



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

Aryadne Bezerra Porciuncula

O direito de acesso do consumidor a estabelecimentos comerciais:
a seleção de clientes por casas noturnas

Brasília
2011

Aryadne Bezerra Porciuncula

O direito de acesso do consumidor a estabelecimentos comerciais:
a seleção de clientes por casas noturnas

Monografia apresentada à Universidade
de Brasília como requisito parcial para a
obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientador: Professor Doutor Wellerson Miranda Pereira

Brasília
2011

A candidata foi considerada pela banca examinadora
com média final igual a (.....)

Professor Doutor Wellerson Miranda Pereira
Orientador

Professor Doutor Leonardo Roscoe Bessa
Membro

Professor Mestrando Fernando José Gonçalves Acunha
Membro

Brasília, de de 2011.

Agradecimentos

Agradeço, primeiramente, a Deus por mais uma vitória.

Ao meu orientador, Professor Wellerson Miranda Pereira, pela disponibilidade, atenção e esforço em me ajudar a compor este trabalho.

Aos professores membros da banca, pelo aceite tão gentil de participar deste momento tão importante na minha vida acadêmica.

Aos meus pais, pelo amor incondicional e pela ajuda, da minha mãe, com o apoio paciente e diário, e, do meu pai, com as pesquisas. As minhas vitórias são suas vitórias.

Às minhas amadas irmãs, Lorryne e Marjorye, por torcerem pelo meu sucesso. Em especial à minha irmã Lorryne, que fez despertar em mim a idéia de tratar desse tema.

Ao Pedro, pelo amor, paciência e compreensão.

A todos os meus amigos, principalmente, à Daniela, Danyla e Laiana, por tornarem essa jornada da graduação mais especial.

“A ciência e a consciência sobre a coletivização dos direitos, sobre a necessidade de adequação dos modelos legislativos às modificações de comportamento social, sobre a pluralização das causas de danos sociais relevantes, sobre a impotência do consumidor em face do avanço dos modos de contratar se deram através da experiência histórica do homem contemporâneo na vivência com as ambiguidades de um sistema econômico moldado para o consumo, porém em detrimento do consumidor. Em síntese, foi pela dor e pelo dano que se conheceram os limites entre o justo e o injusto na relação bilateral de contratação consumista”.

Eduardo C. B. Bittar

Resumo:

O trabalho pretende demonstrar que os consumidores tem garantido o direito de acesso aos estabelecimentos comerciais como instrumento para a obtenção da prestação de serviços e para a aquisição de produtos. Ele decorre da proteção legal do consumidor tanto nos diplomas legais de natureza essencialmente consumerista como naqueles com efeitos reflexos, com supedâneo nos direitos e princípios constitucionais da defesa do consumidor, da igualdade e da liberdade. Ao fornecedor que viola o direito de acesso, impedindo de forma injustificada a entrada de consumidores em estabelecimentos comerciais, são aplicáveis sanções de ordem administrativa, civil e penal. É uma denúncia da prática crescente, principalmente dentre casas noturnas, de selecionar clientes, impedindo o acesso de outros, e da necessidade de atuação dos órgãos do sistema nacional de defesa do consumidor na fiscalização, na aplicação de sanções e, sobretudo, na conscientização dos consumidores sobre seus direitos para se evitar e repreender tais práticas.

Palavras-chave:

Direito do consumidor. Estabelecimento comercial. Direito de acesso. Direito à igualdade. Direito à liberdade. Obrigação de contratar. Fornecedor. Impedimento de entrada. Recusa de fornecimento. Violação do direito de acesso. Sanções administrativas. Sanções civis. Sanções penais.

Abstract:

The work aims to demonstrate that consumers have the right of access to commercial establishments as instrument to obtain services and purchase products. It stems from the legal protection of the consumer both in legal texts which are essentially consumerist and those with reflex effects, with footstool rights and constitutional principles of consumer protection, equality and freedom. Administrative, civil and criminal penalties applies to the supplier that violates the right of access, unjustifiably refusing the entry of consumers. It is an indictment of the growing practice, especially from nightclubs, selecting customers, refusing access of others, and the need of action of the organs of the national consumer protection in

supervising, applying penalizations and, above all, taking efforts to aware consumers about their rights to prevent such practices and rebuke.

Keywords:

Consumer rights. Commercial establishments. Night clubs. Clients selection. Right of access. Right to equality. Right to liberty. Obligation to hire. Refusal of admission. Refusal to supply. Violation of the right of access. Administrative penalties. Civil penalties. Criminal penalties.

Sumário

Introdução	9
------------------	---

Parte I

A base constitucional do direito de acesso do consumidor a estabelecimentos comerciais

A – Os direitos e princípios constitucionais invocados a favor do direito de acesso.....	14
1. A defesa do consumidor	14
2. A igualdade.....	15
3. A liberdade.....	17
B – Os direitos e princípios constitucionais invocados contra o direito de acesso.....	19
1. A livre iniciativa	19
2. A propriedade	20

Parte II

A base infraconstitucional do direito de acesso do consumidor a estabelecimentos comerciais

A – A proteção material do direito de acesso.....	23
1. A proteção específica do consumidor	23
1.1. A proteção do direito de acesso aos estabelecimentos comerciais como decorrência dos direitos básicos do consumidor	26
1.2. A proteção do direito de acesso do consumidor a estabelecimentos comerciais como decorrência da obrigação de contratar imposta ao fornecedor	31
1.3. A proteção do direito de acesso na previsão da recusa de fornecimento e de prestação de serviço como práticas infrativas – Decreto n. 2.181/97.....	38
1.4. A proteção do direito de acesso na previsão do favorecimento e preferência de comprador ou freguês como crime contra as relações de consumo – Lei n. 8.137/90	41
2. A proteção indireta do consumidor	45
2.1. A proteção do direito de acesso na previsão da recusa de fornecimento como infração à ordem econômica - Lei n. 8.884/94	46
2.2. A proteção do direito de acesso na previsão do crime de impedimento de acesso a estabelecimento comercial resultante de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional - Lei n. 7.716/89.....	49
B – Sanções à violação do direito de acesso.....	54
1. Sanções administrativas.....	54
2. Sanções civis.....	59

3. Sanções penais	62
Conclusão	65
Referências	70
Anexos	

Introdução

Observou-se como prática comum, na Argentina e na França, as casas noturnas selecionarem seus clientes, impedindo o acesso de consumidores com base em critérios pessoais, por exemplo, em razão do gênero, da aparência física, do estilo, das roupas, da cor da pele, da opção sexual, dentre outros.

Sob o fundamento de garantir um “bom ambiente” no estabelecimento comercial, os fornecedores, através de seus anfitriões, chamados de *doorman*, *bouncers*, *hostess* ou *patovica*, selecionam os clientes, impedindo o acesso daqueles que pretendem legitimamente obter seus serviços e adquirir seus produtos, mas estão fora do “padrão” estabelecido.

Diante de tais situações, cuja obtenção de respostas inspirou este trabalho, surgiu a seguinte indagação: tais práticas ocorrem no Brasil?

Em pesquisa feita em notícias e na limitada jurisprudência, verificou-se que sim. Os fornecedores impedem o acesso de consumidores a seus estabelecimentos comerciais com base em critérios discriminatórios, como se pode ver dos anexos.

Infelizmente, apesar de estar previsto no art. 44 do Código de Defesa do Consumidor - CDC, que os “órgãos públicos de defesa do consumidor manterão cadastros atualizados de reclamações fundamentadas contra fornecedores de produtos e serviços, devendo divulgá-lo pública e anualmente”, muitos Procons municipais ainda não divulgam essa lista e quando divulgam é de forma muito genérica. Por isso não foi possível confirmar nos órgãos oficiais do sistema nacional de defesa do consumidor a existência de tais práticas, pois não foi encontrado nenhum processo administrativo com esse objeto.

Porém, o fato de não ter sido publicada nenhuma reclamação não lhe diminui a importância. Pelo contrário, é algo a mais para nos preocuparmos, pois se existem diversas denúncias informais de que essas práticas ocorrem e não conseguimos encontrar uma reclamação fundamentada sequer, há alguma falha no sistema.

De fato, os fornecedores, orientados pela livre iniciativa, que traduz a “liberdade individual no plano da produção, circulação e distribuição de riquezas, significando a síntese da liberdade de ação e escolha”¹, acreditam que, por serem os proprietários dos estabelecimentos comerciais, têm o direito de escolher quem deixam ou não entrar.

Observado que tais práticas ocorrem, o objetivo deste trabalho é analisar se, na legislação brasileira, o consumidor tem garantido o direito de acesso aos estabelecimentos comerciais ou se o fornecedor é livre para impedir a sua entrada.

Secundariamente, o objetivo é denunciar a ocorrência cada vez mais comum dessas práticas e evidenciar a necessidade da atuação dos órgãos do sistema nacional de defesa do consumidor para sua coibição, por meio da fiscalização, da aplicação das sanções cabíveis e, sobretudo, da conscientização dos consumidores sobre seus direitos.

Reconhecendo a importância dessa conscientização de direitos, na Argentina, por exemplo, foi feita uma campanha específica, pelo Instituto Nacional contra a Discriminação, a Xenofobia e o Racismo (INADI), contra a discriminação na entrada de boates. Com o slogan: “La discriminación mata. Que no te cierren la puerta en la cara.” (Em tradução livre: A discriminação mata. Que não te fechem a porta na cara.), o objetivo era conscientizar os jovens sobre seus direitos, a inconstitucionalidade dos atos discriminatórios e a maneira de denunciá-los.

O assunto envolve muitas questões sensíveis, o tratamento especial a uma parte da clientela, conhecido como tratamento *VIP*, a cobrança diferenciada para homens e mulheres, a exigência de um estilo de roupa por parte dos fornecedores, entre inúmeras outras. Embora o caso das boates tenha sido a inspiração deste trabalho, a análise não se limitará a esse tipo de estabelecimento comercial.

O tema pressupõe o conhecimento de alguns conceitos: de consumidor, de fornecedor e de estabelecimento comercial.

¹ (Gaban, 2009, p. 77)

Consumidor não é só aquele que efetivamente “adquire ou utiliza produto ou serviço”, como prevê o art. 2º do Código de Defesa do Consumidor, mas todos aqueles que podem sofrer com as práticas comerciais são considerados consumidores, ainda que em potencial.

Por equiparação, são incluídas como consumidoras a coletividade (art. 2º, parágrafo único, do CDC), as vítimas do evento (art. 17 do CDC) e as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas comerciais da oferta, de contratos de adesão, de publicidade, de cobrança de dívidas e de banco de dados (art. 29 do CDC).

O conceito de fornecedor está previsto no art. 3º do CDC. É toda “pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”².

Estabelecimento comercial é o “lugar onde se exerce atividades de comércio, como compra e venda de bens e prestação de serviços”³. Ou seja, é o local aberto ao público no qual o fornecedor vende e expõe seus bens e/ou presta seus serviços.

Assim, quando se fala em um possível direito de acesso do consumidor a estabelecimentos comerciais quer-se dizer o direito de acesso físico ao estabelecimento comercial como necessário para a garantia do direito ao consumo, ou seja, como meio para a obtenção da prestação de serviço ou aquisição de produto.

Para analisarmos a existência do direito de acesso do consumidor a estabelecimentos comerciais, na *primeira parte*, trataremos da base constitucional, apresentando os principais direitos e princípios invocáveis a favor do direito de acesso e contra o direito de acesso.

Na *segunda parte*, passaremos para o exame da legislação infraconstitucional.

² (Brasil, 1990)

³ (Nucci, 2010, p. 316)

Antes, trataremos da proteção material do direito do consumidor, oportunidade em que analisaremos os diplomas legais de natureza essencialmente consumerista, passando pelo Código de Defesa do Consumidor, o Decreto n. 2.181/87 e a Lei n. 8.137/90.

E, depois, dos diplomas com reflexos no direito do consumidor que a doutrina indica estarem relacionados com o direito de acesso, quais sejam, a Lei n. 8.884/94 e a Lei n. 7.716/89.

Por último, trataremos das possíveis sanções aplicáveis em caso de violação do direito de acesso, de ordem administrativa, civil e penal.

Parte I

A base constitucional do direito de acesso do consumidor a estabelecimentos comerciais

A Constituição, como se sabe, é a lei máxima e fundamental no Estado Democrático de Direito⁴. São as normas constitucionais que dirigem a interpretação e a aplicação de todo o sistema jurídico, que é hierarquicamente organizado.

Assim, para verificarmos se o consumidor tem o direito de acesso aos estabelecimentos comerciais, começaremos pela análise das regras e princípios previstos na Constituição Federal de 1988.

O conceito de regra e princípio é bem debatido na doutrina. Não cabe, aqui, fazermos uma análise mais aprofundada de suas definições, todas são, *a priori*, criticáveis. Para efeitos deste trabalho, no entanto, admitiremos que:

i) regras são “normas que, verificados determinados pressupostos, exigem, proíbem ou permitem algo em termos definitivos”⁵; e

ii) princípios são “normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. Os princípios não proíbem, permitem ou exigem algo em termos de tudo ou nada; impõem a otimização de um direito ou de um bem jurídico, tendo em conta a reserva do possível, fática ou jurídica”⁶.

É claro que não abordaremos todos os direitos e princípios constitucionais, apenas apresentaremos aqueles que costumam ser os mais invocados, na doutrina e na jurisprudência, envolvendo situações de impedimento de acesso de consumidor a estabelecimentos comerciais. De um lado, aqueles a favor do direito de acesso (A), e, do outro, aqueles contra o direito de acesso (B).

⁴ (Nunes, 2010, p. 63)

⁵ (Canotilho, 2000. p. 1255)

⁶ (Canotilho, 2000. p. 1255)

A – Os direitos e princípios constitucionais invocados a favor do direito de acesso

Dentre os direitos e princípios constitucionais invocados a favor do direito de acesso do consumidor, destacam-se: (1) a defesa do consumidor; (2) a igualdade; e (3) a liberdade.

1. A defesa do consumidor

A defesa do consumidor foi alçada a direito fundamental no art. 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal de 1988: “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”.

A Constituição Federal de 1988 foi a primeira Constituição brasileira a tratar do tema “proteção do consumidor”⁷. Além do art. 5º, XXXII, podemos citar diversos outros dispositivos constitucionais que tratam expressamente sobre consumidor:

i) O art. 24, inciso VIII, dispõe que compete concorrentemente à União, aos Estados e ao Distrito Federal, legislar sobre: “responsabilidade por dano (...) ao consumidor”;

ii) O art. 170, inciso V, prevê a proteção do consumidor como princípio da ordem econômica; e

iii) O art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT dispõe que “o Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor”.

Percebe-se que o constituinte originário, reconhecendo a vulnerabilidade do consumidor, impôs ao Estado a defesa de seus direitos. Foi a positivação da proteção do consumidor, que já havia sido recomendada pela Resolução n. 39/248, de 10 de abril de 1985, da Organização das Nações Unidas – ONU⁸.

Além disso, sua previsão como cláusula pétrea (CF, art. 60, § 4º, inciso IV), traduz uma garantia de maior durabilidade da tutela.

⁷ (Almeida, 2002. p. 70)

⁸ (Almeida, 2002. p. 69)

Como ressalta Cláudia Lima Marques⁹, essa defesa do consumidor, incluída na chamada ordem pública econômica, é cada vez mais importante na atualidade, pois legitima e instrumentaliza a crescente intervenção do Estado na atividade econômica.

Nesse sentido, Bruno Miragem¹⁰ ensina que este *status* constitucional dos sujeitos de direito consumidores tem como consequência, no mínimo, estabelecê-los como preferenciais em relação a outros direitos de matriz infraconstitucional e, no máximo, determinando providências efetivas para a sua concretização.

