

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Pinto Nieto, Marcos
Manual de direito aplicado ao turismo / Marcos Pinto Nieto. –
Campinas, SP : Papirus, 2001. – (Coleção Turismo)

Bibliografia.
ISBN 85-308-0629-8

1. Turismo – Leis e legislação I. Título. II. Série.

01-1146

CDD-34:379.85(094)

Índices para catálogo sistemático:

1. Turismo : Leis : Direito 34:379.85(094)

3
PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS
DO DIREITO APLICADO AO TURISMO

Generalidades

Como já afirmado no capítulo anterior, a Constituição é a maior lei de um país, de forma que se deve verificar o que fala a Constituição sobre o turismo e, assim, passar-se a definir os princípios constitucionais do direito aplicado ao turismo, verdadeiros norteadores de toda a disciplina jurídica aplicada ao turismo, nenhuma outra lei podendo lhes contrariar.

Afirma José Cretella Júnior:

Relevante fonte de divisas para o país, bem como fator importante para indústria, comércio, atividades hoteleiras, novos empregos, o turismo recebe no Brasil, pela primeira vez, distinto tratamento constitucional, mas sem sanção e, pois, de importância relativa, verdadeira letra morta, norma programática de mera recomendação, sem maior repercussão, que “aconselha” as pessoas jurídicas públicas políticas, das várias esferas, à promoção e ao incentivo do turismo. Dotado pela natureza dos mais

variados e impressionantes recursos naturais, irrealizáveis em todo o mundo, o Brasil apresenta: (a) praias belas e utilizáveis em todo litoral, de Norte a Sul, a baía da Guanabara, que supera a de Nápoles, (b) a zona do Pantanal de Mato Grosso, reserva típica de fauna inesgotável, de espécies raras em vias de extinção, (c) as Cataratas de Foz do Iguaçu, com dezenas de altas quedas-d'água dos dois lados do rio, superando de longe as famosas Niagara Falls, com apenas duas quedas, de um só lado, o Véu de Noiva, menor, e a Ferradura, bem maior, (d) águas minerais e térmicas de todo tipo, para todos os males, como as de Caxambu, Lindóia, da Prata, de São Pedro, de Poá, (e) festas típicas, como o carnaval do Rio de Janeiro, as procissões do Círio de Nazaré, em Belém do Pará, os desfiles e candomblés da Bahia, tudo isso mereceria perfeita infraestrutura de boas estradas, de rede hoteleira, pousadas, restaurantes, festivais, distrações e conforto. (1988, p. 4162)

As agências de turismo deveriam constar do texto constitucional, com lei ordinária a complementá-lo, mediante incentivos fiscais como os dados às empresas de pequeno porte e às microempresas. O artigo 24, VII da Constituição, entretanto, deixa de mencionar a promoção e o incentivo ao turismo, aludindo, porém, à proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, TURÍSTICO, paisagístico; o item VI alude às florestas, à caça, à pesca, à fauna, à conservação da natureza, aos recursos naturais, à proteção ao meio ambiente. Todos esses itens interessam ao turismo.

De fato, em parte, merece acolhida a reclamação do autor, pois, se nossa Constituição, em um sentido, merece aplauso, por ter sido a primeira que mencionou o termo Turismo expressamente, já em outro sentido foi extremamente genérica, em nada se aprofundando com relação a essa atividade.

A menção do termo Turismo em nossa Constituição se dá no artigo 180, que prescreve: "A União, os Estados, o Distrito Federal e os

Municípios promoverão e incentivarão o turismo como fator de desenvolvimento social e econômico". Nosso legislador constituinte inseriu o artigo que trata do turismo no capítulo da Constituição que versa sobre os princípios gerais da atividade econômica, destacando, assim, o turismo como atividade econômica vital para o desenvolvimento da nação. E isso porque a atividade econômica, segundo nossa Carta Magna, está fundada na livre iniciativa, tendo como princípio, dentre outros, o da livre concorrência. Dessa forma, a atividade econômica do turismo deve ser entendida como de iniciativa privada, não pública, sujeita ao regime da concorrência, afastando o entendimento de que o Estado é que deve exercer tal atividade.

