

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TIAGO MAURELLI JUBRAN DE LIMA

**Constitucionalidade / legalidade da diferenciação de
preço de entrada entre homens e mulheres nas casas
noturnas**

Brasília - DF
2011

TIAGO MAURELLI JUBRAN DE LIMA

**Constitucionalidade / legalidade da diferenciação de
preço de entrada entre homens e mulheres nas casas
noturnas**

**Monografia apresentada como requisito
parcial à obtenção do título de Bacharel em
Direito, no curso de Graduação da
Faculdade de Direito da Universidade de
Brasília**

Orientador: Prof. Valcir Gassen

**Brasília - DF
2011**

TIAGO MAURELLI JUBRAN DE LIMA

**Constitucionalidade / legalidade da diferenciação de
preço de entrada entre homens e mulheres nas casas
noturnas**

**Monografia apresentada como requisito
parcial à obtenção do título de Bacharel em
Direito, no curso de Graduação da
Faculdade de Direito da Universidade de
Brasília**

Orientador: Prof. Valcir Gassen

Aprovado pelos membros da banca examinadora em ____/____/2011, com menção ____.

Banca Examinadora:

Orientador: Prof. Valcir Gassen

Integrante: Prof. Vallisney de Souza Oliveira

Integrante: Prof.:_____

Suplente: Prof. Alex Lobato Potiguar

Resumo

Muito pouco se fala a respeito das diferenças entre homens e mulheres nas casas noturnas, principalmente no que tange ao preço de entrada. Assim sendo, urge abordar este tema para que se incentive a criação de outros estudos, dando-lhes subsídios para realização de análises mais profundas sobre o assunto. Nesse contexto, abordar-se-á a corrente do neoconstitucionalismo e da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, explicitando suas características (eficácia normativa das normas constitucionais, interpretação conforme à Constituição Federal e aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre privados) a fim de visualizar as suas influências nesta temática. Ademais, enumerar-se-ão e perscrutar-se-ão os princípios constitucionais que se aplicam à hipótese (livre iniciativa, propriedade privada e sua função social, defesa do consumidor e isonomia), contrapondo aqueles de cunho individual e social, visando a perquirir quais deverão prevalecer no caso concreto. Em seguida, analisar-se-á o Código de Defesa do Consumidor e seus escopos, apresentando os entendimentos divergentes quanto ao princípio da isonomia insculpido em seu artigo 6º, II, *in fine*, ou seja, ele deve ser aplicado somente na relação entre os destinatário final do produto/serviço e o fornecedor, ou também às relações entre os próprios consumidores? Por fim, concluir-se-á, consoante os argumentos trazidos, que a exigência feita pelos estabelecimentos é inconstitucional/ilegal, tendo em vista a ofensa ao princípio da isonomia, da função social da propriedade e da defesa do consumidor.

Palavras-Chave: casas noturnas, preço de entrada, diferença entre homem e mulher, neoconstitucionalismo, princípios constitucionais, isonomia, Código de Defesa do Consumidor.

Sumário

Introdução	5
1 Neoconstitucionalismo: uma nova forma de se interpretar a Constituição	8
1.1 Marco histórico no Brasil: o surgimento da Constituição Federal de 1988	8
1.2 Marco filosófico (pós-positivismo): indo além da interpretação literal da norma	9
1.3 Marco teórico: força normativa e nova interpretação constitucionais	10
1.3.1 Força normativa da Constituição	11
1.3.2 Evolução de uma nova interpretação constitucional	12
2 Os princípios constitucionais conflitantes	14
2.1 Princípio da livre iniciativa	14
2.2 Princípio da propriedade privada e sua função social	19
2.2.1 Contratos privados	23
2.3 Defesa do consumidor	24
2.4 Isonomia	27
2.4.1 Eficácia horizontal dos direitos fundamentais	31
2.5 Princípios constitucionais prevalecentes	39
3 Código de Defesa do Consumidor	42
3.1 Isonomia	47
Conclusão	52
Referências	55

Introdução

A iniciativa privada, representada pelos mais diversos tipos de empresa, encontra-se presente na vida de todo e qualquer cidadão brasileiro, tendo relevada importância em suas vidas.

Entretanto, com o advento da Constituição Federal de 5 de outubro de 88 e, principalmente, com o da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, o Código de Defesa do Consumidor, algumas restrições passaram a ser impostas às empresas privadas, quando atuam como fornecedores de serviços e/ou produtos.

Nesse contexto, vale ressaltar que a extremada autonomia da vontade presente no Código Civil de 1916 – mantida, em termos, no de 2002 – sofreu relativizações importantes na área do consumidor, seja no tocante aos contratos de adesão, seja em relação às propagandas, seja no que tange a determinadas práticas abusivas.

O ponto mais importante que justifica este tratamento diferenciado é a vulnerabilidade do consumidor em relação ao empresário. Vale dizer, aquele se encontra em uma posição frágil, desfavorável quando comparado com este, tendo em vista que o cidadão, ao buscar a prestação de um serviço, em regra, tem de sujeitar-se aos regramentos impostos pelas empresas, sem que possa exercer um relevante poder de “barganha”.

Seguindo essa linha de raciocínio, muitos doutrinadores abordam a questão da hipossuficiência como uma forma de se tratar desigualmente os desiguais, ou seja, de se concretizar o princípio da isonomia em uma relação na qual inexiste paridade entre as partes. Para tanto, são dados determinados privilégios, ou prerrogativas aos consumidores, a fim de que estes possam ter condições mínimas de enfrentar os fornecedores quando necessário; podendo-se destacar – exemplificativamente – a inversão do ônus probatório a favor do consumidor.

Todavia, o que boa parte da doutrina não aborda é a aplicação do princípio da isonomia entre os próprios consumidores. Em outras palavras, devido ao grande esforço intelectual aplicado na relação entre consumidor e fornecedor, parece que os estudiosos olvidaram a relação entre os próprios consumidores.

Com isso, o que se nota hodiernamente é um tratamento desigual entre aqueles que consomem, a exemplo das casas noturnas. Estas, como acontece em diversas delas, cobram um preço diferenciado de entrada para homens e mulheres, privilegiando-as com valores inferiores.

Será exatamente sobre esse tipo de exigência de que se tratará ao longo da monografia, avaliando-se a constitucionalidade/legalidade de tal conduta nos moldes da Constituição Cidadã e do Código de Defesa do Consumidor.

Para tanto, analisar-se-á a atual teoria do *neoconstitucionalismo*, abordando os seus principais aspectos e características, demonstrando a sua relevância para este tema. Vale dizer, será que ainda hoje se pode dizer que os princípios constitucionais somente são aplicados na relação entre Estado e particular? Será que somente pode haver uma afronta à Constituição Federal por meio de uma Lei? Os indivíduos, nas relações que criam entre si, podem ferir diretamente dispositivos constitucionais?

Ademais, ainda no plano constitucional, perscrutar-se-ão os princípios da defesa do consumidor e função social da propriedade e os da livre iniciativa e da propriedade privada. Resta saber qual(is) desses princípios deve(m) prevalecer na situação acima proposta, visando a estabelecer se a conduta das boates é inconstitucional, ferindo a defesa do consumidor, por exemplo, ou se é condizente com o texto maior – adequando-se à livre iniciativa.

Em seguida, abordar-se-á o mais importante dos princípios: isonomia. Inicialmente, utilizando-se dos ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello, analisar-se-ão os requisitos essenciais para que uma Lei seja tida como isonômica. Ou seja, o que ela não pode conter, ou o que deve possuir em seu corpo para ser considerada respeitadora do princípio da igualdade?

Posteriormente, trar-se-ão alguns julgados do Supremo Tribunal Federal em que se discute a *eficácia horizontal dos direitos humanos*, teoria lastreada no *neoconstitucionalismo*. Discutir-se-á, neste tópico, se os direitos fundamentais, essencialmente o da igualdade, aplicam-se às relações entre privados, ou seja, se na relação entre o consumidor e a casa noturna deve-se aplicar o princípio da isonomia.

Nesse sentido, elucubrar-se-á acerca da razoabilidade do tratamento diferenciado entre os sexos masculino e feminino. Vale dizer, malgrado haja tal discrepância no valor da entrada, essa atitude é razoável? Será que de fato ela fere a igualdade entre homens e mulheres?

Por quê? Quais as exigências apontadas por Mello em relação a Lei podem ser utilizadas nesta relação?

Por fim, subsidiaria e alternativamente, deve-se analisar o conteúdo do art. 6º, II, *fine*, da Lei 8.078/90, que também trata da “igualdade nas contratações”. Em outras palavras, adotando-se a corrente contrária à eficácia horizontal dos direitos fundamentais, tal dispositivo seria o suficiente para se determinar a aplicação do princípio da isonomia entre os próprios consumidores? Nesse sentido, há de se refletir se tal artigo refere-se à igualdade entre os consumidores, ou apenas à igualdade entre estes e as empresas, como muitos doutrinadores defendem.

Doravante, iniciar-se-ão as análises supramencionadas, utilizando-se diversos ensinamentos doutrinários e jurisprudenciais, com o fito de se pensar a respeito do tema, que – até onde se sabe – ainda não foi alvo de maiores reflexões por parte dos juristas brasileiros, propondo interpretações condizentes com o mundo fático e jurídico.

1 Neoconstitucionalismo: uma nova forma de se interpretar a Constituição

Propedeuticamente, cabe salientar que o neoconstitucionalismo, segundo Barroso, possui 3 (três) marcos essenciais: o histórico, filosófico e teórico. Este abarca a corrente chamada de pós-positivismo, que – dentre suas características – atribui normatividade aos princípios, servindo de base para o novo constitucionalismo.

Assim sendo, a partir de agora, analisar-se-ão tais marcos, objetivando explicitar essa nova forma de pensar a Constituição, principalmente a brasileira, haja vista a necessidade de questionar-se, posteriormente, acerca da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Todavia, antes de começar, vale salientar que a doutrina não é pacífica quanto à conceituação do neoconstitucionalismo, muito menos unânime em relação à forma como é proposta a interpretação e aplicação dos princípios constitucionais. Nesse sentido, Ávila afirma ser “certo que não há apenas um conceito de ‘neoconstitucionalismo’. A diversidade de autores, concepções, elementos e perspectivas é tanta, que torna inviável esboçar uma teoria única do ‘neoconstitucionalismo’. Não por outro motivo, costuma-se utilizar, no seu lugar, a expressão plural ‘neoconstitucionalismo(s)’”¹.

Portanto, objetivando facilitar o estudo acerca de tal teoria, adotar-se-ão, eminentemente, os ensinamentos de Barroso, um dos mais significativos estudiosos do Direito Constitucional.

1.1 Marco histórico no Brasil: o surgimento da Constituição Federal de 1988

Iniciada após a 2ª Guerra Mundial, a novel corrente do neoconstitucionalismo trouxe uma inovadora forma de se analisar a Constituição dos países europeus e, futuramente, do Brasil.