Dessa forma, podemos dizer que a defesa do consumidor, prevista como direito fundamental, passou a ser direito do cidadão e dever do Estado.

Além das normas constitucionais que tratam da questão das garantias e direitos específicos do consumidor, existem aquelas de salvaguarda dos direitos do cidadão, que são extensivos ao consumidor. É o caso dos princípios da igualdade e da liberdade.

2. A igualdade

A igualdade é estampada como princípio no art. 3º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
(...)
IV - promover o bem de todos, **sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.** (grifado)¹¹

A igualdade também é prevista como direito fundamental, no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal:

Art. 5º **Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza**, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do **direito** à vida, à liberdade, à **igualdade**, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.(grifado)¹²

⁹ (Marques, 2010. p. 67)

¹⁰ (Miragem apud Marques, 2010. p. 70)

¹¹ (Brasil, 1988)

¹² (Brasil, 1988)

Como bem explica Luiz Alberto David Araújo¹³, o princípio da igualdade, também chamado princípio da isonomia, contém dupla modalidade.

A primeira delas é a chamada igualdade formal ou igualdade perante a lei, que é um princípio direcionador de todo o sistema jurídico, ou seja, todos devem ser tratados igualmente perante a lei. Assim, se dirige ao aplicador e intérprete da lei, bem como ao legislador.

A segunda modalidade é a igualdade material ou igualdade na lei, o que significa, em resumo, “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade”¹⁴. Assim, “conforme o modelo adotado pelo constituinte, estaríamos diante de uma autorização para desigualar na lei”¹⁵. Essa desigualdade, ressalta Adolfo Mamoru Nishiyama¹⁶, muitas vezes é necessária para se buscar a igualdade, principalmente na tutela de pessoas que se encontram em posição mais vulnerável.

Na Constituição, podemos ver essa proteção especial ao consumidor, além das pessoas portadoras de deficiência física, dos idosos, dos trabalhadores e dos índios, entre outros.

Vale destacar que o direito à igualdade, como direito fundamental que é, não tem apenas efeitos verticais, ou seja, na relação do indivíduo com o Estado, como anteriormente se entendia. Ele também tem efeitos entre os particulares, o que a doutrina chamou de efeitos horizontais¹⁷, de um indivíduo em relação ao outro.

Assim, o indivíduo, mesmo nas suas relações particulares, onde reina o princípio da autonomia da vontade, tem o direito subjetivo de ser tratado igualmente. Em outras palavras, tem o direito de não ser discriminado por outro particular. O princípio da não discriminação é um desdobramento do princípio da igualdade.

Sobre a aplicação deste princípio nas relações de consumo, Celso Ribeiro Bastos ressalta que:

A igualdade no direito moderno, além de ser um princípio informador de todo o sistema jurídico, reveste-se também da condição de um autêntico direito subjetivo.

¹³ (Araújo apud Nishiyama, 2010, p. 128)

¹⁴ (Mendes, 2008. p. 157)

¹⁵ (Araújo apud Nishiyama, 2010. p. 128)

¹⁶ (Nishiyama, 2010. p. 128)

¹⁷ (Canotilho, 2000. p. 1287)

Possui, portanto, o cidadão o direito de não ser diferenciado por outros particulares nas mesmas situações em que a lei também não poderia diferenciar. É certo que no direito civil reina um princípio amplo de autonomia da vontade. As partes podem se determinar por critérios os mais diversos possíveis, sem necessidade inclusive de explicitá-los. Mas se contudo for possível flagrar um particular na prática de um ato discriminatório, cremos que à parte prejudicada estaria aberto o acesso aos Tribunais para a devida reparação.¹⁸

Nesse mesmo contexto, Adolfo Mamoru Nishiyama¹⁹ traz exemplos de práticas comerciais que violariam o direito à igualdade: o dono de loja que resolve não vender seus produtos a consumidores negros ou o supermercado que nega o acesso a consumidores deficientes físicos em seu estabelecimento. Tais condutas, fundamenta o autor, violam o direito à igualdade, pois os critérios são totalmente subjetivos e desarrazoados.

Assim, podemos dizer que se o critério não for objetivo e arrazoado, em outras palavras, justificável, o fornecedor não pode negar o acesso, sob pena de violação do direito à igualdade e da não-discriminação.

3. A liberdade

A liberdade é estampada como princípio no art. 3º, inciso I, da Constituição Federal de 1988:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
I - construir uma sociedade **livre**, justa e solidária.(grifado)²⁰

Também é prevista como direito fundamental, no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do **direito** à vida, **à liberdade**, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.(grifado)²¹

Para os fins do presente trabalho, não iremos abordar o amplo sentido de liberdade garantido na Carta Magna. Interessam-nos apenas alguns aspectos,

¹⁸ (Bastos apud Nishiyama, 2010. p. 128)

¹⁹ (Nishiyama, 2010, p. 128)

²⁰ (Brasil, 1988)

²¹ (Brasil, 1988)

especialmente os ligados à liberdade de ação: de o consumidor agir e escolher e de o fornecedor empreender.

Em relação ao consumidor, destaca Rizzatto Nunes²² que o sentido de liberdade é o de “ação livre”. Essa ação é livre “sempre que uma pessoa consegue acionar duas virtudes: querer e poder”. Dessa forma, continua o autor, “a regra básica será a da escolha com possibilidade de aquisição: a pessoa quer algo, tem dinheiro ou crédito para adquiri-lo, então é livre para fazê-lo”.

É importante observar que ela não pode ser confundida com necessidade. O conceito é clássico: liberdade é o oposto de necessidade. Sobre o assunto, destaca, ainda, Rizzatto Nunes²³ que, quando há necessidade, não se pode ser livre, nessa situação real o Estado pode e deve intervir para garantir a dignidade da pessoa humana (princípio previsto no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal). Por exemplo, em casos de distribuição de produtos essenciais, de controle de seus preços, de garantia de acesso a hospitais e serviços públicos etc. Nessas hipóteses, não há qualquer dificuldade em entender como justificável a ação do Estado.

O outro sentido de liberdade, em relação ao consumidor, é a da possível opção para adquirir produtos e serviços. Sobre a questão da “liberdade de escolha”, Rizzatto Nunes²⁴ assevera que ela é restritíssima, pois, como o consumidor não cria a oferta, ele apenas escolhe dentre aquelas que lhe foram oferecidas, podendo optar, quando muito, sobre um preço mais barato ou melhores condições de pagamento.

De fato, o direito de liberdade do consumidor em relação à escolha é bem restrito. Aliás, ela também depende da existência de efetiva concorrência entre os fornecedores. Mas o importante é perceber que se trata de uma liberdade de escolha do consumidor e não do fornecedor. Enquanto o fornecedor tem a liberdade de empreender (de decidir que produto fabricar ou que serviço prestar, o preço - desde que não abusivo, a publicidade, o local do fornecimento, dentre outros), é o

²² (Nunes, 2010, p. 80)

²³ (Nunes, 2010, p. 81)

²⁴ (Nunes, 2010, p. 82)

consumidor que tem a liberdade de escolher (se vai adquirir o produto ou serviço e, ainda, de qual fornecedor).

B – Os direitos e princípios constitucionais invocados contra o direito de acesso

Dentre os direitos e princípios constitucionais invocados contra o direito de acesso, destacam-se: (1) a livre iniciativa; e (2) a propriedade privada.

1. A livre iniciativa

A livre iniciativa é estampada como princípio no art. 1º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988:

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:
(...)
IV - os valores sociais do trabalho e da **livre iniciativa**; (grifado)²⁵

Também é prevista, no art. 170, *caput*, da Constituição Federal, como fundamento da ordem econômica:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na **livre iniciativa**, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios. (grifado)²⁶

Ela se traduz na “liberdade individual no plano da produção, circulação e distribuição de riquezas, significando a síntese da liberdade de ação e escolha”²⁷.

Segundo Eros Roberto Grau²⁸, a livre iniciativa tem dupla face, pode ser entendida como a:

1) liberdade de comércio e indústria (não ingerência do Estado no domínio econômico): 1.1) faculdade de criar e explorar uma atividade econômica a título privado – liberdade pública; e 1.2) não sujeição a qualquer restrição estatal senão em virtude de lei – liberdade pública; e

²⁵ (Brasil, 1988)

²⁶ (Brasil, 1988)

²⁷ (Gaban, 2009, p. 77)

²⁸ (Grau apud Gaban, 2009, p. 78)

2) liberdade de concorrência: 2.1) faculdade de conquistar a clientela, desde que não através de concorrência desleal – liberdade privada; 2.2) proibição de formas de atuação que deteriam a concorrência – liberdade privada; e 2.3) neutralidade do Estado diante do fenômeno concorrencial, em igualdade de condições dos concorrentes – liberdade pública.

Eduardo Molan Gaban e Juliana Oliveira Domingues²⁹ chamam atenção para o fato de a liberdade de escolha e/ou ação econômica poder resultar em óbices e impedimentos ao bem-estar econômico e social e, diga-se de passagem, à própria livre-iniciativa num escopo universalizado.

Avaliando a Constituição, percebe-se que ela mesma impôs limites a esse princípio. Ao prever, no art. 170, ser a livre iniciativa alicerce da ordem econômica, também determinou que ela deve ter como fim “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social” e deve ser orientada por diversos outros princípios, como o da “função social da propriedade” (inciso III) e da “defesa do consumidor” (inciso V)

Sobre os princípios da defesa do consumidor, Eduardo Molan Gaban e Juliana Oliveira Domingues³⁰ destacam que a ordem econômica deve também ter como fim o bem-estar do consumidor, que repousa no binômio da eficiência econômica e da liberdade de escolha pelo consumidor.

Quanto ao princípio da função social da propriedade, analisaremos no tópico seguinte.

2. A propriedade

A propriedade é prevista como direito fundamental no art. 5º, XXII, da Constituição Federal de 1988:

Art. 5º
(...)
XXII - é garantido o direito de propriedade;

²⁹ (Gaban, 2009, p. 77)

³⁰ (Gaban, 2009, p. 85)

O conceito de propriedade e sua abrangência como direito é muito debatido na doutrina. Para efeitos deste trabalho, no entanto, admitiremos que o direito de propriedade é “o poder jurídico atribuído a uma pessoa de usar, gozar e dispor de um bem, corpóreo ou incorpóreo, em sua plenitude e dentro dos limites estabelecidos na lei, bem como de reivindicá-lo de quem injustamente o detenha”³¹.

De fato, a propriedade particular é pressuposto da liberdade de iniciativa, sem ela não existiria segurança jurídica para os agentes econômicos atuarem no mercado.

Porém, ela deve atender ao seu fim social, previsto como direito fundamental, no art. 5º, inciso XXIII, e como princípio orientador da ordem econômica, no art. 170, III, da Constituição Federal.

Sobre o princípio da função social da propriedade, Eduardo Molan Gaban e Juliana Oliveira Domingues³² explicam que se caracteriza pela vedação ao abuso ou mau uso em detrimento de outras liberdades privadas, acobertados pelo princípio da livre iniciativa. Ele deve superar os limites da propriedade, atingindo a atividade da empresa, em uma interpretação sistemática da Constituição³³.

É importante falarmos do direito à propriedade, pois muitos fornecedores acreditam que, por serem seus estabelecimentos comerciais propriedades particulares, eles têm o direito de escolher quem deixam ou não entrar.

Nesse sentido, vale citar trecho da sentença proferida nos autos do Processo n. 2004.01.1.041481-0 do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios - Circunscrição Judiciária de Brasília, em que o fornecedor sustenta o seguinte:

Quanto à existência do dano, sustenta que fez tudo para minimizar os aborrecimentos do autor, causados por ele mesmo; que dá preferência às meninas na entrada da boate **porque pode assim agir, escolhendo sua clientela, na qualidade de proprietário**; colacionando, ao final, julgados que imagina que amparam seu posicionamento, pedindo, então o julgamento pela improcedência do pedido.(grifado)³⁴

³¹ (Gonçalves, 2008, p. 209)

³² (Gaban, 2009, p. 85)

³³ (Gaban, 2009, p. 84)

³⁴ (TJDFT, Processo n. 2004.01.1.041481-0, 3ª Vara Cível, Circunscrição Judiciária de Brasília, sentença proferida em 20.07.2009)

Entretanto, como veremos ainda na análise da legislação infraconstitucional, o consumidor tem o direito de acesso e ao fornecedor não é permitido impedir injustificadamente a entrada de consumidores em seu estabelecimento comercial.

Parte II

A base infraconstitucional do direito de acesso do consumidor a estabelecimentos comerciais

O direito de acesso do consumidor a estabelecimentos comerciais também tem base infraconstitucional. Como veremos da legislação que será analisada, ele decorre das regras ali previstas (A), que são efetivamente garantidas pelas possíveis sanções aplicáveis (B).

A – A proteção material do direito de acesso

Existem vários diplomas legais infraconstitucionais que servem de base para se sustentar a existência do direito de acesso do consumidor a estabelecimentos comerciais.

Eles podem ser divididos em dois grandes grupos: (1) as fontes legais de natureza essencialmente consumerista, nas quais o objetivo principal do legislador é a proteção do consumidor; e (2) as fontes legais com reflexos no direito do consumidor, nas quais o objetivo principal do legislador não é a sua proteção, mas acabam indiretamente o protegendo.

1. A proteção específica do consumidor

No sistema jurídico brasileiro, a lei máxima de proteção do consumidor é a Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, em vigor desde 11 de março de 1991. Conhecida como Código de Defesa do Consumidor – CDC, é o primeiro diploma legal ao qual recorreremos em situações envolvendo relações de consumo.

Mesmo que não seja formalmente um código, como sustenta parte da doutrina, de fato o é, pois possui “um conjunto sistemático e logicamente ordenado de normas jurídicas, guiadas por uma idéia básica (...), a defesa de um grupo específico de pessoas, os consumidores”³⁵.

³⁵ (Marques, 2010, p. 65)

O Código de Defesa do Consumidor tem base constitucional. É a concretização do que se determina no art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias: “O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará Código de Defesa do Consumidor”³⁶.

Percebe-se que o constituinte originário reconhece a necessidade de proteção especial do consumidor. Sobre essa necessidade, Wellerson Miranda Pereira³⁷ explica que ela “provém do desequilíbrio e da vulnerabilidade em que se encontra o consumidor frente ao fornecedor” e tem razões de ordem econômica, social, política, sociológica, psicológica e cultural.

O autor demonstra que a necessidade de proteção do consumidor fez surgir esse novo ramo do direito civil: o direito do consumidor, como resultado das lutas e das vitórias dos movimentos consumeristas, onde o direito comum se revelou insuficiente.

Na sociedade de massa em que vivemos, o consumidor é constantemente submetido a inúmeras práticas abusivas do fornecedor, através de propagandas enganosas, produtos de baixa qualidade, combinação de preços, vendas casadas, seleção discriminatória, preferências, favorecimentos e impedimento de acesso a estabelecimentos comerciais, que aqui se pretende expor.

Diante dessa situação de desvantagem, o Código de Defesa do Consumidor reconhece, em seu art. 4º, “a vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo” como princípio básico.

Essa é a linha orientadora do sistema de proteção do consumidor, que visa a reequilibrar a relação entre consumidor e fornecedor, mas sem exageros, pois como ressalta Cláudia Lima Marques³⁸, também não se pode obstar o progresso tecnológico, a circulação dos bens de consumo e a própria lucratividade dos negócios.

Naturalmente, se pretendemos verificar a existência de um direito do consumidor, seja ele qual for, o melhor ponto de partida é o Código de Defesa do Consumidor. Assim, para comprovarmos que o consumidor tem o direito de acesso

³⁶ (Brasil, 1988)

³⁷ (Pereira, 2008, p. 311)

³⁸ (Marques, 2010, p. 197)

aos estabelecimento comerciais, começaremos pela análise das normas previstas nesse diploma.