Portanto, deve-se entender, de início, que são as empresas privadas que têm a função de praticar as atividades turísticas, cabendo ao Estado o papel da promoção e do incentivo ao turismo, mas não sua operação. Efetivamente, a localização no texto constitucional deveu-se mais ao fato de o legislador de 1988 ter considerado a atividade de pouca importância do que ao intuito de criar estrategicamente esse panorama. De fato, ao analisar a nossa atual Constituição Federal, nota-se que as atividades consideradas à época importantes, do ponto de vista estratégico ou econômico, foram definidas como atividades puramente estatais, não se permitindo a entrada da iniciativa privada, como são exemplos a refinação de petróleo, a importação e a exportação dos produtos e derivados básicos do petróleo, dentre outras. De qualquer forma, poder-se-ia considerar condizente com a tendência mundial a disposição de que o turismo é atividade de iniciativa privada, cabendo ao Estado a promoção e o incentivo como fator de desenvolvimento social e econômico. Convém, assim, certo aprofundamento quanto ao entendimento sobre promoção e incentivo, assim como sobre desenvolvimento social e econômico.

Princípio da promoção do turismo

Promover uma atividade significa dar impulso a ela, fazê-la avançar, diligenciar para que ela se realize e não propriamente executá-la. Sendo assim, o papel do Estado na atividade do turismo vem a ser o de criar condições para que ela cresça, prospere, acompanhando sua evolução, detectando suas necessidades e propiciando meios para que ela se realize dentro de um constante aprimoramento.

É natural que, dentro desse panorama promocional, urge a necessidade de ação fiscalizadora pelo Estado, não só com o intuito de checar até que ponto os meios criados para assegurar a realização da atividade do turismo estarão realmente sendo utilizados e necessários, mas também com o objetivo de atualizar referidos mecanismos, dado o dinamismo da atividade em si. O que se quer dizer é que o Estado deve ter estrutura de fiscalização para diligenciar o exercício da atividade assegurando o cumprimento de seu objetivo, qual seja, o desenvolvimento social e econômico.

Princípio do incentivo ao turismo

Incentivar é basicamente estimular. Portanto, a Constituição, ao dizer que cabe ao Estado incentivar o turismo, dá a mensagem de que o Estado deve propiciar meios para incentivar essa atividade, como a título de exemplos, a redução da carga tributária das empresas que explorem a atividade turística, a concessão de linhas de créditos para facilitar os investimentos no setor, o treinamento profissional, a criação de pólos turísticos e outros.

Uma vez mais, cabe enfatizar que não é papel do Estado a realização da atividade turística, mas a promoção e o incentivo dos negócios, e aí, também, faz-se necessária a fiscalização como forma de

confirmar se os estímulos destinados especificamente ao desenvolvimento do ramo turístico estão realmente sendo utilizados com tal finalidade.

É nessa órbita que nosso país mais demonstra a condição de subdesenvolvimento. Dada a escassez de recursos básicos para atender com a mínima dignidade o brasileiro, é natural que o Estado acabe tendo prioridades maiores do que o desenvolvimento do turismo. Antes disso, urge dar condições ao cidadão para que ele tenha atendimento na área da saúde, que receba educação, moradia etc. Daí que os recursos para o incentivo ao turismo notadamente tornem-se escassos.

Porém, os limitados recursos que sobram para a atividade turística devem ser utilizados, enfatizamos, para o incentivo à atividade e não para a sua execução. Já não se pode tolerar que o Estado execute as atividades turísticas, como até bem pouco tempo atrás fazia, sendo proprietário inclusive de hotéis. A função estatal deve ser outra.

Princípio do desenvolvimento do turismo

O artigo 180 da Constituição Federal estabelece à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios promover e incentivar o turismo, porém, não prescreve nenhuma sanção àquele ente político que não o fizer. Logicamente, se o Estado criar dificuldades a quem desejar investir no turismo e, portanto, infringir o referido artigo, caberá a ação judicial específica para anular o ato criador da dificuldade, podendo-se entender que a sanção, no caso em tela, seria a decretação do ato como sendo nulo, com a conseqüente permissão ao investimento para aquele empreendedor prejudicado. No entanto, da forma como está prescrito esse enunciado em nossa Constituição, o artigo em estudo tem a potencialidade de virar letra morta da lei.

De fato, teria sido mais sábio nosso constituinte se previsse a exigência ao Congresso Nacional para a elaboração de lei ordinária que disciplinasse a forma na qual seria promovido e incentivado o turismo, impondo sanções ao Poder Público que não a cumprisse. Poderíamos ter na lei em questão um completo código do turismo, como já existe em alguns países, que regulamentasse desde a política de incentivos fiscais às empresas de turismo, passando pela previsão de criação de infraestrutura de estradas, até a prescrição dos direitos dos turistas em suas relações jurídicas mantidas com agências, hotéis, companhias aéreas etc., e mesmo das empresas de turismo relacionando-se entre si.