O grande marco histórico dessa corrente é o término da Guerra em 1945, em que os países europeus começaram a utilizar idéias de constitucionalismo e de democracia, que ensejaram a criação de uma nova forma de organização política: Estado Democrático de Direito. Além disso, conforme um dos maiores estudiosos do assunto no Brasil, Barroso, houve relevantes referências no desenvolvimento do neoconstitucionalismo, dentre as quais destacam-se a Lei Fundamental de Bonn

¹ ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o Direito da Ciência. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n° 17, janeiro/fevereiro/março, 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 6 abr. 2011, p. 1.

(Constituição alemã), de 1949, e, especialmente, a criação do Tribunal Constitucional Federal, instalado em 1951. A partir daí teve início uma fecunda produção teórica e jurisprudencial, responsável pela ascensão científica do direito constitucional no âmbito dos países de tradição romano-germânica. A segunda referência de destaque é a da Constituição da Itália, de 1947, e a subsequente instalação da Corte Constitucional, em 1956. Ao longo da década de 70, a redemocratização e a reconstitucionalização de Portugal (1976) e da Espanha (1978) agregaram valor e volume ao debate sobre o novo direito constitucional.²

No caso do Brasil, o processo do novo constitucionalismo implantou-se com a Constituição Cidadã, em que todos os setores da sociedade, após mais de 2 (duas) décadas de ditadura, reuniram-se para criar a sua mais recente Carta Magna. Foi nesse contexto de muita luta para inserção de garantias na Constituição em que ocorreu a mudança de um Estado autoritário para o democrático. A maior parte da população se mostrou extremamente participativa e interessada na consolidação de um texto que não permitisse mais as arbitrariedades cometidas no período ditatorial, assegurando-se a instalação de um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

Por fim, Barroso acrescenta que

sob a Constituição de 1988, o direito constitucional no Brasil passou da desimportância ao apogeu em menos de uma geração. Uma Constituição não é só técnica. Tem de haver, por trás dela, a capacidade de simbolizar conquistas e de mobilizar o imaginário das pessoas para novos avanços. O surgimento de um sentimento constitucional no País é algo que merece ser celebrado. Trata-se de um sentimento ainda tímido, mas real e sincero, de maior respeito pela Lei Maior, a despeito da volubilidade de seu texto. É um grande progresso.³

Após tais explicitações, falar-se-á acerca do marco filosófico, em que se discutirá a importância da ética no direito e a superação da legalidade estrita.

1.2 Marco filosófico (pós-positivismo): indo além da interpretação literal da norma

Com as revoluções liberais do final do século XVIII e no século XIX, iniciou-se um importante momento histórico de codificações e criações de constituições escritas. Concomitantemente, crescia o positivismo jurídico entre os iluministas, visando-se à objetividade científica e – como corolário – à equiparação do Direito a lei.

² BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 14 abr. 2010, p. 2.

³ BARROSO, op. cit., 2005, p. 2.

A partir desse momento, observou-se um alijamento da ética e da filosofia em relação ao Direito, porquanto este não era considerado nada mais do que a letra da lei. Como se sabe, os magistrados, à época, eram apenas a boca da lei, ou seja, não podiam pensar nem escrever nada que não estivesse exatamente prescrito em lei.

Todavia, em meados do século XX, com o término da 2ª Guerra Mundial, esse regime de extremada legalidade passou a ser questionado ante as barbáries cometidas pelos nazistas e fascistas no Continente europeu, baseadas em autorizações legais. Em outras palavras, não mais se aceitava uma total separação da ética em relação ao Direito, às leis, porque regimes autoritários e extremistas, como o nazismo, poderiam “autorizar” suas ultrajantes ações com fulcro na letra da lei, tornando imperioso o seu cumprimento.

Após esses fatos, surge o denominado pós-positivismo, em que urge reintegrar a ética, a filosofia ao Direito. Vejamos os ensinamentos de Barroso a respeito do tema:

O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de idéias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a filosofia.⁴

A grande dificuldade que se tem hodiernamente é saber qual deve ser a noção de ética prevalecente. Em outras palavras, como não há um órgão, uma instituição que diga o que é certo ou errado moralmente, passam a existir diversos conceitos e pensamentos, dificultando a escolha daquilo que poderia ser chamado de “mais correto”.

Aqui não se aprofundará o tema, haja vista que este não é o propósito da presente monografia; passando-se a analisar outras importantes características no item a seguir.

1.3 Marco teórico: força normativa e nova interpretação constitucionais

Este tópico é dividido por Barroso em 3 (três) subtítulos: (i) a força normativa da Constituição; (ii) a expansão da jurisdição constitucional e (iii) a evolução de uma nova interpretação constitucional. Para o presente trabalho, é importante que se analise o primeiro e

⁴ BARROSO, 2005, p. 3-4.

terceiro subtítulos, tendo em vista que o segundo trata apenas do surgimento de novas formas de controle de constitucionalidade, eminentemente o concentrado, o que não se mostra relevante para o cerne desta monografia.

1.3.1 Força normativa da Constituição

Até o meio do século XX, a Constituição era tida como um documento de caráter primordialmente político. Destarte, para que seus dispositivos pudessem ser concretizados, aplicados deveria haver, necessariamente, uma participação do Legislativo – criando leis – ou do Executivo, utilizando-se de sua discricionariedade. O Judiciário, por sua vez, ficava excluído desse sistema, ou seja, ele não podia aplicar diretamente os artigos e mandamentos da Constituição, haja vista a inexistência de força normativa da mesma.

Contudo, a partir do fim da 2ª Guerra Mundial, esse cenário começou a ser alterado, chegando aos dias hodiernos em que

passou a ser premissa do estudo da Constituição o reconhecimento de sua força normativa, do caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições. Vale dizer: as normas constitucionais são dotadas de imperatividade, que é atributo de todas as normas jurídicas, e sua inobservância há de deflagrar os mecanismos próprios de coação, de cumprimento forçado.⁵

Dessa forma, surgiu uma nova forma de aplicar as normas constitucionais. O Judiciário não se encontra mais adstrito às normas infraconstitucionais para poder aplicar os comandos da Constituição Federal no caso concreto. Os mandamentos da Carta Maior passaram a ter implicações diretas na vida dos cidadãos, sendo prescindível – em regra – a atuação do legislador infraconstitucional para que se façam valer as suas normas.

No que se refere à aplicação deste entendimento aos direitos fundamentais, Dimoulis e Martins asseveram, aludindo ao §1º do art. 5º, da CF, que

a referida norma determina que os titulares dos direitos não precisam aguardar autorização, concretização ou outra determinação estatal para poder exercer seus direitos fundamentais. Se o legislador for omissivo em regulamentar e/ou limitar um direito, este poderá ser exercido imediatamente em toda a extensão que a Constituição Federal define, sendo o Poder Judiciário competente para apreciar casos de sua violação. Em outras palavras, o §1º do art. 5º deixa claro que os direitos fundamentais não são simples declarações políticas ou programas de ação do poder público e tampouco podem ser vistos como normas de eficácia ‘limitada’ ou ‘diferida’. Todas as normas da Constituição que são relacionadas a direitos e

⁵ BARROSO, 2005, p. 4.

garantias fundamentais são preceitos normativos que vinculam o poder do Estado de forma direta e imediata.⁶

Seguindo este pensamento, no que tange à defesa do consumidor, Garcia leciona que

a inclusão da defesa do consumidor como direito fundamental na CF vincula o Estado e todos os demais operadores a aplicar e efetivar a defesa deste entre vulnerável, considerado mais fraco na sociedade. É o que chamamos de ‘força normativa da Constituição’, na expressão de Konrad Hesse, em que a Constituição, ou os direitos nela assegurados, em especial os direitos fundamentais, não são meros programas ou discursos a serem seguidos, mas apresentam força de norma (norma jurídica), passível de ser executado e exigível.⁷

Como será analisado mais a frente, esta nova forma de se interpretar a Constituição Federal e a inclusão da defesa do consumidor demonstram a importância das regras consumeristas no cotidiano daqueles que estão em busca de um produto e/ou serviço. Esta garantia constitucional será ratificada pelo Código de Defesa do Consumidor, Lei que será perscrutada posteriormente.

1.3.2 Evolução de uma nova interpretação constitucional

Os elementos tradicionais de interpretação do Direito (gramatical, histórico, sistemático e teleológico) e os de solução de conflitos normativos (hierárquico, temporal e especial) são aplicáveis – quando o caso – à Constituição. Todavia, devido a suas especificidades, engendraram-se princípios próprios para a interpretação constitucional, os quais possuem natureza instrumental. São eles: “o da supremacia da Constituição, o da presunção de constitucionalidade das normas e atos do Poder Público, o da interpretação conforme a Constituição, o da unidade, o da razoabilidade e o da efetividade.”⁸

Posteriormente, tendo em vista a evolução do direito constitucional, a interpretação tradicional passou a ser insuficiente para resolução das controvérsias surgidas no dia-a-dia. Dessarte, nem sempre a solução estará presente apenas no texto normativo, exigindo-se do magistrado uma atuação muito além da técnica, em que ele complemente o

⁶DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 90-91.

⁷GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direito do Consumidor. Código Comentado e Jurisprudência**. 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009, p. 3.

⁸BARROSO, 2005, p. 6.

trabalho do legislador ao valorar as cláusulas abertas e ao escolher dentre soluções cabíveis no caso em discussão.

Outro ponto que corrobora os argumentos apresentados é o que se refere à diferenciação entre princípios e regras e a eficácia normativa que lhe é aplicada no pós-positivismo. Assim sendo,

princípios não são, como as regras, comandos imediatamente descritivos de condutas específicas, mas sim normas que consagram determinados valores ou indicam fins públicos a serem realizados por diferentes meios. Como se percebe claramente, a menor densidade jurídica de tais normas impede que delas se extraia, no seu relato abstrato, a solução completa das questões sobre as quais incidem. Também aqui, portanto, impõe-se a atuação do intérprete na definição concreta de seu sentido e alcance.⁹

Portanto, com o fito de realizar a imprescindível interpretação dos princípios constitucionais, no próximo capítulo serão abordados os mais relevantes princípios para a questão de diferenciação entre homens e mulheres no preço das entradas das casas noturnas, estabelecendo-se quais deverão prevalecer.

⁹ BARROSO, 2005, p. 7.

2 Os princípios constitucionais conflitantes

Após a análise do novo modelo de interpretação constitucional, em que se destaca a força normativa da Constituição Federal, caso seja considerado aplicável, haverá novos desafios a serem enfrentados.

Primeiramente, urge destacar os princípios constitucionais que podem ser utilizados no problema de pesquisa proposto, com o fito de – posteriormente – analisar se eles são conflitantes entre si.