O “direito de acesso” dos consumidores não está expressamente previsto no CDC, nem em nenhum outro diploma infraconstitucional, decorre de interpretação, pelo aplicador do direito, das regras ali expressamente dispostas.

O Código de Defesa do Consumidor não contempla todos os possíveis direitos do consumidor, pois “as relações de consumo são dinâmicas, posto que, contingenciadas pela própria existência humana, nascem crescem e evoluem, representando, com precisão, o momento histórico em que estão situadas”³⁹.

É evidente que melhor seria se ele estivesse explícito, pois a lei não é feita apenas para os aplicadores do direito, ela também tem ou deve ter um fim educativo não só dos consumidores, mas também dos fornecedores. O direito de acesso explícito significaria uma maior proteção, mas o que se pretende demonstrar é que ele já é garantido, ainda que de forma indireta.

O próprio Código de Defesa do Consumidor reconhece sua incompletude. Já prevendo outros direitos além dos expressamente ali expostos, o legislador fez questão de frisar, no art. 7º, *caput*, que:

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.⁴⁰

Vale destacar que as fontes legais de natureza consumerista não se resumem ao Código de Defesa do Consumidor, a legislação consumerista é vasta. João Batista de Almeida enumera vários diplomas legais dessa natureza⁴¹. No caso, os que interessam na defesa do direito de acesso do consumidor a estabelecimentos comerciais, além do Código de Defesa do Consumidor (1.1 e 1.2), são: o Decreto n. 2.181, de 20 de março de 1997 (1.3), que regulamenta aspectos do CDC, dispendo sobre a organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor e estabelecendo as normas gerais de aplicação das sanções administrativas previstas

³⁹ (Almeida, 2010, p. 18)

⁴⁰ (Brasil, 1990)

⁴¹ (Almeida, 2010, p. 14)

no CDC; e a Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990 (1.4), que define os crimes contra as relações de consumo e dá outras providências.

1.1. A proteção do direito de acesso aos estabelecimentos comerciais como decorrência dos direitos básicos do consumidor

O Código de Defesa do Consumidor, em seu Capítulo III do Título I, trata dos chamados “direitos básicos do consumidor”, em um rol previsto no art. 6º:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;

II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações;

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;

V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;

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

VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;

VIII - 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;

IX - (Vetado);

X - a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.⁴²

Esse artigo é extremamente importante, serve como guia de todo o sistema das relações de consumo, pois, nas palavras de José Geraldo Brito Filomeno, é a “*síntese* do que o intérprete irá encontrar nos dispositivos de Direito Material e Processual”⁴³ do Código.

⁴² (Brasil, 1990)

⁴³ (Filomeno, 2007, p. 141)

A enumeração de tais direitos é positiva, visto que a lei “é dirigida aos operadores do Direito em geral, mas deve ser acessível, também, e, principalmente, às partes envolvidas, o fornecedor e o consumidor, não necessariamente versadas no estudo das leis”⁴⁴. Assim, a legislação cumpre uma função didática, contribuindo para o esclarecimento e conscientização dos partícipes das relações de consumo.

No caso, veremos que dos direitos básicos do consumidor no art. 6º, podemos deduzir vários outros direitos, inclusive o de acesso aos estabelecimentos comerciais.

Vale destacar que esse rol é meramente exemplificativo, tanto que está previsto no já citado art. 7º do Código que ele não exclui outros direitos.

Particularmente, o direito de acesso dos consumidores aos estabelecimentos comerciais fundamenta-se nos direitos à igualdade (A) e à liberdade (B), como veremos. Ele decorre desses direitos, que são os mais importantes no combate à discriminação de consumidores, como cita Cláudia Lima Marques⁴⁵.

a) Direito à igualdade nas contratações (Inciso II)

O inciso II do art. 6º do CDC garante a igualdade nas contratações. Esse dispositivo assegura expressamente o princípio da igualdade estampado no texto constitucional (art. 5º, *caput*, da Constituição Federal), já comentado anteriormente.

O legislador, reconhecendo a situação de desvantagem do consumidor, permite que haja intervenção nas situações em que a contratação revele um desequilíbrio entre as partes, em prejuízo do consumidor.

A igualdade pretendida pelo Código de Defesa do Consumidor refere-se não somente às relações entre consumidores e fornecedores, mas entre os próprios consumidores frente a um mesmo fornecedor. Além disso, essa igualdade deve ser entendida em seu sentido material, que significa, em resumo, “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade”⁴⁶.

⁴⁴ (Almeida, 2002, p. 48)

⁴⁵ (Marques, 2010, p. 787)

⁴⁶ (Mendes, 2008, p. 157)

Assim, a garantia da igualdade nas contratações impede o fornecedor de diferenciar os consumidores entre si, com exceção, é claro, daqueles que necessitam de proteção especial. É o que explica Rizzato Nunes:

Pela norma instituída no inciso II em comento fica estabelecido que o fornecedor não pode diferenciar os consumidores entre si. Ele está obrigado a oferecer as mesmas condições a todos os consumidores. Admitir-se-á apenas que se estabeleçam certos privilégios aos consumidores que necessitam de proteção especial, como, por exemplo, idosos, gestantes e crianças, exatamente em respeito à aplicação do princípio da isonomia.⁴⁷

Observa-se que, algumas vezes, é a própria lei que impõe o tratamento desigual. Por exemplo, quando veda o fornecimento de bebida alcoólica aos menores de 18 anos (art. 81, II, do Estatuto da Criança e do Adolescente).

Dessa forma, se o fornecedor está obrigado a tratar igualmente os consumidores, é claro que ele não pode impedir a entrada de um consumidor que legitimamente pretende adquirir seus bens ou serviços. A não ser que esse impedimento esteja autorizado por lei - como é o caso dos menores de dezoito anos em boates - ou em casos em que a própria situação o exija - por exemplo, o fornecedor de atividade de aventura pode exigir que o consumidor comprove ser apto a praticar tais atividades -, ele não poderá ser impedido de entrar no estabelecimento.

O Estado do Rio de Janeiro possui uma lei um tanto curiosa sobre o impedimento de acesso em casas noturnas. A Lei é a de n. 4.355, de 17 de junho de 2004, que permite que “baderneiros” sejam “barrados”:

Art. 2º – As casas noturnas ficam obrigadas a manter listas contendo o nome e a foto de freqüentadores baderneiros, que costumam promover brigas no interior dos estabelecimentos e/ou na fila de entrada.

(...)

§ 2º – As casas noturnas ficam proibidas de divulgar publicamente a relação dos baderneiros, mas poderão trocar informações entre si através de rede computadorizada, ou não, e manutenção de cadastros em bancos de dados, bem como ficam obrigadas a fornecer as respectivas listas e dados às autoridades policiais competentes (...), membros do Ministério Público e Poder Judiciário, quando solicitados formalmente.

§ 3º – As casas noturnas poderão impedir a entrada, bem como solicitar a retirada de baderneiros, constantes ou não no cadastro⁴⁸.

⁴⁷ (Nunes, 2010, p. 208)

⁴⁸ (Rio de Janeiro, 2004)

A Lei não só permite que aqueles que costumam promover brigas no interior dos estabelecimentos e/ou na fila de entrada sejam impedidos de entrar, mas também que as casas noturnas troquem informações entre si sobre o cadastro de “baderneiros”. Tal regra visa provavelmente a segurança dos consumidores e dos próprios prepostos dos fornecedores, ou seja, a integridade física de todos os envolvidos, que também é um direito básico do consumidor, previsto no inciso I do art. 6º.

Porém, por mais que a lei tenha um bom fundamento, ela estigmatiza o indivíduo e seria possível sustentar sua inconstitucionalidade se não for garantido o direito de defesa àquele identificado como baderneiro.

b) Direito à liberdade de escolha (Inciso II)

Outro direito que está diretamente ligado ao direito de acesso do consumidor é o direito de liberdade de escolha, previsto no art. 6º, II, do CDC, que tem supedâneo no princípio da liberdade de ação e escolha da Constituição Federal (arts. 1º, III; 3º, I; 5º, *caput*), já comentado anteriormente.

A liberdade de escolha nas contratações significa, em outras palavras, a liberdade de escolha do parceiro contratual, do objeto e suas particularidades.

Reconhecendo a condição de desvantagem do consumidor, o legislador dá “margem ao poder judiciário em todas as situações em que se conclua (...) [que] a contratação revela qualquer forma de cerceio da liberdade de aderir à obrigação e/ou de definir-lhe particularidades”⁴⁹.

O que está por trás desse dispositivo, fundamenta Cláudia Lima Marques, é o reconhecimento “da vulnerabilidade do consumidor e a necessidade da presença do Estado no mercado para proteger este sujeito de direitos”⁵⁰. Daí a necessidade de proteção da liberdade do contratante mais fraco, o consumidor.

Fica bem claro que a liberdade que é garantida nas contratações é a do consumidor. É o consumidor que tem direito de escolher com quem vai contratar, e não o fornecedor. Nesse sentido, Cláudia Lima Marques afirma que:

⁴⁹ (Mamede, 2004, p. 50)

⁵⁰ (Marques, 2010, p. 245)

Aqui a liberdade é a liberdade do *alter*, a liberdade do 'outro', do vulnerável, do leigo, do consumidor e não do mais forte, do *expert*, do fornecedor de produtos e serviços no mercado brasileiro.⁵¹

É claro que o fornecedor, através das suas campanhas publicitárias, do tipo de serviço que oferece, do local de seu estabelecimento, e até mesmo por meio do preço que cobra, acaba de alguma forma dirigindo a sua atividade para algum segmento de consumidores.

De fato, existe uma estratégia mercadológica. Sobre o assunto, assevera Gladston Mamede:

(...) em inúmeras situações, pode-se perceber nitidamente que o fornecedor atua com um profissionalismo quase científico, ou seja, que seu trabalho constitui uma estratégia mercadológica bem desenvolvida e executada: reúne informações sobre os diversos segmentos de consumo, suas necessidades e desejos.⁵²

Mas toda essa estratégia mercadológica é prévia. Apesar de dirigir a sua atividade a um segmento de consumidores, o fornecedor não tem a liberdade de escolher com quem contratar, não podendo negar a entrada de quem pretende de forma legítima adquirir seus bens e serviços.

Assim, podemos dizer que o direito de acesso também decorre da garantia de liberdade. Impedir o acesso do consumidor é violar sua liberdade de escolha.

E, para a garantia efetiva do direito à liberdade e também do direito à igualdade, o legislador impôs ao fornecedor o dever de informar, no inciso III do art. 6º do CDC. Cláudia Lima Marques destaca a importância desse direito básico do consumidor à informação na garantia dos direitos à igualdade e à liberdade:

O direito à informação assegura igualdade material e formal (art. 5º, I, e XXXII da CF/1988) para o consumidor frente ao fornecedor, pois o que caracteriza o consumidor é justamente seu déficit informacional, quanto ao produto e o serviço, suas características, componentes e riscos e quanto ao próprio contrato, no tempo e conteúdo.⁵³

⁵¹ (Marques, 2019, p. 58)

⁵² (Mamede, 2004, p. 54)

⁵³ (Marques, 2010, p. 248)

O inciso III do art. 6º do CDC obriga o fornecedor a dar “informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem”⁵⁴.

Essas informações podem ser dadas através de impressos apropriados ou de anúncios publicitários, conforme previsto nos arts. 8º, parágrafo único, e 10º, § 1º, do CDC, ou por outras formas que se mostrem eficientes.

De fato, todo aquele que contrata tem o direito de ser devidamente informado, podendo “(1) bem formar seu convencimento de contratar ou não e, fechando o negócio, (2) poder exigir cada detalhe do que foi acertado”⁵⁵.

Dessa forma, quem pretende entrar em uma boate, por exemplo, tem o direito de ter previamente todas as informações sobre o evento que será realizado, preços, formas de pagamento, horários, serviços e produtos incluídos, e até mesmo o tipo de roupa exigido, se houver, justamente para não ser surpreendido. Se há limitações ou restrições de qualquer tipo, elas devem ser todas informadas anteriormente. Se, por exemplo, naquele dia haverá na boate uma festa fechada, isso também deve ter sido informado.

1.2. A proteção do direito de acesso do consumidor a estabelecimentos comerciais como decorrência da obrigação de contratar imposta ao fornecedor

A doutrina reconhece que o Código de Defesa do Consumidor institui uma “verdadeira obrigação de contratar para o fornecedor”⁵⁶. Obrigada a contratar, o fornecedor não pode recusar-se a fornecer os bens ou serviços próprios de sua atividade. Em outras palavras, ele não tem o direito de escolher a quem vai fornecer.

É o que diz, por exemplo, Fábio Ulhoa Coelho:

O Código de Defesa do Consumidor impõe o dever de contratar aos empresários (art. 35, I, c/c o art. 39, II). Ao empresário não é lícito negar-se a fornecer os bens ou serviços próprios de sua atividade, na medida das disponibilidades de estoque e conforme os usos e costumes, podendo o consumidor exigir o cumprimento forçado dessa obrigação. Ou, em outros

⁵⁴ (Brasil, 1990)

⁵⁵ (Mamede, 2004, p. 47)

⁵⁶ (Marques, 2010, p. 764)

termos, o empresário não tem direito de escolher os seus parceiros comerciais na relação de consumo, tendo a obrigação de contratar com quem quer que se apresente ao seu estabelecimento interessado na realização do negócio.⁵⁷

Gladston Mamede é bem incisivo ao ressaltar que o fornecedor não tem esse direito de escolha, de fornecer a “quem bem queira”:

É um grande equívoco achar que, sendo o fornecedor o senhor de si mesmo e de seu negócio, vende seus bens e presta seus serviços a *quem bem queira*, não estando obrigado a fazê-lo para *qualquer pessoa*.⁵⁸

Vale citar, ainda, a opinião de James Eduardo⁵⁹, que corroborando esse entendimento, afirma que o Código de Defesa do Consumidor impõe um tom de impessoalidade ao fornecedor que não lhe permite selecionar por critérios pessoais os consumidores aptos a adquirir seus produtos ou serviços.

Essa imposição decorre da interpretação sistemática dos arts. 30; 35, inciso I; e 39, inciso II, todos do Código de Defesa do Consumidor⁶⁰. Vejamos:

O art. 30 do CDC dispõe o seguinte:

Art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, **obriga o fornecedor que a fizer veicular** ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.(grifado)⁶¹

Aqui, a obrigação de contratar é imposta ao fornecedor em virtude da informação ou publicidade vinculada. A publicidade é o meio por excelência através do qual o fornecedor oferece bens e serviços ao consumidor, ele incita o consumo, gerando uma expectativa legítima na população atingida⁶². Aceita a oferta, o contrato é considerado concluído e o fornecedor está obrigado a cumpri-lo.

O art. 35, inciso I, do CDC prevê que:

Art. 35. Se o fornecedor de produtos ou serviços recusar cumprimento à oferta, apresentação ou publicidade, **o consumidor poderá**, alternativamente e à sua livre escolha:

⁵⁷ (Coelho, 2008, p. 205)

⁵⁸ (Mamede, 2004, p. 118)

⁵⁹ (Oliveira, 2009, p. 435)

⁶⁰ (Marques, 2010, p. 764)

⁶¹ (Brasil, 1990)

⁶² (Marques, 2010, p. 653)

I - **exigir o cumprimento forçado da obrigação**, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade.(grifado)⁶³

O dispositivo citado é um reforço ao art. 30, *caput*. Antes prevendo que o fornecedor se obriga à publicidade ou informação ofertada, agora o legislador especifica que se o empresário recusar dar cumprimento a sua oferta, o consumidor poderá exigir o cumprimento forçado da obrigação.