Não que se queira desconsiderar o Código de Defesa do Consumidor, que em muito contribuiu para o estabelecimento de regras entre o turista na condição de consumidor final e a empresa turística na qualidade de fornecedora do serviço, mas, se o referido código cobre uma série de situações, não cobre sua totalidade. E com isso o turista, hoje, acaba ficando desprotegido em vários aspectos. Dessa forma, ficamos à mercê da boa vontade de nossos legisladores, para que regulamentem o turismo no país, e dos prefeitos e governadores, principalmente, para que tomem ações positivas no sentido de desenvolver a atividade turística.

Já vimos que o Estado, em sua precípua missão de atingir o bem comum, apresenta-se como poder central a que chamamos União, esta, por sua vez, divide-se em estados e um distrito federal e os estados se dividem em municípios, cada uma dessas unidades atua dentro do limite de suas competências. Nossa Constituição prescreveu no referido artigo que todos os entes que compõem o Estado (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) poderão e deverão promover e incentivar o turismo, definindo uma condição, qual seja, desde que seja fator de desenvolvimento social e econômico. A condição refere-se a desenvolvimento, de forma que não pode o ente estatal promover o turismo como mera recreação de alguns privilegiados.

Assim, todos os entes políticos que compõem o Estado têm o que chamamos poder/dever de promover e incentivar o turismo. Poder/dever significa que o Estado tem o poder, ou seja, tem a faculdade, autorização, autoridade, competência e, ao mesmo tempo, o dever, no sentido de estar obrigado, de ter a tarefa, de estar incumbido. Do que se abstrai que não somente o Estado pode, mas principalmente deve, incentivar e promover o turismo.

O fator de desenvolvimento econômico e social pode ser entendido como o chamado desenvolvimento sustentável (*sustainable development*).

O conceito de desenvolvimento sustentável surgiu, pela primeira vez, na Conferência Mundial de Meio Ambiente, realizada em 1972, em Estocolmo, que ficou conhecida como “Declaração de Estocolmo”, tendo sido repetido nas demais conferências sobre o meio ambiente e podendo ser entendido como o desenvolvimento que atende às necessidades do presente sem comprometer a capacidade de futuras gerações de atenderem a suas próprias necessidades.

A própria Constituição Federal dispôs em seu artigo 225, que trata do meio ambiente:

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.

Comenta Ronaldo Mota Sardenberg:

A implementação do conceito de desenvolvimento sustentável, conforme definido durante a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, realizada no Rio de Janeiro, em 1992, pressupõe a convergência de objetivos das políticas de desenvolvimento econômico, social, cultural e de proteção ambiental. (*Folha de S. Paulo*, Caderno 1, p. 3, 24/04/95)

A busca e a conquista de um “ponto de equilíbrio” entre desenvolvimento social, crescimento econômico e utilização dos recursos naturais exigem um adequado planejamento territorial, que leve em conta os limites da sustentabilidade. O critério do desenvolvimento sustentável deve valer tanto para o território nacional na sua totalidade, áreas urbanas e rurais, como para a sociedade, para o povo, respeitadas as necessidades culturais e criativas do país. Donde se pode concluir que cabe ao Poder Público, quando implementar ações que visem desenvolver o turismo naquela região, observar as premissas estabelecidas pelo conceito de desenvolvimento sustentável.

Acrescenta Celso Antônio Pacheco Fiorillo:

Numa sociedade desregrada, à deriva de parâmetros limitadores da livre concorrência e livre iniciativa, o caminho inexorável para o caos ambiental é uma certeza. Essa situação, não restam dúvidas, também é indesejada pelos próprios responsáveis pelo “crescimento” da economia. (1999, p. 118)

Enfim, aquele ente político, União, Estado, Distrito Federal ou Município, que tiver intenção de promover e incentivar o turismo, poderá fazê-lo, mas desde que o faça para propiciar desenvolvimento social e econômico. Normalmente, o desenvolvimento econômico carrega consigo o desenvolvimento social e, sendo assim, ao incentivar ou promover o turismo objetivando desenvolver economicamente a região, com a criação de novos empregos, o incremento do comércio, das atividades hoteleiras e da indústria, automaticamente estar-se-á atingindo um desenvolvimento social.

O que se percebe neste mundo cada vez mais globalizado, em que nosso país figura como um dos que apresenta as maiores belezas naturais, é o fato de qualquer ato administrativo que incentive o turismo acabar aumentando nossas divisas, por propiciar um aumento do fluxo de turistas

do exterior principalmente. Assim, qualquer que seja a contribuição do Estado, e pode-se tê-la na formulação de política de incentivos como empréstimos a juros internacionais, na adequação da carga tributária à atividade eliminando os tributos em cascata, na divulgação dos atrativos turísticos nos principais centros de origem de turistas, no treinamento do empresariado acerca da própria administração de negócios e da busca pela qualidade, ela sempre proporcionará desenvolvimento econômico para a região, no sentido de criar ou mesmo incrementar o fluxo de turistas, sendo esse, efetivamente, o mandamento constitucional.