Feito isso, em se considerando haver conflito na aplicação dos mesmos, deve-se perscrutar acerca da prevalência do(s) princípio(s) no caso concreto, vale dizer, qual(is) dele(s) deve(m) prevalecer?

Assim sendo, vejam-se os princípios que podem ser aplicados na diferenciação entre homens e mulheres nas casas noturnas, visando a justificar, ou não, a sua constitucionalidade/legalidade: (i) livre iniciativa; (ii) propriedade privada e sua função social; (iii) defesa do consumidor e (iv) isonomia.

Doravante, analisar-se-á cada um deles, culminando em uma proposta acerca da prevalência de um(ns) sobre outro(s).

2.1 Princípio da livre iniciativa

Baseando-se na conceituação de alguns autores a respeito do princípio da livre iniciativa, pode-se caracterizá-lo como a liberdade e autonomia privada de iniciativa que engendram a possibilidade de distinguir o cidadão como agente empreendedor, culminando no direito à criação de uma empresa, à assunção de riscos e a sua gestão de forma autônoma. Além disso, compreende as *liberdade de comércio e indústria* (liberdade de investimento, exercício, organização da empresa e contratação) e *liberdade de concorrência* (faculdade de conquistar clientela, neutralidade do Estado entre concorrentes e, simultaneamente, proibição de concorrência desleal).

Também, vale ressaltar que o princípio está insculpido no Título I (Dos Princípios Fundamentais), art. 1º, IV¹⁰ e no Título VII (Da Ordem Econômica e Financeira), Capítulo I (Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica), art. 170¹¹, ambos da Constituição Federal de 1988.

Após este breve intróito sobre o tema, vale ressaltar que tal princípio permite, por exemplo, que cada cidadão escolha o tipo de negócio que abrirá, como se dará a organização de sua empresa, quem serão as pessoas participantes da sociedade empresarial, quem investirá e quanto, a quantidade de trabalhadores que serão contratados, se haverá propaganda pelos meios de comunicação em massa, etc.

Assim sendo, não há dúvida de que a livre iniciativa possui um espectro muito amplo, possibilitando aos empreendedores a realização de inúmeras atividades, de diversas formas possíveis, organizando-se da maneira que melhor lhe aprouver. Nesse contexto, destacam-se estudiosos que vêem a livre iniciativa de forma mais liberal e relevante individualmente, como é o caso de Celso Ribeiro Bastos, para o qual este princípio

é uma manifestação dos direitos fundamentais e no rol daqueles devia estar incluída. De fato o homem não pode realizar-se plenamente enquanto não lhe for dado o direito de projetar-se através de uma realização transpessoal. Vale dizer, por meio da organização de outros homens com vistas à realização de um objetivo. Aqui a liberdade de iniciativa tem conotação econômica. Equivale ao direito que todos têm de lançarem-se ao mercado da produção de bens e serviços por sua conta e risco.

¹⁰ 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:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

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

¹¹ 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:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte.

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Aliás, os autores reconhecem que a liberdade de iniciar a atividade econômica implica a de gestão e a de empresa.¹²

Todavia, como quase tudo na vida, existem posições contrárias, tal qual o pensamento de José Afonso da Silva, para quem este princípio,

num contexto de uma Constituição preocupada com a realização da justiça social (o fim condiciona os meios), não pode significar mais do que 'liberdade de desenvolvimento da empresa no quadro estabelecido pelo poder público, e, portanto, possibilidade de gozar das facilidades e necessidade de submeter-se às limitações postas pelo mesmo'. É legítima, enquanto exercida no interesse da justiça social. Será ilegítima, quando exercida com objetivo de puro lucro e realização pessoal do empresário.¹³

Em outras palavras, na opinião do douto doutrinador, o princípio em questão não pode servir de proteção aos empresários, no sentido de garantir-lhes o exercício de sua atividade com o escopo unicamente do lucro e – consequentemente – de sua realização pessoal e profissional. Logo, por mais que o comerciante tenha diversas liberdades em relação a sua atividade, existem alguns limites que devem ser mantidos, visando a impedir que o lucro seja interpretado como uma garantia absoluta.

Seguindo a esteira de que a livre iniciativa está atrelada ao bem da sociedade, não só ao do indivíduo, Eros Graus explicita que

as leituras que têm sido feitas do inciso IV do art. 1º são desenvolvidas como se possível destacarmos de um lado 'os valores sociais do trabalho', de outro a 'livre iniciativa', simplesmente. Não é isso, no entanto o que exprime o preceito. Este em verdade enuncia, como fundamentos da República Federativa do Brasil, o valor social do trabalho e o *valor social da livre iniciativa*. Isso significa que a *livre iniciativa* não é tomada, enquanto fundamento da República Federativa do Brasil, como expressão individualista, mas sim no quanto expressa de socialmente valioso.¹⁴

Como se pode observar, o recém aposentado ministro do Supremo Tribunal Federal defende uma leitura “social” do art. 1º, IV, da CF/88, vale dizer, ele entende que a livre iniciativa deve ser vista com um valor social, fazendo prevalecer o coletivo sobre o individual.

¹² BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. vol. 7. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 16.

¹³ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 760.

¹⁴ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e crítica)**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p.184.

Ora, atualmente, torna-se cada vez mais difícil defender que um proprietário pode fazer o que bem entender com sua propriedade, dispondo-a da forma que lhe mais aprouver, sem que se preocupe com determinadas questões sociais e coletivas.

Dessa forma, a livre iniciativa das empresas vem sofrendo um influxo cada vez maior de normas públicas, as quais acabam – para o bem maior da sociedade – estipulando determinados limites aos empresários. Para tanto, apenas para ilustrar um tema que será aprofundado mais adiante, basta observar que a própria Constituição Cidadã instituiu a defesas do consumidor como um dos princípios da Ordem Econômica. Ou seja, as vontades privadas não podem mais ser aplicadas indiscriminadamente, haja vista a criação de normas constitucionais e legais que visam a impedir determinados abusos quando da aplicação de tais vontades.

Outro não é o entendimento de Garcia, para o qual

o empresário somente tem assegurado o livre exercício da atividade econômica (p.u. do art. 170 CF) se respeitar e assegurar os direitos do consumidor. Como exemplo, o empresário poderá elaborar contrato de adesão, estipulando as cláusulas contratuais para o fim de sua atividade, desde que não sejam abusivas.¹⁵

O Supremo Tribunal Federal também já se manifestou acerca da intervenção estatal na livre iniciativa, no que tange a determinadas leis estaduais sobre a meia-entrada de estudantes em eventos culturais, esportivos e de lazer. Exemplificativamente, veja-se a decisão prolatada na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1950, cujo teor foi resumido no informativo nº 407:

(...) Da mesma forma, foram rejeitados os argumentos quanto a vícios de inconstitucionalidade material. Esclareceu-se que, para que sejam realizados os fundamentos do art. 1º e os fins do art. 3º, da CF, é necessário que o Estado atue sobre o domínio econômico, sendo essa intervenção não só adequada, mas indispensável à consolidação e preservação do sistema capitalista. **Considerou-se, destarte, que, se de um lado a Constituição assegura a livre iniciativa, de outro determina ao Estado a adoção de providências tendentes a garantir o efetivo exercício do direito à educação, à cultura e ao desporto (CF, arts. 23, V; 205; 208; 215 e 217, § 3º), ressaltando que, na composição entre esses princípios e regras, há de ser preservado o interesse da coletividade.** Vencidos os Ministros Marco Aurélio e Cezar Peluso que julgavam procedente o pedido. ADI 1950/SP, rel. Min. Eros Grau, 3.11.2005. (ADI-1950). (grifou-se)

Outro importante precedente do STF é abordado no informativo nº 480, que fala sobre a decisão proferida na ADI nº 3768. Nesta ação, tratou-se da constitucionalidade da Lei

¹⁵ GARCIA, 2009, p. 7-8.

10.741/2003 (Estatuto do Idoso), que assegura a gratuidade dos transportes coletivos públicos urbanos e semi-urbanos aos idosos (maiores de 65 anos). Analise-se:

Salientando que a norma do § 2º do art. 230 da CF é de eficácia plena e aplicabilidade imediata, entendeu-se que o legislador ordinário nada mais fez que dotar de efetividade um dos direitos sociais do idoso (CF: “Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida. ... § 2º - Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos.”). Asseverou-se que o direito dos idosos ao transporte gratuito não é um fim em si mesmo, e que a facilidade de seu deslocamento físico pelo uso de transporte coletivo deve ser assegurada como garantia da qualidade digna de vida para os que não podem pagar ou já colaboraram com a sociedade em períodos pretéritos, de modo a lhes caber, nesta fase da vida, tal benefício, a ser custeado pela sociedade. Aduziu-se, também, que mesmo nos contratos de concessão ou permissão assinados antes da promulgação da Constituição, em respeito à garantia do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, os delegados dos serviços de transporte municipal e intermunicipal apenas poderiam requerer a alteração dos contratos para cobrir-se, financeiramente, com os ônus comprovados em planilha sobre o uso dos transportes delegados pelos idosos. (...) **Dessa forma, a compensação pela gratuidade de transporte coletivo urbano aos idosos, pleiteada pela requerente, além de não prevista na Constituição Federal, só seria admitida se fosse comprovado prejuízo real para as empresas em regime de concessão ou permissão, ante um desequilíbrio extraordinário e inesperado, o que não ocorreria, haja vista ser habitual, entre concessionários e permissionários, a previsão dos custos e dos lucros.** ADI 3768/DF, rel. Min. Cármen Lúcia, 19.9.2007. (grifou-se)

Nesse diapasão, faz-se mister ressaltar o mais recente julgado (**19/05/2011**) no mesmo sentido:

A ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha, do Supremo Tribunal Federal (STF), negou seguimento ao Agravo em Recurso Extraordinário (ARE 639088) proposto pela Federação das Empresas de Transportes Rodoviários do Rio Grande do Sul contra decisão do Tribunal de Justiça (TJ) estadual, que declarou inconstitucional uma lei do município gaúcho de Canguçu que limitava a gratuidade da tarifa de transporte coletivo para maiores de 65 anos a quatro utilizações mensais não cumulativas. **A corte estadual entendeu que a norma, que criava restrição ao direito, afrontava o artigo 230, parágrafo 2º, da Constituição Federal, que proclama a gratuidade dos transportes coletivos aos maiores de 65 anos, sem qualquer tipo de restrição.** Ao analisar o ARE, a ministra explicou que a decisão do TJ-RS está em perfeita harmonia com a jurisprudência do STF, ‘pelo que nada a aprobe quanto às alegações da agravante’, concluiu a ministra. (grifou-se)¹⁶

O que se pode constatar nessas decisões é a convergência de entendimentos da doutrina majoritária e do judiciário, em especial a Suprema Corte. Em outras palavras, como se vem observando, o princípio da livre iniciativa não pode ser tido como absoluto, devendo dar espaço para determinadas iniciativas de caráter coletivo.