Por último, o art. 39, inciso II, do CDC dispõe que:

Art. 39. É **vedado ao fornecedor** de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:

(...)

II - **recusar atendimento às demandas dos consumidores**, na exata medida de suas disponibilidades de estoque, e, ainda, de conformidade com os usos e costumes.⁶⁴ (grifado)

Nesse dispositivo, o Código veda expressamente que o fornecedor recuse “atendimento às demandas dos consumidores”, prevendo tal prática como abusiva. A lei, contudo, percebe que tal regra não pode ser absoluta, e cria duas exceções, duas situações nas quais a recusa torna-se legítima: (i) a ausência de disponibilidade e (ii) conformidade com os usos e costumes. Essas exceções serão tratadas mais adiante. Falaremos primeiro da regra.

A idéia de prática abusiva tem relação com a doutrina do abuso do direito e pode ser entendida como “o resultado do excesso de exercício de um direito, capaz de causar dano a outrem”⁶⁵. Para Herman Benjamin, prática abusiva (*lato sensu*) é “a desconformidade com os padrões mercadológicos de boa conduta em relação ao consumidor”⁶⁶.

Observa-se que o legislador se preocupou em tipificar as práticas consideradas abusivas. Segundo Rizzatto Nunes⁶⁷, essa necessidade nasce da “constatação de que o titular de um direito subjetivo pode dele abusar no seu exercício”. Para João Batista de Almeida⁶⁸, o fundamento é a educação social, de “depurar o mercado de maus fornecedores e de condutas condenáveis que

⁶³ (Brasil, 1990)

⁶⁴ (Brasil, 1990)

⁶⁵ (Mamede, 2004, p. 113)

⁶⁶ (Benjamin, 2007, p. 372)

⁶⁷ (Nunes, 2010, p. 563)

⁶⁸ (Almeida, 2002, p. 119)

tumultuam o relacionamento com o consumidor, trazendo-lhe prejuízo”. Porém, Herman Benjamin já contextualiza essa necessidade no campo das relações de consumo, e afirma que essas práticas possuem presunção absoluta de ilicitude:

O Código prevê uma série de comportamentos, contratuais ou não, que abusam da boa-fé do consumidor, assim como de sua situação de inferioridade econômica ou técnica. É compreensível, portanto, que tais práticas sejam consideradas ilícitas *per se*, independentemente da ocorrência de dano para o consumidor. Para elas, vige presunção absoluta de ilicitude.⁶⁹

Assim, uma vez praticadas, caracterizam-se como ilícitas, independentemente de haver ou não algum consumidor lesado ou que se sinta lesado, elas são ilícitas por absoluto.

Como bem elucidada Gladston Mamede⁷⁰, a previsão da recusa de fornecimento como prática abusiva (art. 39, II, do CDC) institui a obrigação de contratar para o fornecedor da seguinte forma: o fornecedor, ao colocar-se a si e a seu bem e/ou serviço no mercado, faz, por força do Direito, uma oferta pública de contratação para toda a sociedade, não podendo discriminar a quem fornecerá. Dessa forma, exemplifica o autor, “todo e qualquer hotel, restaurante, agência de viagens, organizador de eventos etc. está obrigado a atender à demanda de qualquer pessoa, física ou jurídica, que se apresente interessada em contratar seus bens ou serviços”, não lhe sendo lícito discriminar por qualquer critério.

O fundamento da vedação da recusa de fornecimento é justamente impedir a discriminação entre os consumidores. Nesse sentido, ressalta João Batista de Almeida:

Colima-se impedir o intuito especulativo e a discriminação, não se admitindo que, possuindo estoque, o fornecedor se recuse a fornecer o produto ao interessado, de acordo com os usos e costumes locais. (...) Pode ocorrer o cumprimento forçado da oferta.⁷¹

Cláudia Lima Marques⁷² também reconhece essa função do dispositivo de garantir a igualdade entre os consumidores, tanto que cita o art. 39, II, do CDC

⁶⁹ (Benjamin *apud* Benjamin, 2007, p. 372)

⁷⁰ (Mamede, 2004, p. 115)

⁷¹ (Almeida, 2002, p. 120)

⁷² (Marques, 2010, p. 787)

como exemplo de combate à discriminação de consumidores, assegurando os direitos básicos de liberdade de escolha e de igualdade, previstos no art. 6º do CDC.

Quanto às exceções à regra da vedação da recusa de fornecimento, o Código prevê duas hipóteses, como dito anteriormente: (i) a ausência de disponibilidade e (ii) conformidade com os usos e costumes.

Em primeiro lugar, a recusa de fornecimento é permitida no caso de “ausência de disponibilidade”, o que é bem lógico, pois se não há produto no estoque, não há fornecimento possível. O legislador relacionou essa disponibilidade ao “estoque”, o que limitaria a aplicação do dispositivo apenas aos fornecedores de produtos. Mas, conforme expõe Rizzatto Nunes⁷³, o termo é inadequado e a exceção também abrange os prestadores de serviços. Não haveria porque ser diferente.

Essa exceção é muito importante para o nosso tema, pois, em muitos casos, a alegação do impedimento está ligada a uma suposta ausência de disponibilidade. No caso das boates, por exemplo, dizem que “a casa está lotada” ou “a festa hoje é fechada”, ou seja, tentam explicar que não é possível prestar o serviço que o consumidor almeja.

Assim, é preciso ter muito cuidado com essa exceção para que ela não seja usada como falsa desculpa, pois, como assevera Gladston Mamede, seus limites não são largos:

Em primeiro lugar, essa ausência deve ser certa, comprovável, o que afasta a possibilidade de se constituir numa *falsa desculpa*, já, que na dúvida, será necessário que o fornecedor a comprove⁷⁴.

Além disso, essa indisponibilidade deve ser eventual⁷⁵, imprevisível, caso contrário o fornecedor terá que assumir o ônus da oferta específica e atender à demanda do mercado consumidor, conforme disposto no art. 30, *caput*, do CDC.

A outra exceção que permite a recusa de fornecimento é a “conformidade com os usos e costumes”. É uma exceção bem genérica, que consegue atender a cada situação, conforme suas particularidades.

⁷³ (Mamede, 2004, p. 116)

⁷⁴ (Mamede, 2004, p. 116)

⁷⁵ (Mamede, 2004, p. 117)

Essas particularidades podem estar definidas em lei ou decorrerem da natureza da relação negocial. Gladston Mamede cita exemplos desses dois tipos possíveis:

A sabedoria da regra está em perceber que cada tipo de relação negocial, seja a venda de bens, seja a prestação de serviços, comporta determinadas particularidades. Em alguma medida, essas particularidades são definidas pela lei, o que afasta qualquer dúvida: é o caso da proibição de venda de bebidas alcólicas para menores de 18 anos. Por outro lado, essas particularidades, são próprias de cada tipo de relação negocial. Assim, é legítimo àquele que presta serviços de transporte e organização de mergulhos autônomos condicionar o fornecimento à demonstração de capacidade física e técnica para a sua execução.⁷⁶

Nesse contexto, fica fácil perceber que o consumidor tem, sim, garantido o direito de acesso aos estabelecimentos comerciais, pois o acesso é implícito ao direito que o consumidor tem de ter sua demanda atendida.

Se o fornecedor não pode recusar o fornecimento e não pode escolher com quem contratar, sendo obrigado a atender quem quer que se apresente ao seu estabelecimento interessado em algum produto ou serviço, naturalmente, não pode impedir o acesso do consumidor. Pois, se ele impede o acesso, necessariamente está recusando a demanda. Recusar o acesso é, sem dúvida, uma forma de recusar o fornecimento.

O direito de acesso do consumidor aos estabelecimentos comerciais já foi inclusive reconhecido pela jurisprudência sob o nome de “direito de frequência”. Vale destacar o acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, da relatoria do então Desembargador Carlos Alberto Menezes Direito, no julgamento da Apelação n. 5.524/92:

Restaurante - Direito de frequência - Dano Moral. Sendo estabelecimento comercial aberto ao público, não pode a ré selecionar os seus clientes, nem proibir o acesso de quem procura os serviços que oferece, salvo motivo excepcional devidamente comprovado. A ré é estabelecimento que vende bebidas alcoólicas, estando voltada para o atendimento do público em geral, daí que não cabe o direito de exercer a seleção de seus freqüentadores, como se fosse um clube particular. Ao abrir as suas portas a ré assumiu a obrigação de atender indistintamente a clientela, salvo situação excepcional, quando devidamente comprovada a intenção do cliente de causar dano. No caso dos autos, a autora (...) tem todo o direito de freqüentar o estabelecimento como cliente, configurando dano moral a discriminação que

⁷⁶ (Mamede, 2004, p. 117)

sofreu, porque, segundo a prova dos autos, injustificada, afastado o dano material, porque não demonstrado.⁷⁷

Assim, podemos sustentar, sem dúvida, que o direito de acesso existe e decorre da própria obrigação imposta de contratar para o fornecedor.

É claro que esse direito de acesso tem exceções, como tem o direito do consumidor de ter sua demanda atendida. Aqui se aplicam, sem qualquer dificuldade, os mesmos comentários feitos anteriormente às exceções da recusa de fornecimento.

Por exemplo, se de fato uma casa noturna impede a entrada de um consumidor porque está havendo uma festa fechada (organizada para um determinado grupo) no seu estabelecimento naquele dia, é claro que não é lícito argumentar com o direito de acesso, o que implicaria desfazer os laços de afeição e identidade (desde que lícitos) próprios do grupo ali reunido⁷⁸.

Outra situação excepcional, que é citada por James Eduardo de Oliveira⁷⁹, é a do consumidor que se utiliza do direito de aquisição simplesmente para constranger o fornecedor. A este é permitido recusar a venda de bens ou a prestação de serviços oferecidos. Ou seja, quando os propósitos do consumidor são ilegítimos, o fornecedor pode se recusar a atendê-lo e impedi-lo de entrar.

Sérgio Cavalieri Filho também ressalva essa obrigação imposta ao fornecedor quando a intenção do consumidor é causar dano:

O estabelecimento comercial não pode selecionar os seus clientes, nem proibir o acesso de quem procura os serviços que oferece. Ao abrir as suas portas ao público, o fornecedor assume a obrigação de atender indistintamente a clientela, salvo quando devidamente comprovada a intenção do cliente de causar dano.⁸⁰

Vale destacar que mesmo que a recusa de fornecimento não estivesse prevista como prática abusiva no art. 39, II, do Código de Defesa do Consumidor, o impedimento de acesso ainda poderia configurar uma prática abusiva, pois o rol de práticas abusivas é meramente exemplificativo.

⁷⁷ (TJRJ, Ap. 5.524/92, Rel. Menezes Direito, DJRJ 28.04.94 e Rep. IOB Jurisp. 3/9.696)

⁷⁸ (Mamede, 2004, p. 117)

⁷⁹ (Oliveira, 2009, p. 435)

⁸⁰ (Cavalieri Filho, 2008, p. 138)

O legislador deixa claro que outras práticas também podem ser consideradas abusivas ao prever, no *caput* do art. 39, ser vedado ao fornecedor algumas condutas, “dentre outras práticas abusivas”.

Essa redação não é a original do Código. Como expõe Antônio Herman Benjamin⁸¹, ela foi alterada pela Lei n. 8.884/94 (art. 87) para terminar de vez com a querela sobre a taxatividade ou exemplificação das práticas abusivas arroladas pelo CDC, que existia em razão do veto ao inciso X original do art. 39.

O dispositivo previa ser vedado ao fornecedor “praticar outras condutas abusivas”, mas, por ter sido vetado, parte da doutrina sustentava que o rol de práticas abusivas era taxativo.

É evidente que não poderia o legislador pretender prever todas as possíveis práticas abusivas. Sobre o assunto ressalta ainda Antônio Herman Benjamin:

Não poderia o legislador, de fato, listar, à exaustão, as práticas abusivas. O mercado de consumo é de extremada velocidade e as mutações ocorreram da noite para o dia. Por isso mesmo é que se buscou deixar bem claro que a lista do art. 39 é meramente exemplificativa, uma simples orientação ao intérprete.⁸²

Dessa forma, mesmo que se sustasse a não configuração do impedimento de acesso do consumidor a estabelecimentos comerciais como prática abusiva de recusa de fornecimento (prevista no art. 39, II, do CDC), ainda assim, poderíamos sustentar que se trata de uma prática abusiva, pois, no mínimo viola, como vimos, os direitos básicos de igualdade e de liberdade do consumidor (art. 6º, II, do CDC). E, como prática abusiva, deve ser coibida (art. 6º, IV, do CDC).

1.3. A proteção do direito de acesso na previsão da recusa de fornecimento e de prestação de serviço como práticas infrativas – Decreto n. 2.181/97

O Decreto n. 2.181, de 20 de março de 1997, dispõe sobre a organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – SNDC e estabelece as normas gerais de aplicação das sanções administrativas.

⁸¹ (Benjamin, 2009, p. 221)

⁸² (Benjamin, 2009, p. 218)

Na Seção II do Capítulo III, estão dispostas as chamadas “práticas infrativas”. O art. 12, incisos II e III, prevê como práticas infrativas:

Art. 12. São consideradas práticas infrativas:

(...)

II - recusar atendimento às demandas dos consumidores na exata medida de sua disponibilidade de estoque e, ainda, de conformidade com os usos e costumes;

III - recusar, sem motivo justificado, atendimento à demanda dos consumidores de serviços.⁸³

Nota-se que foram previstas como práticas infrativas as condutas de recusar fornecimento (inciso II) e de recusar prestação de serviço (inciso III). Diferentemente do art. 39, II, o dispositivo abrange de forma expressa a recusa de prestação de serviços.

Para João Batista Almeida⁸⁴, a denominação “prática infrativa” é inapropriada. O autor argumenta que a palavra “infrativa” é desconhecida por vários dicionários da língua portuguesa e que tanto o Código de Defesa do Consumidor como o Decreto cuidam de infração, sendo o infrator aquele que infringe (viola, quebrante, transgride, posterga, desrespeita) e infringente o que infringe. Dessa forma, sustenta que melhor seria se o Decreto tivesse utilizado a expressão “práticas infringentes” ou “práticas infracionais”.

De acordo com o art. 17 do Decreto 2.181/97, as práticas infrativas podem ser classificadas em: i) leves, aquelas em que foram verificadas apenas circunstâncias atenuantes, enumeradas no art. 25; e ii) graves, aquelas em que foram verificadas circunstâncias agravantes, previstas no art. 26 do referido Decreto.

Como já demonstrado anteriormente, o impedimento de acesso a estabelecimento comercial nada mais é do que uma forma de recusa de fornecimento de produto ou de prestação de serviço.

Quando o legislador prevê como prática infrativa a recusa de fornecimento de produto (inciso II) ou de prestação de serviço (inciso III), está protegendo, ainda que indiretamente, o direito de acesso do consumidor. Pois se ele for, logo no primeiro momento, impedido de entrar no estabelecimento comercial não

⁸³ (Brasil, 1997)

⁸⁴ (Almeida, 2010, p. 179)

conseguirá, logicamente, adquirir o produto ou o serviço; configurando-se, assim, a recusa.

Em relação à recusa de fornecimento de produto (inciso II), o legislador prevê uma exceção: “de conformidade com os usos e costumes”. Ou seja, se a recusa estiver em conformidade com os usos e costumes, ela é lícita. Trata-se da mesma exceção prevista no art. 39, II, do CDC, já analisada, valendo aqui os mesmos comentários.

