporte; a recepção; a manipulação; o preparo; o estoque e a oferta, em si, das matérias primas alimentícias e alimentos preparados envolvem uma linha tênue que pode significar, ou não, a responsabilidade de um hotel, bar ou restaurante.

Como todo setor regulado da economia, a prestação de serviços de hospedagem ou a oferta de alimentação preparada e bebidas para consumo humano, impõe aos *players* nacionais, estrita obediência às rigorosas normas técnicas editadas pela Anvisa, assim como das descritas na Política Nacional de Turismo implantada pelo Ministério do Turismo, em cumprimento ao marco regulatório do turismo brasileiro, instituído pela Lei Federal 11.771, de 17 de setembro de 2008, comumente conhecida como “Lei Geral do Turismo”. Mais que isso, os empreendedores devem observar o emaranhado de regras de proteção ao trabalhador que pululam diariamente na Imprensa Oficial.

Certo é que o hospedeiro ou o “restauranteiro” somente poderiam ser responsabilizados por danos causados a consumidores se a causa do evento danoso dissesse respeito a fortuito interno. Explica-se melhor: se o fato gerador do dano guardar relação direta com o negócio empreendido, aí sim há que se falar na possibilidade de responsabilização do hotel, bar ou restaurante, posto que os seus administradores poderiam se cercar de todo o cuidado possível para que o dano não ocorresse ou que, embora ocorresse, de forma minimizada.

Por isso, não se pode conceber que em pleno século XXI, os estabelecimentos de hospedagem e alimentação preparada possam ser responsabilizados por condutas criminosas de meliantes, durante o furto de pertences, veículos, bagagem e bolsas de propriedade dos consumidores, quando o dever de prover a segurança pública cabe, constitucionalmente, ao Estado.

Como se o particular – hotel, restaurante, bar ou similar pudesse controlar as pessoas que ingressam em suas dependências e impedir roubos e furtos, quando integra o conhecimento médio de que, nem mesmo instituições bancárias, obrigadas à contratação de vigilância cadastrada, aprovada e capacitada pela Polícia Federal é capaz de tal proeza.

O Poder Judiciário (Superior Tribunal de Justiça) se manifestou no sentido de que resta configurado um caso fortuito externo, ou seja, imprevisível e extraordinário ao dever de cuidado que compete a um estabelecimento comercial: *“Direito civil. Assalto à mão armada no interior*

de hotel. Hipótese em que, durante a noite, os recepcionistas do estabelecimento foram rendidos pelos criminosos, que invadiram o quarto do autor e lhe roubaram jóias que portava consigo, para venda em feira de artesanato. Caso fortuito configurado (...) (REsp 841090/DF, julgado em 24/10/2006 e relatado pela Ministra NANCY ANDRIGHI, da Terceira Turma do STJ).

Nesta direção, a lei civil já resolve a situação, ao dispor que *“Cessa (...) a responsabilidade dos hospedeiros, se provarem que os fatos prejudiciais aos viajantes ou hóspedes não podiam ter sido evitados”* [2].

Situação diferente é o furto ou roubo causado por um dos representantes do grupo hoteleiro, restaurantes, bar ou similar. Também se diferencia da regra geral a hipótese de subtração de pertences depositados pelo consumidor sob a guarda e vigilância do estabelecimento. Tais problemas encontram solução na interpretação do texto posto no artigo 649, do Código Civil Brasileiro: *“Os hospedeiros responderão como depositários, assim como pelos furtos e roubos que perpetrarem as pessoas empregadas ou admitidas nos seus estabelecimentos”*.

De outro modo, não se pode pretender impor à livre iniciativa a manutenção, como obrigação “diabólica”, de um sistema de segurança “infalível” para preservar o patrimônio de sua clientela, diante da inexistência de lei específica [3].