¹⁶ STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=179913>>. Acesso em 23 maio 2011.

Se por um lado o legislador constituinte elegeu a livre iniciativa como um dispositivo constitucional, ele também o fez com relação à educação, à cultura, ao lazer, ao consumidor, ao idoso, etc. Logo, no caso concreto, tem de se sopesar qual dos princípios, qual dos institutos deverá prevalecer em determinados pontos específicos, a fim de que haja uma compatibilização adequada dos princípios conflitantes.

É importante sobrelevar que ao entender constitucionais as normas que instituíram a meia-entrada para estudantes em eventos relacionados ao lazer, à cultura e à gratuidade dos transportes coletivos públicos urbanos e semiurbanos aos idosos (maiores de 65 anos), o Supremo Tribunal Federal não disse que a livre iniciativa não se aplicava nestes casos. Pelo contrário, ela é essencial para que tais benefícios possam ser oferecidos aos seus destinatários. Todavia, a fim de que seja possível uma convivência harmônica entre os preceitos constitucionais, faz-se mister seja possibilitado o influxo de outros dispositivos que não o da livre iniciativa.

Portanto, entende-se que em alguns casos, a livre iniciativa dos empresários deve ceder para outros princípios constitucionais, tendo certo limite na sua aplicação, sob pena de tornar letra morta diversos dispositivos consagrados em nossa Magna Carta.

Após estas explicações, analisar-se-á o princípio da propriedade privada e a sua função social, que estão intimamente ligados com a livre iniciativa. Outrossim, aproveitar-se-á o ensejo para abordar o entendimento atual sobre as características do contrato, haja vista sua importância para o presente tema.

2.2 Princípio da propriedade privada e sua função social

O princípio da propriedade privada está insculpido em diversos artigos da nossa Carta Magna, dentre eles os artigos 5º, *caput*, XXII, XXIII¹⁷; 170, II, III¹⁸; 182, §2º¹⁹; 185²⁰;

¹⁷ 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:

XXII - é garantido o direito de propriedade;

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

¹⁸ 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:

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

¹⁹ Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

186²¹; 191²² e 222²³. O Código Civil também trata desse princípio em diversos artigos, regulamentando-o. Cita-se – apenas para exemplificar – o art. 1.128 e seus parágrafos²⁴.

Consoante Orlando Gomes, a propriedade é “um *direito complexo*, se bem que unitário, consistindo num feixe de direitos consubstanciados nas faculdades de usar, gozar, dispor e reivindicar a coisa que lhe serve de objeto.”²⁵ Em outras palavras, esse instituto garante ao indivíduo que utilize seu bem da forma como entender necessário, sem a interferência de outrem. Ademais,

considerada na perspectiva dos poderes do titular, a propriedade é o mais amplo direito de utilização econômica das coisas, direta ou indiretamente. O proprietário tem a faculdade de servir-se da coisa, de lhe perceber os frutos e produtos, e lhe dar a destinação que lhe aprouver. Exercer poderes jurídicos tão extensos que a sua enumeração seria impossível.²⁶

§ 2º - A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

²⁰ Art. 185. São insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária:

I - a pequena e média propriedade rural, assim definida em lei, desde que seu proprietário não possua outra;

II - a propriedade produtiva.

Parágrafo único. A lei garantirá tratamento especial à propriedade produtiva e fixará normas para o cumprimento dos requisitos relativos a sua função social.

²¹ Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I - aproveitamento racional e adequado;

II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

²² Art. 191. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.

²³ Art. 222. A propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens é privativa de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, ou de pessoas jurídicas constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sede no País.

²⁴ Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

§ 2º São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.

§ 3º O proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo público iminente.

§ 4º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

§ 5º No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores.

²⁵ GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 109.

²⁶ GOMES, op. cit., 2009, p. 110.

Todavia, como se pode constatar, diversos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais, que tratam da propriedade privada, mencionam, norteiam e regulamentam sua função social. Ou seja, assim como já fora mencionado quando se tratou da livre iniciativa, a propriedade privada não pode – no Estado Social Democrático de Direito no qual estamos inseridos – ser tida como um direito absoluto, tendo de ceder para os reclames sociais.

Nesse diapasão, a título de exemplo, podemos citar o artigo 186, da Constituição Cidadã, que estabelece as exigências a serem adimplidas pelo particular para que a sua propriedade rural cumpra sua função social e – como corolário – não esteja apta a sofrer qualquer tipo de sanção por parte do Estado. Este é um excelente exemplo que demonstra a prevalência do social, do coletivo sobre o privado, impossibilitando o particular de fazer aquilo que quiser e quando quiser com o seu bem imóvel.

Indo além, Eros Grau assevera:

O que mais releva enfatizar, entretanto, é o fato de que o princípio da *função social da propriedade* impõe ao proprietário – ou a quem detém o poder de controle, na empresa – o dever de *exercê-lo* em benefício de outrem e não, apenas, de *não o exercer* em prejuízo de outrem. Isso significa que a *função social da propriedade* atua como fonte da imposição de comportamentos positivos – prestação de *fazer*, portanto, e não, meramente, de *não fazer* – ao detentor do poder que deflui da propriedade. (...) O princípio da *função social da propriedade*, (destas propriedades), de modo a determinar profundas alterações estruturais na sua interioridade.²⁷

Como salientado pelo nobre doutrinador, a função social da propriedade está transformando a forma de se ver a propriedade privada. Não basta, neste novo contexto, que o empresário apenas abstenha-se de causar prejuízo a terceiros, ele tem de atuar de forma a beneficiar outrem. Ou seja, para que ele possa exercer uma atividade voltada à aquisição de lucros, ele tem de arcar com alguns ônus, dentre eles – por exemplo – o de atuar positivamente a favor do consumidor, “peça” chave para o sucesso de seu empreendimento.

Em que pese a corrente supramencionada, havia outra divergente que defendida, cerca de um século atrás, o direito absoluto da propriedade, como se pode observar nos ensinamentos de Orlando Gomes:

Direito absoluto também é porque confere ao titular o poder de decidir se deve usar a coisa, abandoná-la, aliená-la, destruí-la, e, ainda, se lhe convém limitá-lo, constituindo, por desmembramento, outros direitos reais em favor de terceiros. Em outro sentido, diz-se, igualmente, que é absoluto, porque oponível a todos. Mas a oponibilidade *erga omnes* não é peculiar ao direito de propriedade. O que lhe é

²⁷ GRAU, 2004, p. 222.

próprio é esse poder jurídico de dominação da coisa, que fica ileso em sua substancialidade ainda quando sofre certas limitações. (...) Por último, seu caráter de *direito absoluto* se manifesta mais nitidamente no aspecto *real* de poder direto sobre a coisa com o qual se distingue das outras relações jurídicas.²⁸

Contudo, Gomes esclarece que houve a relativização do direito de propriedade, quando afirma que o Código Civil mitiga o caráter irrestrito do direito real de propriedade, tendo em vista que sua função finalística é dada pela ordem econômica e social. Ou seja, “o exercício dos poderes inerentes a um determinado direito, sob pena de configurar a hipótese legal do abuso previsto no art. 187 do Código Civil, está limitado ao fim econômico ou social. Essa percepção teleológica confere à função social uma chancela finalística, quer recaia sobre móveis, quer sobre imóveis.”²⁹

Aparentemente, considerar qualquer direito ou garantia como absolutos não parece estar de acordo com a melhor forma de se interpretar a Constituição Federal de 1988 e as normas infraconstitucionais. Para chegar-se a tal conclusão, basta que se imagine uma situação em que 2 (dois) ou mais princípios sejam conflitantes entre si no caso concreto. Se um direito for tido como absoluto, certamente, em algum momento estar-se-á cometendo uma injustiça, para não dizer um equívoco hermenêutico.

Exemplificativamente, caso o direito de propriedade fosse absoluto, seria impossível a aplicação do instituto da desapropriação, seja por motivo de não adimplemento da função social, seja por interesse estatal, tornando inócua boa parte do nosso Texto Maior. Da mesma forma não se poderia garantir a ordem pública – conforme o art. 144³⁰, da CF – dentro de uma festa particular, realizada em uma propriedade privada, em que vândalos comesçassem a agredir outras pessoas, caso a propriedade fosse tida como absoluta.

Ainda relacionado à livre iniciativa, à propriedade e autonomia privadas, urge falar a respeito dos contratos privados, suas características e vicissitudes sofridas nas últimas décadas, a fim de que se possa analisar até onde vai a liberdade de contratar das partes e – como corolário – o exercício dos dois princípios supramencionados.

²⁸ GOMES, 2009, p. 109-110.

²⁹ GOMES, 2009, p. 110.

³⁰ Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

I - polícia federal;

II - polícia rodoviária federal;

III - polícia ferroviária federal;

IV - polícias civis;

V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.

2.2.1 Contratos privados

De acordo com Caio Mário, pode-se definir contrato como “um acordo de vontades, na conformidade da lei, e com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos.”³¹ Também, salienta-se que desde Clóvis Beviláqua “o contrato é comumente conceituado de forma sucinta, como o 'acordo de vontades para o fim de adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direito’”³²

Ademais, há de se destacar – brevemente – os princípios e características clássicas inerentes aos mesmos, quais sejam: (i) Autonomia da vontade, que consiste na liberdade de contratar, em seu sentido mais amplo. Mediante declaração de vontade, as pessoas acordam o que constará do contrato; (ii) Consensualismo. Conforme este princípio basta o acordo de vontades para a formação do contrato, independentemente de forma ou entrega da coisa. Normalmente os contratos aperfeiçoam-se pelo mero consenso; (iii) Relatividade dos efeitos dos contratos, segundo o qual os efeitos do contrato restringem-se aos pactuantes, não atingindo pessoas estranhas à avença e (iv) Obrigatoriedade dos contratos. Quando o contrato é regularmente celebrado, sua força vinculante obriga as partes contraentes (*pacta sunt servanda*).

Entretanto, com o passar das décadas passou a existir uma nova forma de pensar o contrato privado, assim como de se enxergar os institutos da livre iniciativa e da propriedade privada. A autonomia de vontade e a obrigatoriedade já não podem ser tidas como absolutas, haja vista o surgimento de novos princípios: (i) Supremacia da ordem pública, que limita o âmbito de ação individual em favor dos interesses da sociedade; (ii) Função social dos contratos. Os contratos têm dimensões funcionais que extrapolam os interesses individuais envolvidos, importando, também, à coletividade. Este princípio, de extrema relevância, força revisões semânticas nos conceitos clássicos de outros princípios, como o da relatividade dos efeitos do contrato, por exemplo; (iii) Revisão dos contratos ou onerosidade excessiva. Como direção oposta, sob certo aspecto, ao princípio da obrigatoriedade, preconiza que, sob certas condições, o contratante pode pleitear a revisão do contrato, visando a reequilibrar as prestações envolvidas (*rebus sic stantibus* e teoria da imprevisão); (iv) Boa-fé e probidade. Na sua feição objetiva, hoje muito prevalente, o princípio exige que as partes contratantes

³¹ Apud GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume III**: contratos e atos unilaterais. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 2.