Quanto à recusa de prestação de serviço (inciso III), o legislador também abre exceção: “sem motivo justificado”. Ou seja, se o motivo for justificável, a recusa é lícita. Por motivo justificável entende-se aquele que tem apoio na lei ou em legítima situação fática que eventualmente justifique a conduta do agente⁸⁵. Valem também aqui os mesmos comentários feitos anteriormente às exceções do art. 39, II, do CDC.

É muito difícil generalizar o que pode ser ou não considerado um motivo justificável. Na maioria das vezes, só conseguiremos analisar no caso concreto, ou seja, com o contexto dos fatos. Em princípio, o gênero, por exemplo, não é motivo justificável para impedir o acesso a estabelecimento comercial. Mas o que dizer de uma clínica de depilação que impede a entrada de homens? Não será o motivo justificável? Parece que sim. O fornecedor se especializou no atendimento de mulheres e, até por uma questão de maior conforto para elas, impede o acesso de homens.

Uma questão muito debatida, envolvendo o direito de acesso, é a cobrança de valores diferentes na entrada para homem e para mulher. Deve existir algum motivo justificável para essa diferença, por exemplo, se a entrada dá direito à consumação livre de bebida, parece que é justificável que se cobre mais pela entrada de homens, pois, em geral, eles consomem mais bebida, o motivo é o custo.

Percebe-se que a questão da justificativa é casuística.

Dessa forma, quando o fornecedor impede o consumidor de entrar em seu estabelecimento comercial pode restar configurada a prática infrativa dos incisos

⁸⁵ (Delmanto, 2006, p. 332)

II e/ou III, do art. 12 citado, a depender do objeto do fornecimento, se produto e/ou serviço, e se não amparado por alguma exceção.

1.4. A proteção do direito de acesso na previsão do favorecimento e preferência de comprador ou freguês como crime contra as relações de consumo – Lei n. 8.137/90

A Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, define os crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo.

Em seu art. 7º, estão previstos os crimes contra as relações de consumo. Dentre eles, o legislador definiu como crime o favorecimento ou preferência de consumidor:

Art. 7º Constitui crime contra as relações de consumo:

I - favorecer ou preferir, sem justa causa, comprador ou freguês, ressalvados os sistemas de entrega ao consumo por intermédio de distribuidores ou revendedores.⁸⁶

Aqui, o bem jurídico tutelado é, de forma genérica, as relações de consumo. Leonardo Roscoe Bessa expõe o que significa a expressão:

Relações de consumo significa perspectiva e visão coletiva do ambiente de produção, distribuição e comercialização de produtos e serviços, possui sentido de *modelo ideal* de mercado pautado pela honestidade, lealdade, transparência (boa-fé objetiva), respeito aos interesses existenciais e materiais do consumidor, parte vulnerável da relação jurídica.⁸⁷

Trata-se do chamado “direito penal do consumidor”. Como ressalta, ainda, o autor⁸⁸, cabe ao direito penal definir as condutas humanas que – em tese – afetem bens mais valiosos de determinada comunidade, conferindo-lhe proteção diferenciada, tendo em vista a insuficiência da proteção de outros ramos do direito (civil, administrativo etc).

⁸⁶ (Brasil, 1990)

⁸⁷ (Bessa, 2009, p. 347)

⁸⁸ (Bessa, 2009, p. 347)

É nesse contexto que se insere o crime previsto no art. 7º, I, da Lei n. 8.137/90, que provocou a revogação do art. 2º, II, da Lei n. 1.521/51 (que define os crimes contra a economia popular).

Para melhor entendermos a sua configuração, cumpre fazer uma análise mais minuciosa desse tipo penal.

O objeto jurídico é a proteção das relações de consumo, como dito acima.

O objeto material é o freguês ou comprador, que podemos chamar de consumidor.

O núcleo do tipo, como analisa Guilherme de Souza Nucci⁸⁹, é favorecer (privilegiar, dar maior proteção) ou preferir (optar por algo ou alguém), que são as condutas, cujo objeto é o comprador (pessoa que adquire um bem mediante o pagamento de um certo preço) ou freguês (comprador habitual), em detrimento de outros.

Esse autor ressalta que a finalidade da criminalização dessa conduta é garantir a igualdade entre os consumidores, evitando que o fornecedor promova qualquer modo de discriminação, por qualquer motivo injustificado. Vale citar o exemplo dado:

Portanto, se há poucos produtos à venda, deve-se respeitar, por exemplo, a ordem de chegada do comprador e não o seu poder aquisitivo ou seu cargo, função ou profissão.⁹⁰

É importante perceber que o favorecimento deve ser irregular, por mecanismos não autorizados em lei. Podemos citar, como exemplo de preferência imposta por lei, o atendimento preferencial imediato e individualizado assegurado ao idoso junto aos órgãos públicos e privados prestadores de serviços (art. 3º, parágrafo único, inciso I, do Estatuto do Idoso – Lei n. 10.741/03).

O próprio art. 7º, I, da Lei n. 8.137/90 faz uma ressalva a esse impedimento de preferir ou favorecer consumidor: “ressalvados os sistemas de entrega ao consumo por intermédio de distribuidores ou revendedores”.

⁸⁹ (Nucci, 2010, p. 1078)

⁹⁰ (Nucci, 2010, p. 1078)

Guilherme de Sousa Nucci⁹¹ fundamenta que é natural que os distribuidores e revendedores tenham preferência na aquisição de bens, pois são os empresários de intermediação, responsáveis pela compra de um determinado bem do fornecedor ou fabricante para o repasse, com lucro, ao consumidor final.

O sujeito ativo é o fornecedor de bens ou serviços, não se importando se é o proprietário, diretor, gerente ou empregado do estabelecimento, que representa a empresa.

O sujeito passivo é o consumidor, a pessoa física ou jurídica.

O elemento subjetivo é o dolo, não existe a forma culposa. Exige-se o elemento subjetivo específico, consistente no intuito de menosprezar um consumidor em favor de outro⁹².

Quanto às classificações do tipo, Guilherme de Souza Nucci as expõe de forma bem clara e resumida:

É crime próprio (somente pode ser praticado pelo empresário fornecedor de bens e serviços); de mera conduta (não depende da ocorrência de nenhum resultado naturalístico, consistente em lesar a economia popular ou afetar o patrimônio do consumidor), de forma livre (pode ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (os verbos indicam ações); instantâneo (a consumação ocorre em momento definido); unissubjetivo (pode ser cometido por uma só pessoa); unissubsistente (cometido por um ato) ou plurissubsistente (cometido em vários atos), conforme o meio eleito pelo agente.⁹³

Na forma plurissubsistente, admite-se a tentativa.

O crime de favorecer ou preferir consumidor é extremamente sensível, principalmente quanto à questão do “tratamento VIP” (do inglês, *very important person*, ou pessoa muito importante).

Em uma análise superficial dessas situações de tratamento especial a uma parcela de consumidores, partindo da leitura da regra do art. 7º, I, da Lei n. 8.137/90, poderíamos concluir que todo e qualquer tipo de “tratamento VIP” constitui uma forma de discriminação, devendo ser punido nos termos desse artigo.

⁹¹ (Nucci, 2010, p. 1079)

⁹² (Nucci, 2010, p. 1080)

⁹³ (Nucci, 2010, p. 1080)

Para Roberto Delmanto, Roberto Delmanto Júnior e Fábio Delmanto⁹⁴, por exemplo, o empresário da casa noturna que permite a alguns clientes (denominados *vips*) o fácil acesso, enquanto outros aguardam na fila a entrada no local, praticaria o crime do art. 7º, I, da Lei n. 8.137/90, já que a conduta seria absolutamente injustificável.

O entendimento é bem lógico, pois se o fornecedor não pode preferir ou favorecer consumidor, não pode preferir a entrada de um consumidor em relação a outro. Não há dúvidas que preferir a entrada de um consumidor é uma das formas possíveis de favorecer ou preferir cliente ou freguês. O que se discute é se existe ou não motivo justificável.

Guilherme de Souza Nucci sustenta que o tratamento VIP em casas noturnas é justificável e fundamenta da seguinte forma:

Há justa causa para isso. Casas noturnas, sem clientela VIP, conforme o caso, são obrigadas a fechar as portas, pois é, especificamente essa parte dos seus clientes que atrai tantos outros anônimos. Há quem frequente determinado lugar somente para poder ver e ser visto ao lado de pessoas famosas. Estas, naturalmente, contribuem para a casa noturna ter clientes, merecem tratamento diferenciado. Qual artista vai aguardar na fila a entrada em uma danceteria qualquer? Somente se estiver em franca decadência, e, ainda assim, precisará de muita coragem para enfrentar o risco de ser visto, aguardando do lado de fora, ofuscando sua imagem, já desgastada.⁹⁵

O autor ainda alega que o mesmo vale para os estabelecimentos que abrem áreas VIPs, frequentadas por determinados clientes, mas não por todos. Haveria razão justificável para tanto, sob o argumento de que, sem essas áreas, a clientela mais sofisticada nem iria visitar o local. Seria o que acontece com as tribunas nos teatros, estádios de futebol, casas de show, casas de ópera.

Segundo Guilherme de Souza Nucci⁹⁶, o que a Lei busca punir é, em igualdade de condições, o empresário de bens e serviços favorecer, sem qualquer motivo justificável, nem mesmo pelos costumes e tradição, um consumidor em detrimento do outro.

Cita como exemplo a situação de dois compradores do mesmo produto, exposto em uma prateleira de supermercado. Não poderia o fornecedor optar pela

⁹⁴ (Delmanto, 2006, p. 330)

⁹⁵ (Nucci, 2010, p. 1079)

⁹⁶ (Nucci, 2010, p. 1079-1080)

venda desse produto ao consumidor A por ser ele considerado mais importante do que o outro. Como estão no mesmo lugar, disputando o mesmo bem, deve prevalecer o costume geral da preferência de quem chegou em primeiro lugar.

Porém, uma coisa é preferir um consumidor ao outro, deixando um passar na frente do outro e garantido um tratamento VIP como estratégia mercadológica; e outra coisa é impedir por completo o acesso de um consumidor.

O tratamento VIP é, sem dúvida, uma forma estratégica de chamar a atenção e atrair determinada clientela, mas, levado ao extremo, esse tipo de tratamento pode significar segregação e discriminação de consumidores, por exemplo, uma situação em que só se permitiria a entrada daqueles considerados VIPs até a lotação do estabelecimento.

Ora, é uma forma, às avessas, de selecionar consumidores e impedir o acesso daqueles que não se encaixam no padrão VIP do estabelecimento. Se o fornecedor pretende selecionar aqueles a quem pretende fornecer seus produtos ou prestar seus serviços, deveria abrir um clube particular e não um estabelecimento comercial. Como estabelecimento comercial, aberto ao público, o fornecedor deve atender indistintamente a clientela.

Além da proteção de natureza essencialmente consumerista, existem outras fontes legais que, no fundo, acabam, como veremos, protegendo o próprio consumidor, embora não seja esse o objetivo principal do legislador.

2. A proteção indireta do consumidor

O consumidor é protegido indiretamente em vários diplomas legais. Em relação ao direito de acesso a estabelecimentos comerciais, podemos destacar duas leis que são citadas pela doutrina: (2.1) a Lei n. 8.884/94, que dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica; e (2.2) a Lei n. 7.716/89, que veda a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

2.1. A proteção do direito de acesso na previsão da recusa de fornecimento como infração à ordem econômica - Lei n. 8.884/94

A Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica.

Chamada de “Lei Antitruste”, sua finalidade é prevista já no art. 1º, e dentre os princípios orientadores, está a defesa dos consumidores:

Art. 1º Esta lei dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.⁹⁷

Por ordem econômica, pode-se entender “aquele conjunto de princípios estabelecidos pela Constituição e que têm por objetivo fixar os parâmetros da atividade econômica, coordenando a atuação dos diversos sujeitos que põem em prática aquela mesma atividade”⁹⁸.

Como explica João Bosco Leopoldino da Fonseca, o art. 1º deve ser visto no contexto estabelecido pela Constituição:

Em primeiro lugar, no título relativo aos princípios fundamentais, os arts. 1º, II, III, IV, e 3º, I, II, garantem a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, bem como se tornam obrigatórios os objetivos de construir uma sociedade livre, justa e solidária e se garante o desenvolvimento nacional. O art. 5º da CF estabelece os direitos à igualdade, à segurança e à propriedade, indispensáveis para a o correto funcionamento de uma economia de mercado.⁹⁹

A lei tem como finalidade preservar esses princípios, principalmente a preservação da livre concorrência e o impedimento do abuso do poder econômico.

No seu Título V, Capítulo III, estão dispostas as infrações à ordem econômica. Dentre elas, nos interessa a do art. 21, inciso XIII:

Art. 21. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica;
(...)
XIII - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais;

⁹⁷ (Brasil, 1994)

⁹⁸ (Fonseca, 2001, p. 166)

⁹⁹ (Fonseca, 2007, p. 103)

Para caracterizar tal ato como infração contra a ordem econômica, ele deve ser apto a produzir algum dos efeitos previstos no art. 20 da Lei:

Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:
I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;
II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;
III - aumentar arbitrariamente os lucros;
IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

Mais uma vez, a recusa de fornecimento de bens ou serviços é definida como ilícita.

Alguns autores afirmam que o inciso XIII do art. 21 da Lei n. 8.884/94 visa a proteger o consumidor contra a discriminação, impondo o dever de fornecimento. Nesse sentido, sustentam Carlyle Popp e Edson Vieira Abdala:

(...) o consumidor que economizou determinada quantia para atingir o objetivo da compra, e foi impedido de ter acesso ao bem querido, sem motivação plausível, sentir-se-á desprestigiado, até humilhado, o que a Lei n. 8.884/94 tenta reprimir.
Estando o bem disponível, sem qualquer reserva legal, não pode haver recusa ao administrado, sob pena de sanção administrativa adequada.¹⁰⁰

A afirmação não está correta. Apesar de o dispositivo ser muito parecido com o do art. 39, II, do CDC, que prevê como prática abusiva a recusa de fornecimento, não deve ser confundido com ele.

Como explica Antônio Herman Benjamin¹⁰¹, essas práticas de concorrência desleal não se confundem com as práticas abusivas previstas no Código de Defesa do Consumidor, apesar de, funcionando no plano horizontal (de fornecedor a fornecedor), não deixarem de ter um reflexo indireto na proteção do consumidor.

Por mais que se sustente que o consumidor é o destinatário principal da concorrência, como Robert Pitofsky¹⁰² o diz, este dispositivo não é apto para proteger o consumidor contra o impedimento de acesso injustificável a

¹⁰⁰ (Popp, 1997, p. 88)

¹⁰¹ (Benjamin, 2007, p. 373)

¹⁰² (Pitofsky apud Fonseca, 2007, p. 103)

estabelecimento comercial, talvez o proteja de outras formas, mas não contra esse tipo de prática.

Na verdade, a regra aqui dos arts. 20 e 21, XIII, combinados é completamente diferente. O fornecedor pode recusar a venda ou a prestação de serviço a outro fornecedor, desde que não o faça como instrumento de política restritiva. Enquanto que o fornecedor não pode recusar a venda de produtos ou a prestação de serviço ao consumidor, exceto se não for possível ou se os usos e costumes o permitirem (art. 39, II).

Nesse sentido, fundamenta Fábio Ulhoa Coelho:

Nenhum empresário é obrigado, por qualquer norma jurídica em vigor no Brasil, a contratar a venda de suas mercadorias ou a prestação de seus serviços com outro empresário intermediário do fornecimento. O fabricante tem o direito de simplesmente não querer vender os seus produtos a determinado comerciante, por motivos subjetivos, particulares, pessoais, que só a ele dizem respeito.