Princípio da proteção ao patrimônio turístico

O Estado como nação politicamente organizada é soberano e exerce poderes soberanos sobre todas as coisas que se encontram em seu território. Há bens que pertencem efetivamente ao próprio Estado, como o conjunto de prédios que compõem o Congresso Nacional, outros que, embora pertencentes a particulares, ficam sujeitos às limitações administrativas impostas pelo Estado, e aqui teríamos como exemplo as propriedades tombadas pelo Poder Público e outras que não pertencem a ninguém, por serem juridicamente inapropriáveis como a água, as florestas, a fauna, as jazidas, o espaço aéreo e os bens que interessam ao patrimônio histórico e artístico nacional, mas sua utilização subordina-se às normas estabelecidas pelo Estado. A esse conjunto de bens denominamos domínio público. Afirma Hely Lopes Meirelles:

O domínio público em sentido amplo é o poder de dominação ou de regulamentação que o Estado exerce sobre os bens de seu patrimônio (bens públicos), ou sobre os bens do patrimônio privado (bens particulares de interesse público), ou sobre as coisas inapropriáveis individualmente, mas de fruição geral da coletividade (*res nullius*). (*Ibidem*, p. 428)

Sendo assim, o domínio público é exteriorizado pelo domínio eminente, entendido como aquele incidente sobre todas as coisas de interesse público e pelo domínio patrimonial, que só incide sobre os bens pertencentes às entidades públicas. No dizer de Basavilbaso:

O domínio eminente não constitui um direito de propriedade; é o poder que o Estado exerce potencialmente sobre as pessoas e os bens que se encontram no seu território. Tem-se dito que esse poder não admite restrições. Todavia, o absoluto dessa potestas está condicionado à ordem jurídico-constitucional e aos princípios, direitos e garantias da Lei Fundamental. (1952, p. 13)

Já vimos que o poder regulamentar do Estado é exercido não só sobre os bens de seu domínio patrimonial como, também, sobre as coisas e locais particulares e de interesse público e que se consolidam no chamado patrimônio público. Dada a amplitude do conceito de patrimônio público, pode-se realizar uma divisão do gênero em algumas espécies. Porém, para a criação de qualquer classificação, é imperativo que se defina o critério de acordo com o qual ela será realizada. Daí, tendo como critério classificatório as características do bem segundo a natureza de sua representação para a sociedade, pode-se ter a seguinte divisão: a) patrimônio histórico que engloba os bens de valor histórico, dentre os quais podemos mencionar os museus históricos públicos, os monumentos, os pórticos e outros; b) patrimônio cultural, que abrange, citando apenas alguns, os teatros públicos, salões e museus de artes, manifestações populares como o carnaval, a festa do boi-bumbá etc.; c) patrimônio artístico, onde se alocam esculturas, estátuas, quadros, as obras de Aleijadinho, monumentos etc.

Ao aprofundar o conhecimento acerca do instituto do patrimônio histórico e artístico nacional, o ordenamento jurídico nos ampara, pois a

Constituição Federal assegura sua proteção no artigo 23 e a legislação infraconstitucional os conceitua no artigo 1º do decreto-lei 25/37 que diz:

Art. 1º - Constitui o patrimônio histórico e artístico nacional o conjunto dos bens móveis e imóveis existentes no país e cuja conservação seja de interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico.

§ 1º Os bens a que se refere o presente artigo só serão considerados parte integrante do patrimônio histórico e artístico brasileiro depois de inscritos separada ou agrupadamente num dos quatro livros do Tombo, de que trata o art. 4º desta lei.

§ 2º Equiparam-se aos bens a que se refere o presente artigo e são também sujeitos a tombamento os monumentos naturais, bem como os sítios e paisagens que importe conservar e proteger pela feição notável com que tenham sido dotados pela natureza ou agenciados pela indústria humana.

No entanto, referida classificação não atende ao objetivo do estudo do direito aplicado ao turismo. Não conduz a entendimento do que vem a ser patrimônio turístico e, sendo assim, cabe à doutrina a missão de conceituá-lo. Por patrimônio turístico deve-se entender, no dizer de José Cretella Júnior, “o conjunto de bens móveis (quadros, esculturas, monumentos, mobiliário, armas, jóias, documentos, livros raros, fotografias) e imóveis (edifícios, terrenos), acidentes geográficos – rios, mares, montes, cascatas –, fenômenos da natureza – encontro de águas, pororocas, fontes térmicas – e paisagens da natureza” (*ibidem*, vol. IV, p. 1798).