Outro lado da moeda é se ter em conta que o perfil do consumidor dos dias atuais não pode ser comparado ao de trinta anos pretéritos, quando se iniciou o esboço do Código de Defesa do Consumidor. Por isso, a excludente de responsabilidade por culpa exclusiva da vítima [4], prevista no artigo 14 da lei pode e deve ser usada quando o consumidor vitimado sofrer um dano em razão de sua exclusiva conduta displicente, negligenciando quase de forma dolosa, o cuidado que deveria ter sobre a posse dos seus bens pessoais, a exemplo de “largar” o celular ou a bolsa de sua propriedade sobre a mesa de um restaurante enquanto se serve no *buffet* ou, deliberada e injustificadamente recusar a utilização de cofre ou guarda-volumes, oferecido gratuitamente pelo hotel ou restaurante.

Outra situação extremamente controvertida se situa na esfera de responsabilização do hotel, restaurante, bar ou similar pela existência de objetos estranhos [5] ocultos nas matérias-primas ou produtos fornecidos por terceiros, a exemplo de selos de PVC (plástico) integrados ao corpo cárneo de embutidos; insetos no interior de bebidas (leite, águas e sucos) comercializadas em embalagens hermeticamente fechadas (do tipo longa vida).

Em contrapartida, o que pouca gente sabe é que se hospedar ou tomar refeição em um estabelecimento, sem dispor de recursos para tanto, constitui conduta criminosa, passível de pena de detenção que pode variar de 15 (quinze) dias a 2 (dois) meses, além de multa [6], tampouco que os hospedeiros, ou fornecedores de pousada ou alimento são credores pignoratícios (penhor) *“sobre as bagagens, móveis, jóias ou dinheiro que os seus consumidores ou fregueses tiverem consigo nas respectivas casas ou estabelecimentos, pelas despesas ou consumo que aí tiverem feito”* [7], cabendo-lhe, por isso, o direito de retenção dos pertences em garantia do pagamento de dívida com a hospedagem ou o fornecimento de alimentação.

O caso dos pacotes de viagem são ainda mais curiosos e responsáveis por gerar insegurança jurídica e problemas de consumo em proporções geométricas. Explique-se: enquanto outros

produtos são comercializados em quantidades determinadas, a exemplo de papel higiênico (não se adquire apenas um rolo); comprimidos (não se compra um); iogurte (somente se acha uma bandeja) e certos serviços são ofertados em valores específicos (bandeirada do táxi; preço mínimo de telefonia), não há um consenso no Judiciário ou previsão em lei sobre a possibilidade de que os meios de hospedagem forneçam, com segurança, diárias mediante pacotes[8], em algumas épocas do ano, por conta de datas comemorativas (natal; réveillon; semana santa etc.). E nem se diga que o serviço de táxi se constitui em permissão pública e que, portanto, não teria que se submeter, isonomicamente, às agruras experimentadas por hotéis e similares. Sucede que a regra a ser aplicada à mesma hipótese — táxi e meios de hospedagem — é única, vale dizer, o que prevê o artigo 39, inciso I, da Lei 8.078/90[9].

Por assim dizer, a prática comercial consistente na oferta de pacotes de diárias, ou seja, de um número de diárias determinado, em razão de certos eventos especiais, configura-se costume mundialmente praticado[10] e, por isso, causa justificável, capaz de autorizar a prestação do serviço de hospedagem em quantidades pré-estabelecidas. Sem embargo, qual o prazo “razoável” para que um hóspede cancele a reserva “bloqueada” há mais de um mês e pleiteie a devolução dos valores pagos ou, até quando o hotel deve aguardar para que o hóspede “apareça” no hotel para iniciar a fruição da reserva anteriormente contratada (*no show*). Ou, ainda, qual seria o prazo razoável para que o hotel comunique ao hóspede que o pacote foi cancelado?[11]

Do quanto exposto, observa-se que, ao largo da trilha da responsabilidade civil objetiva, a comunidade brasileira pode e deve abrir o caminho da Justiça, zelando pelos valores constitucionais, o que passa pela garantia de que os meios produtivos do turismo sejam tratados com equilíbrio e isonomia[12], especialmente nos serviços de hospedagem e alimentação preparada, que cumprem uma importante finalidade social, de modo a viabilizar o desenvolvimento econômico e tecnológico[13].