³² GONÇALVES, 2009, p. 2.

mantenham uma conduta leal, correta e respeitosa às expectativas legítimas decorrentes da confiança.

Carlos Roberto Gonçalves nos explica melhor essa nova forma de se pensar o contrato civil:

Efetivamente, o dispositivo supratranscrito subordina a liberdade contratual à sua função social, com prevalência dos princípios condizentes com a ordem pública. Considerando que o direito de propriedade, que deve ser exercido em conformidade com a sua função social, proclamada na Constituição Federal, se viabiliza por meio dos contratos, o novo Código estabelece que a liberdade contratual não pode afastar-se daquela função. A função social do contrato constitui, assim, princípio moderno a ser observado pelo intérprete na aplicação dos contratos. Alia-se aos princípios tradicionais, como os da autonomia da vontade e da obrigatoriedade, muitas vezes impedindo que estes prevaleçam.³³

Na verdade, a aplicação dos princípios imanentes aos contratos permanece, contudo, eles passam a ser relativizados, sofrendo o influxo de normas e determinações estatais (Leis) que visam a limitá-los e tirar-lhes o seu caráter absoluto. O que se tem hoje nada mais é do que uma adequação da vontade individual ao interesse coletivo, ou seja, sobrepõe-se este àquela.

No que tange aos contratos baseados no Código de Defesa do Consumidor, houve uma evolução ainda maior na preocupação do legislador com a sociedade e com a parte mais fraca. Todavia, neste momento não será aprofundado o tema, haja vista que posteriormente será analisada especificamente a aplicação do CDC nas relações consumeristas. Mas, vale deixar registrado que a Lei 8.078/90 é um importante marco na consagração dos direitos daqueles que adquirem produtos e serviços além de incentivar a participação da função social do contrato nas relações entre indivíduos e empresas.

2.3 Defesa do consumidor

O princípio da defesa do consumidor está presente em alguns artigos da Constituição Federal de 1988, destacando-se os 5º, XXXII³⁴; 24, VIII³⁵; 150, § 5º³⁶; art. 170,

³³ GONÇALVES, 2009, p. 5.

³⁴ 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:

XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

³⁵ Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

VIII - responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

V³⁷; art. 175, parágrafo único, II³⁸ e no art. 48 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias³⁹.

A importância deste princípio é destacada por Eros Grau, ao asseverar que

a par de consubstanciar, a *defesa do consumidor*, um modismo modernizante do capitalismo – a ideologia do consumo contemporizada (a regra “acumulai, acumulai” impõe o ditame “consumi, consumi”, agora porém sob proteção jurídica de quem consome) – afeta todo o exercício de atividade econômica, inclusive tomada a expressão em sentido amplo, como se apura da leitura do parágrafo único, II do art. 175. O caráter constitucional conformador da ordem econômica, deste como dos demais princípios de que tenho cogitado, é inquestionável.⁴⁰

Ora, não é possível entender-se o princípio de defesa do consumidor como letra morta da constituição. Dúvida não existe de que ele foi criado para garantir que a livre iniciativa, a atividade econômica, a autonomia privada, a propriedade privada não se sobreponham sobre os interesses dos consumidores. As normas consumeristas possuem como fito a proteção daquele que adquirirá um produto ou serviço de um determinado fornecedor, haja vista a clara desigualdade de poderes entre ambos.

Nesse sentido, é possível afirmar que os princípios acima mencionados permanecem, porém, suas aplicações não serão irrestritas. Imaginar que a defesa do consumidor em nada afetaria as relações de consumo é no mínimo ignorar os dispositivos contidos em nossa Carta Magna, para não dizer que se trata de um erro hermenêutico crasso.

A fim de corroborar os argumentos apresentados, Herman Benjamin diz que:

Efetivamente, no Brasil de hoje, a proteção do consumidor é um valor constitucionalmente fundamental (*Wertsystem*), é um direito fundamental e é um princípio da ordem econômica da Constituição Federal (art. 170, V), princípio limitador da autonomia da vontade dos fortes em relação aos fracos ou vulneráveis

³⁶ Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

§ 5º - A lei determinará medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços.

³⁷ 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:

V - defesa do consumidor;

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

³⁸ Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

II - os direitos dos usuários;

³⁹ Art. 48. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor.

⁴⁰ GRAU, 2004, p. 225.

(*debilis*), construindo um novo direito privado mais consciente de sua função social (expressão de Gierke).⁴¹

Outrossim, faz-se mister destacar que a defesa do consumidor é uma espécie de princípio especial, visando a nortear uma espécie do gênero “relações privadas”, qual seja: a relação de consumo. O que se quer dizer é que nos momentos em que a defesa do consumidor conflitar com os princípios atinentes ao âmbito privado (propriedade privada, livre iniciativa, etc.), em regra, ele deverá prevalecer no momento de compatibilização dos mesmos, por possuir um caráter de especialidade sobre os outros. Atente-se para o fato de que os demais princípios continuam a ser aplicados na relação jurídica como um todo, mas, em pontos específicos da relação de consumo eles não o serão, por conta de determinados preceitos legais.

Objetivando esclarecer esta hermenêutica, Nelson Nery Jr., ao abordar os princípios da defesa do consumidor e da livre iniciativa diz que:

Nada obstante esses dois princípios serem compatíveis, pode haver conflito entre eles, de sorte que se torna necessária a tarefa de harmonização e compatibilização, devendo o intérprete, para solucionar o conflito, tomar esses princípios no sentido de harmonizá-los e ponderá-los, pois os princípios encerram exigências e padrões que devem ser realizados. Ao revés, é insustentável a validade simultânea das *normas de preceito* contraditórias, que não podem ser compatibilizadas como os princípios, mas interpretadas de acordo com as regras solucionadoras dos conflitos aparentes de normas, vale dizer, de acordo com os princípios da especialidade (*lex specialis derogat lex generalis*) e subsidiariedade, entre outros. Não pode haver, de conseqüência, conflito entre dois princípios nem entre dois desdobramentos do mesmo princípio, como *in casu* ocorre com a defesa do consumidor e livre iniciativa, subprincípios do princípio geral da ordem econômica.⁴²

Hodiernamente, imaginar que a sociedade brasileira permite a obtenção dos lucros, pelos empresários, a qualquer custo, é incoerente com o Estado Social Democrático de Direito no qual vivemos. Permitir que os empreendedores, com fulcro no princípio da livre iniciativa e da propriedade privada, possam fazer aquilo que quiserem com suas lojas, produtos, serviços, propagandas, etc; enganando os consumidores, causando-lhes prejuízos materiais e morais, não é condizente com a função social que tem de ser preservada nas relações entre privados e – principalmente – naquelas que envolvam consumidores.

Consentânea com este pensamento, veja-se a explanação de Arruda Alvim acerca do tema:

⁴¹ BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 30.

⁴² NERY JR., Nelson. **Os Princípios Gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. Revista de Direito do Consumidor nº 03. São Paulo: Revista dos tribunais, 1992, p. 52.

Garantia constitucional desta magnitude, possui, no mínimo, como efeito imediato e emergente, irradiado da sua condição de princípio geral da atividade econômica do país, conforme erigido em nossa Carta Magna, o condão de inquirir de inconstitucionalidade qualquer norma que possa consistir óbice à defesa desta figura fundamental das relações de consumo, que é o consumidor.⁴³

Por enquanto não se entrará na análise profunda do CDC, tendo em vista que posteriormente será destinado um capítulo exclusivamente para esta tarefa. Destarte, passa-se para o mais importante tópico do presente trabalho, haja vista a sua relevância para se determinar se homens e mulheres devem pagar, ou não, o mesmo preço para entrarem nas casas noturnas.

2.4 Isonomia

O princípio da isonomia encontra-se presente no Preâmbulo Constitucional⁴⁴, nos artigos 3º, III e IV⁴⁵; 4º, V⁴⁶; 5º, *caput* e I⁴⁷; 7º, XXXIV⁴⁸; 37, XXI⁴⁹; 43, *caput*⁵⁰ e §2º, I⁵¹;

⁴³ ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza; ALVIM, Eduardo Arruda; MARINS, James. **Código do Consumidor Comentado**. 2ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 14-15.

⁴⁴ Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

⁴⁵ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

⁴⁶ Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

V - igualdade entre os Estados;

⁴⁷ 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:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

⁴⁸ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XXXIV - igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso.

⁴⁹ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

⁵⁰ Art. 43. Para efeitos administrativos, a União poderá articular sua ação em um mesmo complexo geoeconômico e social, visando a seu desenvolvimento e à redução das desigualdades regionais.

⁵¹ 2º - Os incentivos regionais compreenderão, além de outros, na forma da lei:

I - igualdade de tarifas, fretes, seguros e outros itens de custos e preços de responsabilidade do Poder Público;

art. 165, §7º⁵²; 170, VII⁵³; 206, I⁵⁴; 227, §3º, IV⁵⁵; todos da Constituição Federal de 5 de dezembro de 1988.

Obviamente, os dispositivos nos quais se encontram objetivos para redução da desigualdade, também se referem ao princípio da igualdade, tendo em vista que o escopo final é esse.

Este princípio é de suma importância para se verificar a constitucionalidade/legalidade da cobrança diferenciada entre homens e mulheres nas entradas das boates. Isto porque será por meio dele que serão analisadas as justificativas para esse tratamento diferenciado e sua razoabilidade, verificando-se se são condizentes ou não com o ordenamento jurídico brasileiro.

Isto posto, ressalta-se o ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello, que servirá de norteador para se verificar caracterização da ofensa à isonomia:

Há ofensa ao preceito constitucional da isonomia quando: I – A norma singulariza atual e definitivamente um destinatário determinado, ao invés de abranger uma categoria de pessoas, ou uma pessoa futura e indeterminada. II – A norma adota como critério discriminador, para fins de diferenciação de regimes, elemento não residente nos fatos, situações ou pessoas por tal modo desequiparadas. É o que ocorre quando pretende tomar o fato ‘tempo’ – que não descansa no objeto – como critério diferencial. III – A norma atribui tratamentos jurídicos diferentes em atenção a fator de discrimen adotado que, entretanto não guarda relação de pertinência lógica com a disparidade de regimes outorgados. IV – A norma supõe relação de pertinência lógica existente em abstrato, mas o discrimen estabelecido conduz a efeitos contrapostos ou de qualquer modo dissonantes dos interesses prestigiados constitucionalmente. V – A interpretação da norma extrai dela distinções, discrimens, desequiparações que não foram professadamente assumidos por ela de modo claro, ainda que por via implícita.⁵⁶

⁵² Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão:

§ 7º - Os orçamentos previstos no § 5º, I e II, deste artigo, compatibilizados com o plano plurianual, terão entre suas funções a de reduzir desigualdades inter-regionais, segundo critério populacional.