Apenas se configura ilícita a recusa de venda se esta for o instrumento de política empresarial restritiva; quer dizer, se, através da recusa, puder se verificar o efeito de eliminação da concorrência, domínio de mercado ou aumento arbitrário de lucros, então haverá infração contra a ordem econômica. Caso não ocorram esses efeitos, a recusa de venda não tem importância para a lei antitruste.¹⁰³

Vale destacar que não se nega a importância das normas que regulam as relações concorrenciais de mercado para a proteção das relações de consumo. Elas estão estreitamente ligadas, uma contribui com a outra, como destaca João Bosco da Fonseca:

Uma defesa competente dos direitos do consumidor levará as empresas a se comportarem adequadamente no mercado, preservando a liberdade que deve reinar de forma equitativa para todas. Por outro lado, uma liberdade de concorrência assegurada de forma adequada terá como consequência inarredável a defesa dos interesses dos consumidores.¹⁰⁴

Cabe ressaltar, ainda, que o art. 87 da Lei n. 8.884/94 alterou o *caput* do art. 39 do CDC e acrescentou o inciso IX:

Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: (Redação dada pela Lei nº 8.884, de 11.6.1994)
(...)

¹⁰³ (Coelho, 1995, p. 77)

¹⁰⁴ (Fonseca, 2007, p. 189)

IX - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, diretamente a quem se disponha a adquiri-los mediante pronto pagamento, ressalvados os casos de intermediação regulados em leis especiais; (Redação dada pela Lei nº 8.884, de 11.6.1994)¹⁰⁵

Esse dispositivo também é bem parecido com o inciso II do art. 39 do CDC, mas há uma distinção. No inciso II, como fundamenta Herman Benjamin¹⁰⁶, a recusa é em atender às demandas dos consumidores, ao passo que, no inciso IX, a recusa é em atender diretamente o consumidor, impondo intermediário. A regra é fruto do casamento entre a proteção do consumidor e a salvaguarda da concorrência.

2.2. A proteção do direito de acesso na previsão do crime de impedimento de acesso a estabelecimento comercial resultante de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional - Lei n. 7.716/89

A Lei n. 7.716, de 5 de janeiro de 1989, contemplava, em sua redação original, os crimes resultantes de “preconceitos de raça ou de cor” Porém, sua abrangência foi alargada pela Lei n. 9.459, de 15 de maio de 1997, e hoje ela define os crimes resultantes de “discriminação ou preconceito de raça, cor, religião ou procedência nacional”. Assim dispõe o art. 1º da referida Lei:

Art. 1º Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.¹⁰⁷

No art. 5º, a Lei n. 7.716/89 prevê como crime:

Art. 5º Recusar ou impedir acesso a estabelecimento comercial, negando-se a servir, atender ou receber cliente ou comprador.
Pena: reclusão de um a três anos.¹⁰⁸

Prevista como crime a conduta de “recusar ou impedir o acesso a estabelecimento comercial, negando-se a servir, atender ou receber cliente ou

¹⁰⁵ (Brasil, 1990)

¹⁰⁶ (Benjamin, 2007, p. 391)

¹⁰⁷ (Brasil, 1989)

¹⁰⁸ (Brasil, 1989)

comprador”; não é possível que ainda paire dúvida que o consumidor tenha o direito de acesso a estabelecimentos comerciais. Pela primeira vez, vemos de forma tão clara a preocupação do legislador com o direito de acesso a estabelecimentos comerciais.

A Lei incorporou o texto constitucional, que, no art. 5º, XLII, criminaliza a prática de racismo, prevendo-o como “crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão”. Sua matriz é o princípio da igualdade, previsto nos arts. 3º, IV, e 5º, *caput*, da Constituição Federal, já comentado.

O art. 1º da Lei tem caráter genérico e declaratório, como destaca José Silva Júnior¹⁰⁹, vinculando os demais artigos. Dessa forma, todas as normas incriminadoras previstas só estarão configuradas quando resultarem de discriminação ou preconceito de raça, cor, religião ou procedência nacional.

Preconceito é, nas palavras de Wilson Lavorenti¹¹⁰, um estereótipo negativo consolidado. É um pré-julgamento categórico e desfavorável.

Discriminação, também nas palavras do autor¹¹¹, é o preconceito aliado à intolerância, que se traduz em um agir na conformidade do pré-julgamento haurido dos estereótipos negativos. É o preconceito em ação e, via de regra, traduz-se pela exclusão, limitação ou preferência.

Como se vê, a Lei não cuida de todas as formas de discriminação e preconceito. Essa limitação merece crítica. Como fundamenta Guilherme de Souza Nucci¹¹², a “Lei perdeu – e muito – a oportunidade de empreender um autêntico avanço no contexto dos direitos e garantias humanas fundamentais”. Afinal, a Constituição Federal assegura a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), bem como estabelece como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, dentre outros, ‘promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, cor, idade, e quaisquer outras formas de discriminação’ (art. 3º, IV).

“E as inúmeras outras maneiras de externar e fazer valer a discriminação?”, questiona o autor. Ele ressalta que a lei deveria ser intitulada “define

¹⁰⁹ (Silva Júnior, 2001, p. 2649)

¹¹⁰ (Lavorenti, 2008, p. 300)

¹¹¹ (Lavorenti, 2008, p. 300-301)

¹¹² (Nucci, 2010, p. 297)

os crimes resultantes de preconceitos de qualquer espécie” ou “define os crimes resultantes das variadas formas de discriminação”.

De fato, a Lei deveria ter sido mais ampla e menos restritiva. Existem muitas formas de preconceito e discriminação. Por exemplo, a discriminação por aparência física não é abarcada pela Lei n. 7.716/89, sendo que esse é um tipo de discriminação crescente na sociedade em que vivemos, em busca desenfreada da beleza, do “estar na moda”, do corpo perfeito etc. Podemos verificar esse tipo de discriminação sendo praticada principalmente em boates, como já comentamos, onde os “seguranças” (conhecidos como *hostess*, *doorman*, *patovica*) selecionam os consumidores, impedindo o acesso daqueles que não se encaixam no “padrão” do estabelecimento. Essa prática é nitidamente discriminatória e deveria ser abrangida por esta Lei, ícone do combate à discriminação.

A Lei n. 7.716/89 não protege adequadamente todos os consumidores contra a discriminação no impedimento de acesso, mas já é um começo, pois protege contra alguns tipos tradicionais de discriminação.

Vale fazermos uma análise mais minuciosa do tipo penal do art. 5º da Lei para entendermos sua configuração.

O objeto jurídico é a tutela do direito à igualdade, do respeito à personalidade e à dignidade da pessoa¹¹³.

O objeto material é, para parte da doutrina, a pessoa discriminada¹¹⁴. Para outra parte da doutrina, é o Estado e, secundariamente, o cliente ou comprador discriminado¹¹⁵.

O núcleo do tipo, como analisa Guilherme de Souza Nucci¹¹⁶, é recusar (não aceitar, opor-se a algo) ou impedir (interromper, estorvar) o acesso (ingresso, passagem) a estabelecimento comercial (lugar onde se exerce atividades de comércio, como compra e venda de bens ou prestação de serviços) de cliente comprador (que podem ser resumidos em “consumidor”). As formas da recusa são: i) negar-se a servir (não admitir prestar o serviço); ii) negar-se a anteder (não admitir

¹¹³ (Andreucci, 2007, p. 441)

¹¹⁴ (Nucci, 2010, p. 316)

¹¹⁵ (Andreucci, 2007, p. 441)

¹¹⁶ (Nucci, 2010, p. 316)

dar atenção a cliente ou comprador); c) negar-se a receber (não admitir a permanência no estabelecimento). O tipo é misto, praticar uma ou duas condutas implica no cometimento de um só crime, desde que no mesmo cenário com relação à mesma pessoa.

O sujeito ativo é o comerciante ou prestador de serviços, não se importando se é o proprietário, diretor, gerente ou empregado do estabelecimento.

O sujeito passivo é a pessoa discriminada (cliente ou comprador em potencial). De acordo com Guilherme de Souza Nucci, não importa se o consumidor em potencial tem ou não o perfil daquele tipo de estabelecimento:

O que se pune é o preconceito, resultante em atitude segregacionista, pouco interessando a eventual alegação do comerciante de que somente se recusou a atender o eventual cliente ou comprador porque achou que ele não teria condições econômicas de pagar pelo serviço. Cabe-lhe atender e fornecer o valor do objeto, assim que indagado a respeito, sem haver a recusa ou o impedimento fundado em racismo [sic].¹¹⁷

O elemento subjetivo é o dolo, não existe a forma culposa. Exige-se o elemento subjetivo específico, que é a vontade de discriminar a pessoa¹¹⁸.

Quanto às classificações do tipo penal, Guilherme de Souza Nucci as expõe de forma bem clara e resumida:

É crime próprio (somente pode ser praticado pelo comerciante ou prestador de serviços); formal (independe da ocorrência de qualquer efetivo prejuízo para a pessoa discriminada, embora seja possível que aconteça); de forma livre (pode ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (os verbos indicam ações); instantâneo (a consumação ocorre em momento definido); unissubjetivo (pode ser cometido por uma só pessoa); unissubsistente (cometido num único ato) ou plurissubsistente (cometido por mais de um ato), conforme o meio eleito pelo agente.¹¹⁹

Na forma plurissubsistente, admite-se a tentativa.

Não satisfeito com a previsão de impedimento a “estabelecimento comercial” de forma genérica no art. 5º da Lei n. 7.716/89, o legislador fez questão de destacar que também é crime o impedimento de acesso a alguns tipos específicos de estabelecimentos comerciais: “restaurantes, bares confeitarias, ou locais semelhantes abertos ao público” (art. 8º); “estabelecimentos esportivos, casas

¹¹⁷ (Nucci, 2010, p. 316)

¹¹⁸ (Nucci, 2010, p. 316)

¹¹⁹ (Nucci, 2010, p. 316)

de diversões ou clubes sociais abertos ao público” (art. 9º); e “salões de cabelereiros, barbearias, termas ou casas de massagem ou estabelecimento com as mesmas finalidades” (art. 10).

Vale ressaltar que a Lei n. 7.437/85, anterior à Constituição Federal de 1988, possui disposições semelhantes à da Lei n. 7.716/89. Ela “inclui, entre as contravenções penais a prática de atos resultantes de preconceito de raça, de cor, de sexo ou de estado civil, dando nova redação à Lei nº 1.390, de 3 de julho de 1951 - Lei Afonso Arinos”. Seu art. 6º é bem parecido com o art. 5º da Lei n. 7.716/89:

Art. 6º. Recusar a entrada de alguém em qualquer tipo de estabelecimento comercial ou de prestação de serviço, por preconceito de raça, de cor, de sexo ou de estado civil.

Pena - prisão simples, de 15 (quinze) dias e 3 (três) meses, e multa de 1 (uma) a 3 (três) vezes o maior valor de referência (MVR).¹²⁰

Parte da doutrina, como Guilherme de Souza Nucci¹²¹, sustenta que essa lei não foi recepcionada pelo texto constitucional, pois a Constituição Federal de 1988 prevê a prática de racismo como “crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão” (art. 5º, XLII); e a Lei n. 7.437/85 prevê como contravenção penal, punida com mera prisão simples.

Mas existem também doutrinadores que sustentam que a lei continua em vigência no que se refere ao preconceito decorrente de sexo ou de estado civil, “dado que completa o texto da Lei n. 7.716, sem colidência com seus dispositivos, ainda que as condutas sejam apenas contravencionais”¹²².

Demonstrado que o consumidor tem, sim, garantido o seu direito de acesso a estabelecimentos comerciais, apresentaremos as possíveis sanções aplicáveis à sua violação, que são o que efetivamente garante sua proteção.

¹²⁰ (Brasil, 1985)

¹²¹ (Nucci, 2010, p. 299)

¹²² (Lavorenti, 2008, p. 299)

B – Sanções à violação do direito de acesso

Nota-se pelo exposto na Seção A, com a análise da proteção material do direito de acesso, que o impedimento de entrada de consumidor a estabelecimento comercial pode configurar: i) a prática abusiva prevista no art. 39, II, do CDC; ii) as práticas infrativas previstas no art. 12, incisos II e III, do Decreto n. 2.181/97; iii) o crime de favorecimento e preferência de comprador ou freguês previsto no art. 7º, I, da Lei n. 8.137/90; e iv) o crime de impedimento de acesso a estabelecimento comercial resultante de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, previsto no art. 5º, 8º, 9º ou 10º, da Lei n. 7.716/89, a depender do tipo de estabelecimento comercial.

Como ressalta Leonardo Roscoe Bessa¹²³, existem algumas situações em que o comportamento ilícito do fornecedor no mercado de consumo pode encontrar, a um só tempo, sanções civis, administrativas e penais.

É o que acontece com o fornecedor que impede o acesso de consumidor a seu estabelecimento comercial, ele pode sofrer sanções de diversas ordens, como veremos.

1. Sanções administrativas

O fornecedor que impede injustificadamente o acesso de consumidor a estabelecimento comercial pode ser responsabilizado administrativamente. Verificada a prática abusiva ou infrativa do impedimento de acesso (art. 39, II, do CDC e art. 12, incisos II e III, do Decreto n. 2.181/97), poderá ser aplicada a sanção administrativa.

O próprio Código de Defesa do Consumidor, no art. 56, traz um rol das possíveis sanções administrativas, que vão desde a simples multa até sanções mais severas, como interdição total do estabelecimento. O Decreto n. 2.181/97 regulamenta o processo administrativo para a apuração das práticas infringentes às normas de defesa do consumidor (arts. 33 a 55, que devem ser lidos em conjunto com a Lei n. 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da

¹²³ (Bessa, 2009, p. 348)

Administração Pública Federal) e a aplicação das sanções correspondentes (arts. 18 a 28).

As sanções administrativas, também chamadas penalidades administrativas, são aplicadas e cobradas ou executadas pela autoridade administrativa competente dos órgãos oficiais integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – SNDC (art. 18, § 2º, do Decreto n. 2.181/97).

Quanto aos órgãos oficiais que integram o SNDC, podemos citar:

- a) o DPDC - Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor, que é o órgão de atuação específica na defesa do consumidor no âmbito federal;
- b) os Procons estaduais e municipais, de âmbito estadual e municipal, cujas competências foram definidas pelo Decreto Federal n. 2.181/97;
- c) o Ministério Público, que, apesar de não integrar formalmente o SNDC, tem atuação de natureza administrativa ou extrajudicial na defesa do consumidor, como ressalta João Batista de Almeida¹²⁴.

Em relação às sanções administrativas em espécie, aplicáveis, isolada ou cumulativamente, ao fornecedor que impede o acesso de consumidor a estabelecimento comercial, podemos destacar as seguintes:

a) multa (inciso I do art. 56 do CDC)

A multa é a sanção pecuniária, é a mais simples que pode ser aplicada ao fornecedor que impede o acesso de consumidor a seu estabelecimento comercial. Seu valor pode variar de duzentas a três milhões de vezes o valor da Unidade Fiscal de Referência (UFIR) (art. 57, parágrafo único, do CDC), de acordo com os critérios previstos no art. 28 do Decreto n. 2.181/97

João Batista de Almeida¹²⁵ explica cada um desses critérios:

- i) a gravidade da infração: quanto mais grave a infração maior a multa. A infração grave é aquela em que foram verificadas circunstâncias agravantes, que são enumeradas no art. 17, c/c o art. 26, I a IV, do Decreto n. 2.181/97.