A definição é elucidativa, porém, não apresenta critério científico que conduza à essência do objeto. Joandre Antônio Ferraz define: “Entende-se por patrimônio turístico o conjunto de bens naturais e culturais que, por suas características intrínsecas, possuem atratividade

para a visitação” (1992, p. 49). Já essa definição apresenta o critério diferenciador do patrimônio turístico com relação ao patrimônio público em geral, a atratividade para a visitação. O patrimônio turístico não estaria, assim, englobado como espécie dentro da classificação enunciada acima, pois o critério classificatório não teria levado em conta a eventual atratividade na visitação. De fato, não se pode alegar ser determinada classificação falsa ou verdadeira, mas, sim, funcional ou não funcional. Para o entendimento do que vem a ser o patrimônio turístico, deve-se proceder a outra classificação, funcional ao seu objetivo. Dessa forma, pode-se dividir o patrimônio público segundo o critério de estímulo que o bem exerce quanto a sua visitação. Tem-se, conseqüentemente, os bens que exercem tal estímulo e os que não o exercem. Aqueles que têm a força de atrair pessoas a sua visitação enquadram-se na categoria de patrimônio turístico. Com isso, pode-se ter um mesmo bem patrimonial público considerado histórico, e ao mesmo tempo, turístico, pois poderá ser classificado segundo mais do que um critério. Na prática, os bens históricos, artísticos, paisagísticos têm tendência natural de atração turística, o que faz com que referidos bens sejam também enquadrados no rol patrimonial turístico, porém, não necessariamente ocorrerá tal fato.

Uma vez conceituado o termo patrimônio turístico, convém localizá-lo em nossa Carta Magna. O artigo 24, inciso VII da Constituição Federal prescreve: “Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: VII - proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico”.

Pode-se entender que o patrimônio público está dividido entre os entes políticos, quais sejam, a União, os Estados e o Distrito Federal. Sendo assim, à primeira vista, exceto o Município, todos os demais entes

políticos do Estado podem elaborar leis que protejam o patrimônio público, no entanto, uma análise mais acurada revela que, em se tratando de interesse local do município, haverá também competência municipal para tal. Tem-se aqui mais um princípio constitucional do turismo como sendo a regra que obriga os entes políticos a proteger o patrimônio turístico e promover o turismo, pois a proteção do patrimônio turístico se faz por leis que estabeleçam as medidas necessárias a manter e realçar os aspectos mais valiosos ou característicos desse patrimônio, conseqüentemente promovendo-o e atraindo o turista.

Princípio da responsabilidade por danos a bens e direitos de valor turístico

O mesmo artigo 24, em seu inciso VII, prescreve competir à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre “responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico”. Por um lado, podemos entender que esse princípio reforça o princípio da proteção ao patrimônio turístico. Alguns poderiam até afirmar que se trata de redundância legal, pois não há como proteger sem responsabilizar. Outros argumentariam que esse princípio estaria englobado no princípio que prevê a proteção ao patrimônio turístico, pois a proteção poderia ser alcançada criando-se mecanismos legais que motivassem aquele que protege ou que desmotivasse aquele que causa danos, responsabilizando-o pelo prejuízo causado. O fato é que, qualquer que seja a corrente de interpretação, devemos aceitar a existência do princípio da responsabilidade por danos causados ao patrimônio turístico.

Princípio do direito ao lazer

Por último, temos o artigo 6º da Constituição Federal, que estabelece: “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, ...”.

Comenta Celso Bastos:

Ao lado dos direitos individuais, que têm por característica fundamental a imposição de um não fazer ou abster-se do Estado, as modernas Constituições impõem aos Poderes Públicos a prestação de diversas atividades, visando ao bem-estar e ao pleno desenvolvimento da personalidade humana, sobretudo em momentos em que ela se mostra mais carente de recursos e tem menos possibilidade de conquistá-los pelo seu trabalho. (1998, p. 259)

Assim, cabe ao Estado propiciar lazer a seus cidadãos. E o lazer, entendido como tempo disponível, descanso, folga, está diretamente ligado ao turismo no sentido de que fazer turismo é forma de lazer. Assim, é direito constitucional de todos o lazer, cabendo ao Estado proporcionar os meios para que todos possam desfrutá-lo, principalmente pelo desenvolvimento do turismo.