⁵³ 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:

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

⁵⁴ Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;

⁵⁵ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 3º - O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:

IV - garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica;

⁵⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 47-48.

Inicialmente, cabe destacar que a abordagem feita pelo doutrinador restringe-se a leis, ou seja, ele apenas analisa a isonomia na relação do poder público com o cidadão. Todavia, como se comentará na próxima seção (eficácia horizontal dos direitos fundamentais), alguns desses elementos servirão para a análise da aplicação da igualdade nas relações entre privados, especificamente nas de consumo.

Quanto ao primeiro ponto, não há dúvida de que a lei ofenderá o princípio da isonomia se visar somente a um destinatário final, que no momento de sua edição seja identificável. Porém, caso o indivíduo não seja identificável naquele momento, não há problema, tendo em vista que ninguém estará sendo intencionalmente privilegiado, de forma a prejudicar outrem.

Em relação ao segundo item, o autor destaca que o fator “tempo” é igual para todos, não sendo de fato um diferencial entre os indivíduos. Exemplificativamente,

quando diz que serão estáveis os concursados, após dois anos, o que, em rigor lógico, admitiu como diferencial entre os que preenchem e os que não preenchem tal requisito, não foi o tempo *qua tale* – pois este é *neutro, necessariamente idêntico para todos os seres* – porém *o que ocorreu ao longo dele*, uma certa sucessão, uma dada persistência continuada no exercício de um cargo. Foi, pois, a reiteração do exercício funcional que a lei prestigiou como fator de estabilização e não o abstrato decurso de uma cronologia.⁵⁷

No terceiro tópico, quer-se demonstrar que, por exemplo, uma pessoa cuja altura seja superior a 1,80 m (um metro e oitenta centímetros) não pode ter direito, única e exclusivamente por este fato, a um desconto de 50% (cinquenta por cento) na inscrição de um concurso público. Por que ela teria tal benefício em desproveito das demais? Qual a correlação lógica entre o fator de *discrímen* (altura) e a desequiparação procedida (desconto de 50% nas inscrições de concursos públicos)?

Por outro lado, a estatura pode ser relevante no caso dos pára-quedistas, que necessitam de uma altura mínima para que não tenham dificuldade de adentrarem nos helicópteros. Ou seja, neste caso, existe um liame lógico entre o fator de discriminação e a “desigualdade” adotada ao se proibir a nomeação de alguém que seja anão. Observe-se a explicação de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Em outras palavras: a discriminação não pode ser gratuita ou fortuita. Impende que exista uma adequação racional entre o tratamento diferenciado construído e a razão diferencial que lhe serviu de supedâneo. Segue-se que, se o fator diferencial não

⁵⁷ MELLO, 2008, p. 31.

guardar conexão lógica com a disparidade de tratamentos jurídicos dispensados, a distinção estabelecida afronta o princípio da isonomia.⁵⁸

O quarto item trata de uma diferenciação feita pela Lei que, apesar de até preencher os requisitos do ponto anterior, vai de encontro aos interesses protegidos pela Constituição Cidadã. Para melhor se compreender o tema, Mello ensina que

não se poderiam criar favores restritos a grupos estrangeiros em desvalia de nacionais, conquanto os primeiros tivessem a aboná-los, como diferencial específico, sua alta qualificação tecnológica, porque deste modo estar-se-ia negando o primeiro postulado de um Estado independente, isto é, a defesa de seus nacionais, além de afrontar a idéia de um desenvolvimento verdadeiramente ‘nacional’, objetivo consagrado no precitado art. 170 do Texto magno brasileiro e em particular no art. 171, §§ 1º e 2º.⁵⁹

O que se quer dizer é que não é permitido fazer uma determinada discriminação, mesmo que ela seja justificável e possua uma correlação lógica entre o fator de *discrímen* e a diferenciação em si, caso a Constituição proteja justamente o oposto. Para tanto, basta analisar-se o caso das microempresas e empresas de pequeno porte, para as quais a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 146, III, d⁶⁰, determinou a “definição de tratamento diferenciado e favorecido”, por meio de Lei Complementar. Vale dizer, se o Texto Maior diz que a diferenciação deve ocorrer a favor das micro e pequenas empresas, não pode o legislador infraconstitucional estabelecer uma lei que implemente favores para as grandes empresas, em detrimento das pequenas, mesmo que haja uma justificativa plausível para tanto.

Por último, o doutrinador defende que a desequiparação realizada pela lei tem de estar explícita na mesma. Não há que se considerar válida qualquer suposta discriminação que esteja implícita na lei. Se dúvida existe quanto à intenção nela postulada, o intérprete deve atuar de forma restritiva, visando a evitar que interesses obscuros possam ser validados com base em uma norma que não possui tal intuito.

Finaliza-se este tópico citando-se Celso Antônio, cuja perspicácia é inenarrável: “Com efeito, por via do princípio da igualdade, o que a ordem jurídica pretende firmar é a

⁵⁸ MELLO, 2008, p. 39.

⁵⁹ MELLO, op. cit., 2008, p. 43.

⁶⁰ Art. 146. Cabe à lei complementar:

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

d) definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso do imposto previsto no art. 155, II, das contribuições previstas no art. 195, I e §§ 12 e 13, e da contribuição a que se refere o art. 239.

impossibilidade de desequiparações fortuitas ou injustificadas.”⁶¹ Em singelas palavras o exímio jurista apontou o cerne do debate acerca da igualdade: desequiparações justificáveis. Se elas não forem plausíveis, certamente estará havendo uma ofensa ao princípio em questão.

Após esta explanação referente à igualdade aplicável às Leis, ou seja, do público para o privado, utilizar-se-ão alguns tópicos para abordar-se a efetivação dos princípios constitucionais, dentre eles o da isonomia, entre os privados. Tal teoria é chamada de *eficácia horizontal dos direitos fundamentais*.

2.4.1 Eficácia horizontal dos direitos fundamentais

Esta teoria, atualmente, é aceita por boa parte da doutrina e já teve a oportunidade de ser analisada pelos tribunais. Nesse sentido, veja-se a ementa do julgado da nossa Suprema Corte:

I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios fundamentais de seus associados. **A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais.” (STF, RE 201819/RJ, Rel. Min. Ellen Gracie, Rel. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, J. 11/10/2005) (grifou-se).**

Segundo o entendimento acima esposado, até mesmo nas relações entre privados deve haver o respeito aos direitos fundamentais. No caso em questão, o STF garantiu a um dos associados que lhe fosse dado o direito à ampla defesa e contraditório antes de ser expulso, administrativamente, da associação – mesmo que não constasse tal garantia em seu estatuto.

⁶¹ MELLO, 2008, p. 18.

Obviamente, nada foi dito quanto ao princípio da isonomia nessa ação. Contudo, os ministros assentaram de forma contundente a obrigatoriedade de se respeitarem os direitos fundamentais nas relações entre pessoas privadas – físicas ou jurídicas. Nesse sentido, olvidar-se de aplicar um preceito constitucional importante para qualquer relação não será tolerado pelo nosso judiciário.

A doutrina não é vacilante quanto ao tema. Para tanto, observem-se os brilhantes comentários de Marques:

A força normativa do direito constitucional no direito privado não mais pode ser negada, assim como é evidente o efeito horizontal, entre privados, dos direitos fundamentais (*Drittwirkung*). Queira-se ou não, a verdade é que a Constituição Federal de 1988 interessou-se indiretamente pela contratação que envolve consumidores, tanto no momento em que identificou este novo sujeito de direitos fundamentais, o consumidor (art. 5º, XXXII, da CF/88), como no momento em que assegurou sua proteção, apesar da livre iniciativa de mercado (art. 170, V, da CF/88) e concomitante com a possibilidade de privatização, concessão e outros métodos de iniciativa privada em atividades antes exercidas pelo Estado, como é o caso da saúde, educação, habitação, previdência etc.⁶²

Parece que na relação de consumo esta obrigatoriedade acentua-se, sendo indispensável a aplicação dos direitos fundamentais nas relações em que estejam envolvidos fornecedores/produtores e consumidores, até mesmo para que se garantam direitos e prerrogativas essenciais aos tidos como vulneráveis.

Corroborando este entendimento, Bastos diz que:

Assim, de um lado, como direito fundamental é um direito subjetivo (direito do sujeito, direito subjetivo público, geral, do cidadão), que pode e deve ser reclamado e efetivado por este sujeito de direitos constitucionalmente assegurados, o consumidor; seja contra o Estado e o consumidor dos direitos fundamentais, entre dois sujeitos do direito privado, por exemplo, efeito dos direitos fundamentais entre um consumidor e um banco, conhecida pela expressão alemã (*Drittwirkung*). Em outras palavras, o direito fundamental deve ser respeitado, respeitado de acordo e em conformidade com a lei infraconstitucional (eficácia indireta, pois através de norma infraconstitucional, dos direitos fundamentais, como o CDC) e as exigências da dignidade da pessoa humana (eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas).⁶³

Todavia, parte dos juristas entende que a vinculação do particular ocorre somente em relação a lei, não à Constituição Federal,

Isso significa que, apesar do caráter direto da aplicação da norma constitucional, as relações entre particulares só ficam submetidas aos direitos fundamentais mediante

⁶² MARQUES, Claudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 257.

⁶³ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. vol. 7. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 28.

atuação (decisão) do Estado, de tal sorte que somente o Estado-juiz está diretamente vinculado. O particular, ao contrário, está diretamente vinculado somente ao direito infraconstitucional, sobretudo ao direito privado e penal, do qual é o destinatário normativo por excelência.⁶⁴

Em que pese ser respeitável o entendimento do nobre doutrinador, parece confusa sua explanação. Ora, para que um indivíduo esteja vinculado a uma determinada norma o judiciário precisa intervir? Se assim fosse, ninguém estaria subordinado às determinações constitucionais e legais, a não ser que o Poder Judiciário fosse acionado. Esta não parece ser a interpretação mais correta, tendo em vista que – conforme o neoconstitucionalismo – os direitos fundamentais possuem poder normativo, sendo imperiosa a sua aplicação. Dessa forma, não há que se diferenciar tal aplicação imediata entre a relação público-privada e a privado-privada.

Dentre os 5 (cinco) tópicos levantados por Celso Antônio para configuração de uma ofensa ao princípio da isonomia, 2 (dois) serão bastantes úteis para discussão travada neste momento: o 3º (pertinência lógica entre o fator de *discrímen* e a desequiparação aplicada) e o 4º (a desigualdade não pode ir de encontro aos interesses constitucionais).