¹²⁴ (Almeida, 2010, p. 178)

¹²⁵ (Almeida, 2002, p. 196-197)

ii) a extensão do dano causado aos consumidores: quanto mais extenso o dano, maior a multa. Dano extenso é aquele que atinge grande número de consumidores.

iii) a vantagem auferida pelo fornecedor com a infração: quanto maior o proveito econômico resultante da infração, maior será o valor da multa. No caso de impedimento de acesso, é difícil verificarmos esse fator, pois não tem como sabermos qual foi a vantagem para o fornecedor, pois pode ocorrer que ele não aufera vantagem, pelo menos de caráter econômico imediato, em impedir o acesso do consumidor.

iv) a condição econômica do fornecedor: quanto mais rico o fornecedor, maior a pena pecuniária. José Cretella Junior¹²⁶ sustenta que esse critério é inconstitucional, por ofender os princípios da igualdade perante a lei, sendo patente a discriminação operada no texto legal. Com opinião completamente contrária, João Batista Almeida¹²⁷ defende que o legislador não busca discriminar pessoas segundo a fortuna, mas garantir a efetividade da apenação, como o art. 60, *caput* e parágrafo único, do Código Penal, que prevê que o juiz, na fixação de pena de multa, deve atender, principalmente, à situação econômica do réu, podendo aumentá-la até o triplo se considerar que, em virtude da situação econômica do réu, é ineficaz, embora aplicada no máximo.

O montante arrecadado é revertido para o Fundo de Direitos Difusos, se a multa foi aplicada pela União e órgãos federais, ou, se existirem, para os Fundos estaduais ou municipais de proteção ao consumidor correspondentes, nos demais casos (arts. 29 a 32 do Decreto n. 2.181/97).

b) suspensão temporária de atividade (inciso VII do art. 56 do CDC)

O fornecedor que impede o acesso de consumidor a seu estabelecimento comercial também pode ter suas atividades suspensas. Essa sanção visa a paralização temporária de atividade, industrial, comercial ou de

¹²⁶ (Cretella Jr. apud Almeida, 2002, p. 191)

¹²⁷ (Almeida, 2002, p. 191)

prestação de serviço, até que se apure a irregularidade que está afetando o consumidor¹²⁸.

c) cassação de licença do estabelecimento ou de atividade (inciso IX do art. 56 do CDC)

O fornecedor também pode ter a licença de estabelecimento ou de sua atividade cassada. Essa sanção é aplicável nos casos em que o fornecedor, que necessita de licença da Administração para instalar e funcionar seu estabelecimento ou atividade, desrespeita a legislação. Com a cassação, o fornecedor fica impedido de continuar a atividade¹²⁹.

d) interdição, total ou parcial, do estabelecimento (inciso X do art. 56 do CDC)

O fornecedor ainda pode ter seu estabelecimento interditado. Essa interdição pode ser total ou parcial. Como destaca João Batista de Almeida¹³⁰, essa é a sanção mais grave que pode ser imposta e deverá ser aplicada no caso de insuficiência das antecedentes, como a multa, a suspensão temporária da atividade ou a cassação de licença. Traduz-se na proibição de funcionamento do estabelecimento que esteja impedindo o acesso de consumidores, sob pena de desobediência.

e) imposição de contrapropaganda (inciso XII do art. 56 do CDC)

A contrapropaganda é feita através da divulgação “pelo responsável da mesma forma, frequência e dimensão e, preferencialmente no mesmo veículo, local, espaço e horário, de forma capaz de desfazer o malefício da publicidade enganosa ou abusiva” (art. 60, § 1º, do CDC).

Percebe-se, pela leitura do dispositivo, que a sanção é específica para as hipóteses de propaganda enganosa ou abusiva. A limitação feita pelo legislador foi inapropriada. Em várias situações, teria mais utilidade, sob a ótica da defesa dos direitos dos consumidores, se fosse aplicada a sanção de imposição de contrapropaganda ao fornecedor que infringiu uma norma consumerista. Por exemplo, no caso de impedimento de acesso a estabelecimento comercial, o

¹²⁸ (Almeida, 2002, p. 190)

¹²⁹ (Almeida, 2002, p. 190)

¹³⁰ (Almeida, 2002, p. 191)

fornecedor poderia ser obrigado a fazer uma campanha contra a discriminação na entrada de estabelecimentos.

Vale destacar que a Administração tem papel fundamental na defesa do consumidor, pois tem a função de educar o fornecedor, fiscalizando e inibindo as condutas abusivas. Esse seu poder de sancionar é inerente ao seu poder de polícia, que, sem ele, seria inerte, como explica Hely Lopes Meirelles¹³¹.

Apesar de a atuação administrativa ser essencial na proteção do consumidor, precisamos ser realistas, a Administração não tem estrutura nem pessoal suficiente para fiscalizar todos os estabelecimentos comerciais que existem, se estão ou não impedindo de forma injustificável a entrada de consumidores. Nem seria fisicamente possível fiscalizar permanentemente todos os estabelecimentos comerciais.

Por isso, o consumidor também tem um papel determinante na proteção de seu direito de acesso, ele deve exigí-lo e, quando violado, denunciar ao órgão oficial de proteção e defesa do consumidor competente.

Para isso, o consumidor, que tem o direito de acesso aos órgãos administrativos garantido no art. 6º, inciso VII, do CDC, pode apresentar reclamação “pessoalmente, ou por telegrama carta, telex, fac-símile ou qualquer outro meio de comunicação”, conforme disposto no art. 34 do Decreto n. 2.181/97.

Mas, é claro, para que o consumidor possa exigir seu direito de acesso, ele primeiro precisa saber que ele tem esse direito, que ao fornecedor não é lícito selecionar seus clientes e impedir o acesso daquele que legitimamente pretende adquirir seus produtos e serviços.

Assim, mesmo que os órgãos de defesa do consumidor não possam fiscalizar de forma eficiente os estabelecimentos comerciais, eles, juntamente com as entidades civis de defesa do consumidor (art. 105, *caput*, do CDC e art. 8º do Decreto n. 2.181/97), devem orientar os consumidores sobre os seus direitos.

Na Argentina, por exemplo, como já dissemos, houve uma campanha específica, do Instituto Nacional contra a Discriminação, a Xenofobia e o Racismo

¹³¹ (Meirelles apud Almeida, 2002, p. 192)

(INADI), contra a discriminação na entrada de boates. Com o *slogan*: “La discriminación mata. Que no te cierren la puerta en la cara.” (Em tradução livre: A discriminação mata. Que não te fechem a porta na cara.), o objetivo era conscientizar os jovens sobre seus direitos, a inconstitucionalidade dos atos discriminatórios e a maneira de denunciá-los¹³².

Dessa forma, embora se perceba que, no Brasil, há diversas sanções administrativas aplicáveis ao fornecedor que impede o direito de acesso, elas são quase que inócuas, pois os órgãos não fiscalizam e os consumidores muitas vezes nem sabem que possuem esse direito. Tanto é verdade que apesar de existirem inúmeras notícias de práticas injustificáveis de impedimento, não foi possível confirmar a existência de qualquer cadastro de processo administrativo com esse objeto nos órgãos oficiais de defesa do consumidor.

2. Sanções civis

O fornecedor também pode ser responsabilizado civilmente. A responsabilidade civil exige a presença de dano.

Dano é, nas palavras de Francisco Amaral, “a lesão a um bem jurídico”.

Possui um sentido estrito e outro amplo:

Em sentido estrito, é a efetiva diminuição que alguém sofre em seu patrimônio, consistindo na diferença entre o valor atual e o que teria não fosse a prática do ato ilícito. Em sentido amplo, é a diminuição ou subtração de um bem jurídico de valor patrimonial ou moral, o que permite considerar possível de dano os direitos personalíssimos, como a vida, a honra, a integridade física, moral e intelectual.¹³³

Como explica ainda o autor, a existência de dano dá ao lesado o direito de exigir a respectiva reparação, que pode ser:

(...) a reconstituição do *status quo* anterior (sanção direta) ou uma indenização (sanção indireta). Consistente esta no pagamento em dinheiro (prestação pecuniária).¹³⁴

¹³² (Pagina12, 2006)

¹³³ (Amaral, 2006, p. 543)

¹³⁴ (Amaral, 2006, p. 545)

O dano pode ser patrimonial, moral, individual, coletivo ou difuso, e o consumidor tem o direito de tê-lo reparado, conforme prevê o art. 6º, VI, do CDC. Esse direito está diretamente ligado ao direito de acesso aos órgãos judiciários, disposto no art. 6º, VII, do CDC, pois a Justiça, além dos órgãos administrativos, é a via através da qual poderá ser pleiteado, pelo consumidor, o ressarcimento do respectivo dano.

Percebe-se que existem várias espécies de dano. Patrimonial, quando apreciados monetariamente. E dano moral, ou extrapatrimonial, quando não incidente no patrimônio. Por exemplo, os direitos personalíssimos, como a honra e a integridade moral podem ser violados, gerando um dano moral a seu titular. Tal classificação não se baseia na natureza do bem ofendido, mas no efeito da lesão.

Quando o consumidor é impedido de entrar no estabelecimento comercial, é mais recorrente que ocorram danos morais, em razão da frustração ilícita da expectativa do consumidor, que, sem justo motivo, é impedido pelo fornecedor e submetido a situações vexatórias e angustiantes. Mas o consumidor também pode sofrer danos patrimoniais, por exemplo, com o deslocamento até o local, despesas efetuadas previamente etc.

Cabe ressaltar que, para tornar mais fácil a defesa do consumidor em juízo, o legislador criou meios para remover possíveis entraves em razão da situação de vulnerabilidade do consumidor, como a inversão do ônus da prova no processo civil, obedecidas as condições legais de verossimilhança da alegação ou hipossuficiência do consumidor, e a assistência judiciária (previstos nos incisos VIII e VII do art. 6º do CDC).

A defesa judicial dos interesses e direitos dos consumidores em geral pode ser exercida (art. 81 do CDC): a) pelo próprio interessado; ou b) a título coletivo.

A defesa a título coletivo pode ser feita (art. 82 do CDC): a) pelo Ministério Público; b) pela União, Estados, Municípios e Distrito Federal; c) pelos Procons; e d) pelas associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos no CDC.

Sobre a importância da tutela coletiva, Leonardo Roscoe Bessa expõe que:

Em síntese, a proteção dos direitos coletivos do consumidor se justifica pela configuração atual da sociedade, pela massificação do mercado, pela percepção que há direitos que pertencem a toda a comunidade, pela necessidade de instituir instrumentais processuais eficazes em relação às lesões coletivas de direitos, evitando a repetição de processos iguais e decisões contraditórias.¹³⁵

É importante salientar que o fornecedor pode ser pessoa física ou jurídica, mas são as pessoas jurídicas que mais atuam no mercado de consumo¹³⁶.

A responsabilidade civil no campo das relações de consumo é diferente da responsabilidade civil no campo do direito privado, como explica João Batista de Almeida¹³⁷. O tema da responsabilidade civil é complexo e existem diversos trabalhos específicos sobre o assunto, por isso, trataremos, aqui, apenas de forma superficial.

No campo das relações de consumo, o fornecedor responde independentemente da existência de culpa (arts. 12 e 14 do CDC), bastando a existência do evento danoso, do nexo causal e do dano ressarcível e sua extensão. A responsabilidade é subjetiva apenas para alguns profissionais liberais (art. 14, § 4º, do CDC).

As hipóteses de exclusão da responsabilidade civil do fornecedor, como enumera João Batista de Almeida¹³⁸, são as seguintes: a) se não colocou o produto no mercado, nem prestou o serviço (art. 12, 3º, do CDC); b) se não houve a ocorrência impugnada (arts. 12, § 3º, II, e 14, 3º, I, do CDC); c) se houve culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro (arts. 12, § 3º, III, e 14, § 3º, II, do CDC).

Não importa se foi o proprietário ou outra pessoa com função de mando no estabelecimento comercial, ou, ainda, se foi o empregado que impediu o acesso. O fornecedor é solidariamente responsável pelos atos de seus prepostos ou representantes autônomos (art. 34 do CDC).

¹³⁵ (Bessa, 2009, p. 381)

¹³⁶ (Bessa, 2009, p. 355)

¹³⁷ (Almeida, 2002, p. 85)

¹³⁸ (Almeida, 2001, p. 86)

Os sócios também poderão ser responsabilizados pessoalmente, caso em que será desconsiderada a personalidade jurídica da sociedade, atendidas as hipóteses do art. 28 do CDC.

Assim, no caso de impedimento de acesso, a sanção civil poderá ser a indenização em dinheiro para ressarcir o dano moral, e/ou, eventualmente, o dano patrimonial.

3. Sanções penais

O fornecedor que impede injustificadamente o acesso de consumidor a estabelecimento comercial pode ainda ser responsabilizado penalmente. Configurado o crime do art. 7º, I, da Lei n. 8.137/90 (favorecimento ou preferência de consumidor) ou do art. 5º, 8º, 9º ou 10, da Lei n. 7.716/89 (impedimento de acesso a estabelecimento comercial resultante de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional), o agente poderá sofrer sanções penais.

Sobre o fundamento de se prever sanções penais no âmbito das relações de consumo, vale citar a explicação de Herman Benjamin sobre a função do direito penal do consumidor:

O direito penal do consumidor – assim como o próprio direito do consumidor – cumpre, idealmente, ao lado de seu caráter repressivo, uma função eminentemente preventiva. Não corre – ou não deve correr – atrás do dano, a ele se antecipa. Mais do que preventivo, hoje se reconhece a esse direito penal pós-moderno uma função de evitar o dano a todo custo, mesmo quando inexiste certeza científica sobre sua probabilidade de ocorrência. Já não é mais um direito penal baseado no princípio da prevenção, mas um edifício sancionatório fundado no princípio da precaução. É, por isso, que o direito penal do consumidor busca, como todas as normas jurídicas de consumo, a prevenção das desconformidades mercadológicas. Não se contenta com a mera repressão. Reprimir sim, mas se possível, a tempo de evitar o dano. O interesse sancionatório manifesta-se em momento anterior ao aparecimento do dano como demonstração do pavor extremado do sistema à ocorrência do resultado.¹³⁹

A aplicação das sanções penais é regulada pelas normas de direito penal e direito processual penal, que serão tratadas aqui apenas brevemente.

¹³⁹ (Benjamin apud Bessa, 2009, p. 352)

O consumidor, vítima de um desses crimes, poderá denunciar a uma Delegacia de Polícia ou ao Ministério Público a conduta criminosa. Como nesses casos a ação penal é pública incondicionada, cabe ao Ministério Público ajuizar a ação para que o agente seja apenado (art. 129, I, da Constituição Federal).

Em relação ao crime do art. 7º, I, da Lei n. 8.137/90, a pena é de detenção, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, ou multa.

A pena de detenção é espécie da pena privativa de liberdade e pode ser cumprida nos regimes semi-aberto ou aberto. Ela pode ser convertida em multa de valor equivalente a 50.000 (cinquenta mil) até 1.000.000 (um milhão de BTN) (art. 9º, III, da Lei n. 8.137/90). E, caso o juiz, considerando “o ganho ilícito e a situação econômica do réu, verifique a insuficiência ou excessiva onerosidade das penas pecuniárias previstas nesta lei, poderá diminuí-las até a décima parte ou elevá-las ao décuplo” (art. 10 da Lei n. 8.137/90).

Em relação aos crimes do art. 5º, 8º, 9º ou 10, da Lei n. 7.716/89, a pena é de reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos. A pena de reclusão é espécie da pena privativa de liberdade e pode ser cumprida nos regimes fechado, semi-aberto ou aberto.

Cumprido ressaltar que, atendidos os pressupostos objetivos e subjetivos previstos no art. 44 do Código Penal, as penas privativas de liberdade poderão ser substituídas por penas restritivas de direitos, a saber: I – prestação pecuniária; II – perda de bens e valores; IV – prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas; V – interdição temporária de direitos; e VI – limitação de fim de semana (art. 43 do Código Penal).