Em verdade, hodiernamente, o turismo não prescinde de um marco regulatório transparente, capaz de atrair investimentos de grupos internacionais, amparados por um ambiente de favorável segurança jurídica[14]. Parece, assim, que a Teoria do Risco, diante de uma miríade de nuances que alcançam o fato social e, por conseguinte, as normas jurídicas a serem aplicadas em solução dos litígios consumeristas, deve ser naturalmente flexibilizada pelos intérpretes do Direito, evidenciados os julgadores, aos quais compete a difícil missão de propiciar a paz social.

[1] Lei 8.078/90. Art. 6º – São direitos básicos do consumidor: a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

[2] Artigo 650, da Lei 10.406/2002 (Código Civil Brasileiro).

[3] No ordenamento jurídico brasileiro, vigora o princípio da legalidade estrita, onde “(...) ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei” (artigo 5º, inciso II, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988).



[4] Outras hipóteses são: a) Que não colocou o produto no mercado de consumo b) Que, embora haja colocado o produto no mercado de consumo, o defeito inexiste.

[5] Recentemente, a Décima Oitava Câmara Cível do TJ/RJ, condenou, em 30/01/2012, ao julgar a Apelação Cível nº 0027543-19.2009.8.19.0208, um restaurante a indenizar, a título de danos morais, um consumidor que teve o seu aparelho dentário quebrado, causado por um corpo estranho sólido (porca metálica) presente na sua refeição. O evento foi considerado como acidente de consumo, que gerou transtornos além do razoável, capaz de abalar a tranquilidade psíquica do indivíduo, fixando R\$2.000,00 (dois mil reais), a título de verba compensatória.

[6] Artigo 176, do Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal Brasileiro)

[7] Artigo 1.467, da Lei 10.406/2002 (Código Civil Brasileiro)

[8] Apesar do artigo 28, da Lei Geral do Turismo (Lei Federal nº 11.771/2008) instituir o conceito de pacotes de viagem: “(...) *pacote de viagem: itinerário realizado em âmbito municipal, intermunicipal, interestadual ou internacional que incluam, além do transporte, outros serviços turísticos como hospedagem, visita a locais turísticos, alimentação e outros*”.

[9] Lei 8.078/90. Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: I -condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos;

[1] Lei 8.078/90. Art. 7º Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.

[11] De acordo com o artigo 8º, do Regulamento Geral dos Meios de Hospedagem, aprovado pela Deliberação Normativa EMBRATUR nº 433, de 30/12/2002: “Os contratos para reserva de acomodações e hospedagem deverão ser sempre consubstanciados por documentos escritos, constituídos de: I - no caso de reserva de acomodações: troca de correspondências (inclusive via fax e Internet) entre os responsáveis pelo meio de hospedagem, ou seus prepostos, e o hóspede, ou agente de turismo contratante”.

[12] Lei 8.078/90. Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

[13] De acordo com dados de um estudo realizado pelo IBGE, de 2003 a 2009, o setor de turismo gerou R\$ 103,7 bilhões e aumentou sua participação no PIB (Produto Interno Bruto)

para 3,7%. Segundo o IBGE, as contribuições mais expressivas para o aumento da participação do turismo na economia foram dos serviços de alimentação, com R\$ 38,8 bilhões; das atividades recreativas, culturais e desportivas, com R\$ 18,6 bilhões; e do transporte rodoviário, com R\$ 18 bilhões. O estudo mostrou também que, em 2009, as atividades características do turismo pagaram R\$ 48,8 bilhões em salários e outras remunerações. Isso equivale a 4,8% do total do setor de serviços e 3,5% da economia brasileira. Alimentação, atividades recreativas e o transporte rodoviário respondem pela maior participação nas remunerações das atividades do setor com uma contribuição de R\$ 103,7 bilhões para o valor adicionado (www.turismo.gov.br/turismo/noticias/todas_noticias/20121010-2.html).

[14] Hotéis e similares sofrem, na última década, assimetrias regulatórias impactantes na concorrência do mercado, na medida em que se percebe a permissão da atuação de novos players (ou *free riders*), submetidos a condições diferenciadas para licenciamento e tributação, a exemplo de condomínios hoteleiros; *flats* e navios-hotéis, estes em condição ainda mais favorável, diante de políticas públicas que objetivam modernizar a infraestrutura portuária para incentivo ao turismo náutico.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2013-jan-11/ricardo-ferreira-protecao-consumidor-compativel-turismo/>