O 3º tópico, quando adaptado às relações entre privados, mais especificamente à diferenciação de preço de entrada entre homens e mulheres nas casas noturnas, mantém o mesmo conteúdo, vale dizer, a fator utilizado para realizar a discriminação (sexo) tem de ter uma relação lógica plausível, justificável com a desigualdade aplicada (preços mais altos para as pessoas do sexo masculino).

Ora, é certo que o homem é diferente da mulher. Porém, neste caso específico, não existe um liame justificável entre o fator de *discrímen* e a desequiparação. Pelo simples fato de ser do sexo masculino ele tem de pagar mais? Qual a justificativa? O ambiente, o serviço, os produtos, tudo é igual para ambos os sexos, todos os consumidores terão as mesmas benesses e importunos (tais como filas, por exemplo) nas casas noturnas. Assim sendo, por que a diferença?

Nesse sentido, veja-se a explanação de Dimoulis:

Dito de outra forma, o critério decisivo para a aplicação da teoria do efeito horizontal não é uma desigualdade geral e de cunho material (ricos vs. Pobres, empregados vs. Empregadores, empresas vs. Consumidores etc.), mas ‘uma desigualdade de posições no interior da relação jurídica’ que deve ser avaliada e comprovada concretamente em cada caso.⁶⁵

⁶⁴ DIMOULIS, 2009, p. 106.

⁶⁵ DIMOULIS, op. cit., 2009, p. 101.

Ratificando-se o que fora dito, deve-se analisar a relação jurídica instituída no caso concreto, não basta apenas constatar que existe uma desigualdade geral entre pessoas de sexos distintos. Tem de se avaliar se no caso específico da casa noturna há uma justificativa razoável para viabilizar a cobrança diferenciada entre os 2 (dois) sexos.

Vejam-se alguns questionamentos que podem ser feitos acerca de situações do cotidiano e que demonstram a aplicação correta do princípio da isonomia: por que um supermercado não estabelece um preço menor de alguns produtos a determinado sexo? Por que uma peça de teatro cobra um preço idêntico aos consumidores masculinos e femininos? Por que um restaurante estabelece preços iguais para ambos? Por que se defende tanto uma igualdade entre os sexos, quando se trata de salário? Porque inexistente qualquer diferença material apta a justificar, a viabilizar uma cobrança ou pagamento, no caso do salário, desigual.

Outrossim, é importante que sejam dados alguns exemplos acerca de uma diferenciação justificada para que se possa comparar com o caso em questão. Nesse sentido, considere-se a hipótese de um seguro de carro, em que as mulheres – comprovadamente – são mais cautelosas no trânsito que os homens, permitindo uma cobrança diferenciada entre os sexos, haja vista a menor probabilidade delas abalroarem seus veículos e, como corolário, causarem menos despesas à seguradora. Da mesma forma, é razoável que existam vagas preferenciais para deficientes físicos e que elas fiquem mais próximas do estabelecimento, tendo em vista que essas pessoas possuem uma maior dificuldade de locomoção, sendo razoável que lhe seja garantido o direito de realizar um menor esforço para chegar ao seu local de destino. Igualmente, é sensato que uma pessoa idosa pague mais caro por um plano de saúde do que um jovem, porquanto o cidadão senil possui maior probabilidade de necessitar de tratamento médico, custando mais caro para o plano custeá-lo.

Pode-se oferecer mais, mencionando as festas chamadas *open bar*, nas quais as bebidas são liberadas durante todo o evento ou ao longo de boa parte do mesmo. Nesse caso, é muito comum que preços diferenciados sejam cobrados de homens e mulheres, porém, há uma justificativa para tanto: os seres humanos do sexo masculino, em regra, consomem mais bebidas alcoólicas do que os do sexo feminino. Ou seja, se a bebida é liberada durante toda a festa, é razoável que os homens arquem com um custo maior, tendo em vista que ele – provavelmente – consumirá mais do que elas.

Observe-se que nesse tipo de festa, as circunstâncias diferem consideravelmente dos eventos realizados nas casas noturnas. A partir do momento em que é oferecida bebida liberada durante a noite inteira, surge um fator de discrimen relevante para a cobrança diferenciada de preços. O mesmo não ocorre quando não é oferecido nada além do ambiente da boate e os serviços inerentes à mesma (segurança, bar para comprar bebidas, etc.).

Outros poderiam dizer que a diferença salarial entre homens e mulheres justificaria a diferenciação. Quanto a este ponto, como já fora dito, entende-se que o ganho inferior por parte da mulher fere o princípio da isonomia, haja vista a ausência de justificativa razoável para tanto. Destarte, aplicar preços diferentes por conta dessa desequiparação seria ofender o princípio da igualdade 2 (duas) vezes, tentando-se corrigir um erro cometendo-se outro. Ademais, não é coerente lutar-se por uma equiparação salarial de um lado, dizendo que homens e mulheres merecem ser tratados igualmente e, de outro, defender uma aplicação desigual de preços nas boates, quando não há diferença alguma entre ambos.

Se este pensamento fosse correto, o mais adequado seria aplicar uma espécie de entrada por faixas salariais, em que a pessoa paga consoante aquilo que percebe mensalmente, independentemente do fato de ser do sexo masculino ou feminino. Desta forma, haveria uma diferenciação válida, sendo aplicável no caso concreto.

Também, ainda sobre este mesmo argumento, faz-se mister ressaltar recentíssimas pesquisas divulgadas pelo Ministério do Trabalho e Emprego, segundo o qual o índice do crescimento de emprego (2010) em relação ao ano de 2009 foi de 7,28% para as mulheres e de 6,79% para os homens. Com isso, as mulheres passam a ocupar 41,6% do total de empregos formais no Brasil. Ou seja, a tendência é de crescimento da participação das mulheres no mercado de trabalho.⁶⁶

Ainda mais importante foi o outro resultado divulgado pelo MTE. De acordo com este Ministério, no Distrito Federal, em 2010, o salário médio das pessoas do sexo feminino era superior em 3,8% ao das do sexo masculino.⁶⁷ Ora, se se considerasse válida a diferenciação do preço por conta do salário, atualmente no D.F., os homens deveriam pagar menos que as cidadãs.

⁶⁶ MTE. Disponível em: <<http://portal.mte.gov.br/imprensa/emprego-entre-mulheres-cresce-mais-do-que-entre-homens.htm>>. Acesso em: 13 de mai. 2011.

⁶⁷ CORREIO BRAZILIENSE. Disponível em: <http://noticias.admtese.com.br/empregos_correiobraziliense/template_interna_noticias,id_noticias=44842&id_sesoes=267/template_interna_noticias.shtml#>>. Acesso em: 13 de mai. 2011.

Obviamente, a maioria dos empregos não justifica uma diferenciação salarial entre pessoas de sexos opostos. Logo, um contador, pelo simples fato de ser homem não pode, ou não deveria ganhar mais que uma mulher. Da mesma forma, um arquiteto, um designer, advogado, engenheiro, entre outros, não deveriam ganhar mais que uma mulher, somente por conta do seu sexo.

No entanto, há exceções à regra. Existem determinados trabalhos que parecem justificar uma desequiparação salarial, haja vista a repercussão que possuem no mundo dos negócios. Basta citar os desfiles de moda femininos, que envolvem muito mais patrocínio, mídia, divulgação e retorno do que um desfile masculino. Nesse caso, as modelos ganham bem mais do que os modelos, haja vista que os desfiles com mulheres movimentam muito mais a indústria da moda do que os desfiles com homens, gerando mais lucro para as empresas e mais benefícios para a sociedade (arrecadação de impostos, geração de empregos diretos e indiretos, etc).

Outrossim, veja-se o caso do futebol. É facilmente justificável que um homem ganhe mais do que uma mulher ao jogar futebol, tendo em vista que este esporte, quando praticado por homens, possui uma audiência muito maior, envolvendo mais bilheteria, patrocínio, investimento, retorno, etc. Portanto, a partir do momento em que o futebol feminino obtiver maior repercussão no cenário mundial, certamente as atletas passarão a ganhar melhor e seus salários ficarão mais próximos da remuneração dos homens.

Outro importante fato a ser analisado refere-se aos gays, lésbicas e, principalmente, aos transexuais. Se chegar um homem (registrado como tal), que possui um pênis, mas que se veste como mulher, pensa como mulher, age como tal e se sente uma mulher; qual o preço que ele/ela deverá pagar, caso haja diferenciação de preço entre homens e mulheres? Da mesma forma, quanto pagará uma mulher que age como homem, que se veste como tal, etc.?

Caso se vá mais além, complicar-se-á ainda mais a situação. Se um transexual, que antes era um homem e tornou-se uma mulher, com qual preço ele deverá arcar? Será justo ele/ela pagar o preço da entrada masculina, sendo que se sente como uma mulher? Será que o registro na sua certidão de nascimento como sendo do sexo masculino é suficiente para deixar de lado a sua operação, a sua forma de agir, pensar, portar-se, arrumar-se?

O que se quer explicar é que há determinadas situações que podem complexificar ainda mais esta atitude das boates. Ao sair-se do plano ordinário e perscrutar-se a respeito de

casos excepcionais, verificar-se-á que as respostas serão de difícil preparação, muitas vezes inexistindo.

Por outro lado, talvez alguém pudesse alegar que o homem, em regra, possui maiores chances de causar brigas, confusões e – consequentemente – prejuízos ao estabelecimento comercial, o que justificaria uma cobrança superior para eles no preço da entrada. Ou seja, como o risco da empresa de ter prejuízos é maior com os cidadãos do sexo masculino, ela cobraria – justificadamente – um preço mais alto dos mesmos.

Quanto a este argumento, alguns comentários necessitam ser feitos: (i) caso algum homem venha a causar prejuízos, ele – muito improvavelmente – conseguirá sair sem a autorização do estabelecimento. Vale dizer, a casa noturna terá meios eficientes, através de seus seguranças, de reter o indivíduo até a chegada da polícia. Logo, o risco do indivíduo fugir e não responder pelo que fez é pequeno, chegando quase a zero; (ii) é extremamente provável que o lucro que o homem dá ao estabelecimento por conta do consumo de bebidas é muito superior ao risco de causar dano à casa noturna. Em outras palavras, o consumo do homem – provavelmente – seria mais do que suficiente para cobrir este risco, proporcionando um lucro muito superior ao possível dissabor que será experimentado pelo dono da boate; (iii) caso este lucro não seja suficiente para arcar com tal ônus, caberá ao empresário provar tal insuficiência, não bastando apenas alegá-la para que seja aceita pelo consumidor.

Agora, analisar-se-á o 4º tópico apresentado por Mello, atinente à adequação da diferenciação aos fins constitucionais. Nesse diapasão, será que a Constituição Cidadã visa a permitir tal desequilíbrio? Será que a livre iniciativa e a propriedade privada são institutos autorizativos para essa conduta das casas noturnas?