Diferentemente da esfera civil, a responsabilidade penal é pessoal e individualizada. Como já ressaltamos, segundo Leonardo Roscoe Bessa¹⁴⁰, o fornecedor pode ser pessoa física ou jurídica, porém, “a pessoa jurídica não comete crime, é antiga e conhecida [a] lição (*societas delinquere non potest*)”, assim, “devem-se averiguar em concreto as circunstâncias do fato e apurar as pessoas naturais que colaboraram para a sua realização”.

¹⁴⁰ (Bessa, 2009, p. 355)

Nesse contexto, o proprietário ou outra pessoa com função de mando no estabelecimento comercial, ou, ainda, o empregado que impediu o acesso, poderá ou não ser responsabilizado, como explica Guilherme de Souza Nucci¹⁴¹.

Se o consumidor foi impedido de entrar por um empregado do estabelecimento comercial, a mando de seu chefe, o chefe será responsabilizado pessoalmente pela conduta criminosa. O funcionário poderá escusar-se pela inexigibilidade de conduta diversa, a não ser que concorde com a discriminação praticada, caso em que será concorrente do crime (art. 29 do Código Penal).

Se o empregado impediu o acesso do consumidor sem o conhecimento de seu chefe, este não poderá ser responsabilizado pessoalmente pela conduta criminosa, apenas o empregado. Mas, mesmo que não tenha sido a seu mando, se o chefe toma conhecimento dos atos criminosos de seus empregados e, podendo evitá-los, cala-se, admitindo-os como válidos, será considerado partícipe.

No caso dos crimes do art. 5º, 8º, 9º ou 10, da Lei n. 7.716/89, eles são de mais difícil comprovação, pois o Ministério Público tem que provar em juízo que o impedimento da entrada do consumidor no estabelecimento comercial foi em razão de “discriminação ou preconceito de raça, cor, religião ou procedência nacional”, o que geralmente é feito apenas por meio de testemunhas.

Tanto que as entidades civis de proteção dos direitos humanos e de proteção dos direitos do consumidor e os próprios grupos de ativistas, como o DHnet - Rede de Direitos Humanos & Cultura¹⁴², falam da importância, para aquele que sofreu discriminação, de anotar o nome, endereço e telefone de pelo menos duas testemunhas, para que se possa comprovar a discriminação sofrida.

Pelo exposto, percebe-se que o agente que impediu, de forma direta ou indireta, o acesso de consumidor a estabelecimento comercial, poderá também, conforme o caso, sofrer diferentes sanções penais.

¹⁴¹ (Nucci, 2010, p. 311)

¹⁴² (DHnet, ?)

Conclusão

Verifica-se que, na legislação brasileira, é garantido ao consumidor o direito de acesso a estabelecimentos comerciais, ainda que não especificamente expresso. Ele decorre de interpretação, pelo aplicador do direito, dos princípios e direitos constitucionais, em especial, da defesa do consumidor, da igualdade e da liberdade, e, ainda, das regras dispostas na legislação infraconstitucional.

Impedir o acesso nada mais é do que uma forma de recusar o fornecimento de produtos ou serviços. Configurada como recusa de demanda, a prática é tida como abusiva (art. 39, II, do CDC) e também infrativa (art. 12, incisos II e III, do Decreto n. 2.181/97).

O direito de acesso decorre da obrigação de contratar imposta ao fornecedor, que segundo a doutrina, é resultado da interpretação sistemática dos arts. 30; 35, inciso I; e 39, inciso II, todos do Código de Defesa do Consumidor.

Percebe-se, da leitura combinada desses artigos, que o Código de Defesa do Consumidor institui a obrigação de contratar para o fornecedor da seguinte forma: o fornecedor, ao colocar-se a si e a seu bem e/ou serviço no mercado, faz, por força do Direito, uma oferta pública de contratação para toda a sociedade, não podendo discriminar a quem fornecerá.

Dessa forma, todo e qualquer estabelecimento comercial, seja boate, hotel, restaurante, agência de viagens, padarias etc., está obrigado a atender à demanda de qualquer pessoa que se apresente interessada em contratar seus bens ou serviços, não lhe sendo lícito discriminar por qualquer critério.

Ao fornecedor somente é lícito impedir o acesso se o produto ou serviço estiver indisponível ou se a lei ou o tipo da relação negocial o permitirem, são os casos da proibição de venda de bebidas alcóolicas para menores de 18 anos e da prestação de serviços de transporte e organização de mergulhos autônomos condicionada à demonstração de capacidade física e técnica para a sua execução.

O fundamento do fornecedor não poder impedir o acesso de consumidores a seu estabelecimento comercial é justamente impedir a discriminação entre os consumidores, assegurando-se os direitos básicos de liberdade de escolha e de igualdade, previstos no art. 6º do CDC.

Nas palavras de Gladston Mamede¹⁴³, é um grande equívoco achar que, sendo o fornecedor o senhor de si mesmo e de seu negócio, vende seus bens e presta seus serviços a “quem bem queira”, não estando obrigado a fazê-lo para qualquer pessoa.

O Código de Defesa do Consumidor impõe um tom de impessoalidade ao fornecedor, não lhe permitindo selecionar por critérios pessoais os consumidores aptos a adquirir seus produtos ou serviços.

Além disso, é prevista como crime contra as relações de consumo, no art. 7º, I, da Lei n. 8.137/90, a conduta de “favorecer ou preferir, sem justa causa, comprador ou freguês, ressalvados os sistemas de entrega ao consumo por intermédio de distribuidores ou revendedores”.

Como ressalta Nucci¹⁴⁴, a finalidade da criminalização dessa conduta é garantir a igualdade entre os consumidores, evitando que o fornecedor promova qualquer modo de discriminação, por qualquer motivo injustificado.

Analisado o que seria um motivo justificável, percebeu-se que não é possível generalizar se um ou outro motivo é ou não justificável, depende do contexto dos fatos. Um motivo que pode ser justificável em uma determinada situação para se impedir o acesso, pode não ser em outra situação.

Se o impedimento de acesso a estabelecimento comercial for resultante de discriminação ou preconceito de raça, cor, religião ou procedência nacional, restará configurado o crime previsto no art. 5º da Lei n. 7.716/89 ou, a depender do tipo de estabelecimento comercial, poderá configurar o crime dos arts. 8º, 9º, 10.

De fato, a Lei não protege o consumidor contra todo tipo de discriminação, apenas aqueles mais tradicionais. Sua abrangência deveria ser ampliada para todas as formas de preconceito ou discriminação, afinal, a

¹⁴³ (Mamede, 2004, p. 118)

¹⁴⁴ (Nucci, 2010, p. 1078)

Constituição Federal assegura a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), bem como estabelece como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, dentre outros, ‘promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, cor, idade, e quaisquer outras formas de discriminação’ (art. 3º, IV).

Existem muitas formas de preconceito e discriminação. Por exemplo, a discriminação por aparência física não é abarcada pela Lei n. 7.716/89, sendo que esse é um tipo de discriminação crescente na sociedade em que vivemos, em busca desenfreada da beleza, do “estar na moda”, do corpo perfeito etc. Podemos verificar esse tipo de discriminação sendo praticada principalmente em boates, como já comentamos, onde os “seguranças” (conhecidos como *hostess*, *doorman*, *patovica*) selecionam os consumidores, impedindo o acesso daqueles que não se encaixam no “padrão” do estabelecimento. Essa prática é nitidamente discriminatória e deveria ser abrangida por esta Lei, ícone do combate à discriminação.

Embora a doutrina também aponte o art. 21, XIII, da Lei n. 8.884/94, que prevê como infração à ordem econômica a recusa de fornecimento, como garantidor do direito do consumidor de ter sua demanda atendida, vimos que essa indicação é equivocada, que sua aplicação não é na relação do consumidor com o fornecedor, mas do fornecedor com outro fornecedor. A demanda que é garantida nesse dispositivo é de um fornecedor em relação ao outro e se verificáveis, ainda, os efeitos previstos no art. 20 de: I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II - dominar mercado relevante de bens ou serviços; III - aumentar arbitrariamente os lucros; ou IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

A regra, na verdade, é completamente diferente, o fornecedor pode recusar a venda ou a prestação de serviço a outro fornecedor, desde que não o faça como instrumento de política restritiva. Enquanto que o fornecedor não pode recusar a venda de produtos ou a prestação de serviço ao consumidor, exceto se não for possível ou se os usos e costumes o permitirem (art. 39, II, do CDC).

Ainda nesse contexto de garantia do direito de acesso, foram expostas as possíveis sanções aplicáveis àquele que viola esse direito do consumidor, impedindo o acesso a estabelecimento comercial de forma injustificável.

As sanções tem a função de garantir que as regras não sejam inócuas. Como ressalta Leonardo Roscoe Bessa¹⁴⁵, existem algumas situações em que o comportamento ilícito do fornecedor no mercado de consumo pode encontrar, a um só tempo, sanções civis, administrativas e penais.

É o que acontece com o fornecedor que impede o acesso de consumidor a seu estabelecimento comercial, ele pode sofrer sanções de diversas ordens, como vimos.

Ele pode ser responsabilizado administrativamente. Verificada a prática abusiva ou infrativa do impedimento de acesso (art. 39, II, do CDC e art. 12, incisos II e III, do Decreto n. 2.181/97), poderá ser aplicada a sanção administrativa.

Dentre as sanções administrativas, destacam-se: a multa, a suspensão temporária de atividade, a cassação de licença de estabelecimento ou de atividade, a interdição, total ou parcial, de estabelecimento e a imposição de contrapropaganda. Todas previstas no rol do art. 56 do Código de Defesa do Consumidor.

Nesse contexto de aplicação das sanções administrativas, é necessário perceber como é importante a atuação dos órgãos do sistema nacional de defesa do consumidor, não apenas fiscalizando as condutas dos fornecedores e aplicando as sanções, mas na conscientização dos consumidores sobre seus direitos.

Para que o consumidor possa exigir seu direito de acesso, ele primeiro precisa saber que ele tem esse direito, que ao fornecedor não é lícito selecionar seus clientes e impedir o acesso daquele que legitimamente pretende adquirir seus produtos e serviços.

Infelizmente, apesar de existirem diversas sanções administrativas aplicáveis ao fornecedor que impede o direito de acesso, elas são quase que inócuas, pois os órgãos não fiscalizam e os consumidores muitas vezes nem sabem que possuem esse direito. Tanto é verdade que apesar de existirem inúmeras notícias de práticas injustificáveis de impedimento, não foi possível confirmar a existência de qualquer cadastro de processo administrativo com esse objeto nos órgãos oficiais de defesa do consumidor, como já ressaltado.

¹⁴⁵ (Bessa, 2009, p. 348)

De qualquer forma, o consumidor pode pedir, na Justiça, a responsabilização civil do fornecedor. A responsabilização civil exige a presença de dano, que, no caso de impedimento é evidente. Quando o consumidor é impedido de entrar no estabelecimento comercial, é mais recorrente que ocorram danos morais, em razão da frustração ilícita da expectativa do consumidor, que, sem justo motivo, é impedido pelo fornecedor e submetido a situações vexatórias e angustiantes. Mas o consumidor também pode sofrer danos patrimoniais, por exemplo, com o deslocamento até o local, despesas efetuadas previamente etc.

Pode, ainda, aquele que impede injustificadamente o acesso de consumidor, ser responsabilizado penalmente, com penas que variam desde multa até a restrição da liberdade.

Por fim, conclui-se que ao fornecedor não é lícito impedir, por critérios pessoais, o acesso de consumidores ao seu estabelecimento comercial. Se ele pretende selecionar aqueles a quem deseja fornecer seus produtos ou prestar seus serviços, deve abrir um clube particular e não um estabelecimento comercial. Pois ao consumidor é garantido o direito de acesso.

Referências

ALMEIDA, João Batista de. **Manual de Direito do Consumidor**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Legislação penal especial**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BENJAMIM, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

BRASIL. Decreto n. 2.181, de 20 de março de 1997. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 20.03.1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2181.htm>. Acesso em: 15.06.2011.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 05.10.1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 15.06.2011.

BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17.01.1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm>. Acesso em: 15.06.2011.

BRASIL. Lei n. 7.437, de 20 de dezembro de 1985. Inclui, entre as contravenções penais a prática de atos resultantes de preconceito de raça, de cor, de sexo ou de estado civil, dando nova redação à Lei nº 1.390, de 3 de julho de 1951 - Lei Afonso Arinos.I. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 23.12.1985. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7437.htm>. Acesso em: 15.06.2011.

BRASIL. Lei n.º 7.716, de 5 de janeiro de 1989. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 06.01.1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7716.htm>. Acesso em: 15.06.2011.

BRASIL. Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 12.09.1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 15.06.2011.

BRASIL. Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 13.06.1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8884.htm>. Acesso em: 15.06.2011.

BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11.01.2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 15.06.2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Direito do Consumidor**. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2008.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial, volume 1: direito de empresa**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Direito Antitruste Brasileiro: comentários à Lei n. 8.884/94**. São Paulo: Saraiva, 1995.

DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto; DELMANTO, Fábio M. de Almeida. **Leis penais especiais comentadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DHNET. Rede de Direitos Humanos & Cultura. Grupo de ativistas de direitos humanos. Explica como proceder em casos de discriminação. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/discrim/combate_racismo.html>. Acesso em: 16.06.2011.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Lei de proteção da concorrência: comentários à legislação antitruste**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

GABAN, Eduardo Molan. **Direito antitruste: o combate aos cartéis**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GRINOVER, Ada Pelligrini et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume V: direito das coisas**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MAMEDE, Gladston. **Direito do consumidor no turismo: código de defesa do consumidor aplicados aos contratos, aos serviços e ao marketing do turismo**. São Paulo: Atlas, 2004.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. **A proteção constitucional do consumidor**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais comentadas**. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

OLIVEIRA, James Eduardo. **Código de Defesa do Consumidor: anotado e comentado; doutrina e jurisprudência**. 4ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2009.

PEREIRA, Wellerson Miranda. **Pourquoi protéger les consommateurs? Analyse comparative entre les systèmes socio-économiques et juridiques européen et brésilien**. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Rio Grande do Sul: Edição especial de maio, 2008.

PAGINA12. Jornal *online* de notícias argentino. Notícia o lançamento da campanha do INADI para prevenir a discriminação em boates, 29.12.2006. Disponível em: <<http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-78361-2006-12-29.html>>. Acesso em: 16.06.2011.

POPP, Carlyle; ABDALA, Edson Vieira. **Comentários à nova Lei Antitruste**. Curitiba: Juruá, 1997.

RIO DE JANEIRO (Estado). Lei n. 4.355, de 17 de junho de 2004. Dispõe sobre a obrigatoriedade de identificação dos frequentadores de casas noturnas localizadas no Estado do Rio de Janeiro, e dá outras providências. **Diário Oficial do Estado do**

Rio de Janeiro: Rio de Janeiro, RJ, 18.06.2004. Disponível em <http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/contlei.nsf/b24a2da5a077847c032564f4005d4bf2/96603aa4dd0d278783256ebb005ced49?OpenDocument>. Acesso em: 15.06.2011.

SILVA, José Geraldo da; LAVORENTI, Wilson; GENOFRE, Fabiano. **Leis penais especiais anotadas**. 10ª ed. São Paulo: Millennium Editora, 2008.

TJDFT, Processo n. 2004.01.1.041481-0, 3ª Vara Cível, Circunscrição Judiciária de Brasília, sentença proferida em 20.07.2009.

TJRJ, Ap. 5.524/92, Rel. Menezes Direito, DJRJ 28.04.94 e Rep. IOB Jurisp. 3/9.696.