Para tanto, é relevante que se remeta o leitor aos outros tópicos abordados ao longo da monografia. Hodiernamente, a doutrina e jurisprudência têm se manifestado no sentido de dar maior relevância ao caráter social do que ao individual. Com isso, crê-se que os dispositivos constitucionais possuem como fito principal garantir que a coletividade não seja prejudicada por indivíduos, por uma minoria irrelevante no contexto social.

Para fins de caracterização do intuito da Carta Magna quanto ao tema, basta que sejam observados os dispositivos insculpidos na mesma para que se chegue a uma conclusão. Os princípios da isonomia, da função social da propriedade, da defesa do consumidor parecem demonstrar o verdadeiro sentido que o Texto Maior deseja dar a essa relação jurídica. Vale dizer, a liberdade do empresário para estipular as regras de ingresso em seu estabelecimento

não parece ser superior aos desígnios trazidos pela Constituição, no que diz respeito à garantia de direitos iguais para os consumidores.

Em diversos momentos foi esclarecido que o individual não deve e não pode prevalecer sobre o coletivo. Na diferenciação de preços entre homens e mulheres para adentrarem na casa noturna, parece que é justamente isso que o dono do estabelecimento quer fazer, ou seja, objetivando adquirir lucros maiores, ele impõe sua vontade pessoal e individual para todos que desejam frequentar o seu estabelecimento, obliterando-se princípios constitucionais e normas infraconstitucionais de ordem pública, como o Código de Defesa do Consumidor.

Ademais, as normas infraconstitucionais e constitucional não parecem permitir que os homens arquem com o desconto que é dado às mulheres, diferentemente do que ocorre – por exemplo – com a questão da meia-entrada, em que a lei explicitamente prevê tal discriminação e o Texto Maior permite uma interpretação nesse sentido, haja vista a existência de outros princípios aplicáveis para justificá-la.

O professor Sando Sell explicita este tópico com um questionamento final essencial:

Resta saber é se os chamados descontos de natureza sexual incluem-se em tais práticas constitucionalmente repudiadas. Quem paga a conta dos descontos dados às mulheres? As casas noturnas? Certamente que não. Na composição dos custos do estabelecimento, esses descontos são transferidos para os clientes integralmente pagantes: os homens. As casas noturnas oneram um sexo em benefício do outro. Repete-se aqui a regra geral dos subsídios: se alguém os recebe, outro alguém tem sua conta majorada. Certamente, muitos homens poderiam estar dispostos a subsidiar as mulheres em termos de ingressos e descontos. Mas pode-se presumir em grau absoluto tal disposição, transferindo-se a conta de um consumidor (mulher) a outro (homem)?⁶⁸

Certamente há homens que estão dispostos a pagar a entrada e bebidas para as mulheres. Entretanto, isso não pode ser tomado como uma vontade de todos os homens. Não há que se generalizar ou tornar este ato uma regra, tendo em vista que nem todos concordam com isso.

Por fim, a verdade que se observa na prática comercial, em que pese poderem ser apresentadas outras justificativas, é a de que muitas mulheres atraem muitos homens. Como estes são as verdadeiras fontes de lucro do estabelecimento comercial, porquanto consomem

⁶⁸ SELL, Sandro César. **Descontos sexuais: o lado não polêmico da inconstitucionalidade cotidiana.** Disponível em: <<http://sandrosell.blogspot.com/2008/06/descontos-sexuais-o-lado-no-polmico-da.html>>. Acesso em: 13 de mai. de 2011.

quantidades superiores de bebidas alcoólicas e se dispõe a arcar com determinadas despesas para conseguir uma acompanhante, acabam sendo onerados duplamente: no momento em que entram e quando estão consumindo. Portanto, fica patente o escopo de lucro da empresa ao cobrar preços diferentes entre os 2 (dois) sexos.

Neste momento, após a abordagem sobre os princípios constitucionais, faz-se mister estabelecer quais devem prevalecer no caso concreto, cotejando-os.

2.5 Princípios constitucionais prevaletentes

Ao todo foram avaliados 5 (cinco) princípios constitucionais, sendo essenciais para chegar-se a uma conclusão a respeito da constitucionalidade, ou não da cobrança diferenciada de preço entre homens e mulheres para adentrarem em casas noturnas: (i) livre iniciativa; (ii) propriedade privada e (iii) sua função social; (iv) defesa do consumidor e (v) isonomia.

Como já fora dito, um princípio não anula o outro. O que se tem em determinadas relações jurídicas é a prevalência de um sobre o outro, em um ponto específico. Trazendo para o caso das casas noturnas, tem de ser analisado quais deles devem se sobrepor aos outros para se caracterizar a constitucionalidade, ou não, da desigualdade entre homens e mulheres na entrada das boates.

Como foi demonstrada ao longo deste trabalho, a autonomia privada, a liberdade de impor quaisquer condições pelas empresas aos seus usuários diminuiu consideravelmente a partir da Constituição Federal de 1988 e das Leis posteriores – Código Civil de 2002 e Código de Defesa do Consumidor.

Certamente os princípios da livre iniciativa e da propriedade privada são fundamentais na manutenção do Estado Social Democrático de Direito brasileiro, haja vista a importância das empresas públicas e – principalmente – privadas, na economia e no desenvolvimento do país.

Todavia, aparentemente, o Estado Social Democrático exige mais dos indivíduos, dos particulares, em especial, dos empresários. O coletivo, em regra, para não se dizer sempre, estará acima dos interesses individuais, a fim de se viabilizar o respeito aos outros institutos e princípios constitucionais.

Como já fora dito, nenhum princípio pode ser tido como absoluto, sob pena de tornar outros princípios, tão importantes quanto, ineficazes. Sob este ponto de vista e levando em conta o contexto histórico no qual a sociedade brasileira está inserida – em que se exige um Estado cada vez mais participativo na garantia de direitos aos cidadãos – os princípios da função social da propriedade e da defesa do consumidor, quando conflitantes com os da propriedade privada e da livre iniciativa no caso concreto, devem prevalecer.

Caso se entenda de forma diversa, concluir-se-á pela inaplicabilidade daqueles princípios. Vale dizer, se a função social da propriedade e a defesa do consumidor visam justamente a impor limites à aplicação dos princípios da propriedade privada e da livre iniciativa, eles não podem deixar de ser utilizados sob o argumento de que estarão violando os outros 2 (dois) princípios. Ora, suas funções são exatamente as de impedir uma aplicação irrestrita da livre iniciativa e da propriedade privada, com o fito de assegurar que os consumidores não sejam enganados, não tenham de pagar por cobranças abusivas ou ilegais, não tenham de se sujeitar a determinadas cláusulas claramente abusiva, possam ser ressarcidos por prejuízos causados pelo fornecedor de produto ou serviço, etc.

Portanto, caberá ao julgador no caso concreto interpretar se uma determinada norma ou ato de um empresário deve prevalecer sobre os interesses dos consumidores como um todo. Ele deverá perscrutar se este ato fere os limites impostos pela função social da propriedade e defesa do consumidor, ou se é compatível com os mesmos.

Ademais, no que tange ao princípio da isonomia, urge relembrar que tem de haver uma relação lógica entre o fator de *discrímen* e a discriminação em si, sob pena de se estar a violar a igualdade imposta pelo texto constitucional. Ou seja, em não havendo uma justificativa plausível para tanto, não há que se permitir a diferenciação. Outrossim, a diferença implementada deve estar de acordo com os fins constitucionais, com as verdadeiras intenções da Carta Magna. Viabilizar a efetivação de uma diferenciação com fulcro em objetivos diametralmente opostos aos insculpidos na Constituição Cidadã, ou que não sejam permitidos pela mesma, é o mesmo que dizer sê-la ineficaz, inaplicável, inútil.

Dessa forma, cotejando-se os 5 (cinco) princípios analisados e aplicando-os ao caso posto – diferenciação de preço de entrada entre homens e mulheres nas casas noturnas – parece que a coletividade deve sobrepor-se ao individual. Em outras palavras, essa regra estabelecida pelas boates fere a função social da propriedade, a defesa do consumidor e – principalmente – a isonomia ao criar uma regra diferente para sujeitos iguais perante tal situação.

Permitir que os donos de empresas exijam o que bem entenderem de determinados consumidores não encontra suporte na Carta Magna brasileira, pelo contrário, o que se infere doutrinária e jurisprudencialmente é que os proprietários de estabelecimentos comerciais não podem implementar regras e obrigações ao seu bel prazer. Eles têm de respeitar a legislação constitucional e infraconstitucional vigentes, sob pena de verem suas exigências questionadas e anuladas judicialmente.

Doravante, após esta exaustiva análise das questões constitucionais atinentes ao caso proposto, é importante que se estude a legislação infraconstitucional referente a relações de consumo: o Código de Defesa do Consumidor. Para tanto, observar-se-á a relevância deste código na vida dos empresários e consumidores e – em seguida – perscrutar-se-á acerca da igualdade inserida nele, vale dizer, será que o CDC exige uma igualdade entre os próprios consumidores?

3 Código de Defesa do Consumidor

Criado pela Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, o Código de Defesa do Consumidor é tido como uma das legislações mais avançadas do mundo no que tange à regulação do consumo.

Seu escopo primordial é dar efetividade ao princípio constitucional da defesa do consumidor, que se trata de uma norma de eficácia limitada, ou seja, somente será aplicada após o surgimento de uma legislação infraconstitucional sobre o tema. Nesse sentido, Dimoulis afirma ocorrer o mesmo

com os direitos difusos que são insuficientemente delineados no texto constitucional. Basta indicar que a defesa do consumidor é mencionada de maneira genérica no art. 5º, inciso XXXII, que por si não é apto a produzir efeitos vinculantes nas relações de consumo. Tudo depende da legislação que estabelece as responsabilidades dos fornecedores, os limites da propaganda comercial ou os direitos de informação do consumidor.⁶⁹

Dito isso, é importante que se abordem certos aspectos do CDC, a fim de que se possam compreender melhor as suas características e objetivos. Para tanto, partir-se-á do seguinte excerto de Garcia:

Trata-se de um verdadeiro microsistema jurídico, em que o objetivo não é tutelar os iguais, cuja proteção já é encontrada no Direito Civil, mas justamente tutelar os desiguais, tratando de maneira diferente fornecedor e consumidor com o fito de alcançar a igualdade. O CDC constitui um microsistema jurídico multidisciplinar na medida em que possui normas que regulam todos os aspectos da proteção do consumidor, coordenadas entre si, permitindo a visão de conjunto das relações de consumo. Por força do caráter interdisciplinar, o Código de Defesa do Consumidor outorgou tutelas específicas ao consumidor nos campos civil (arts. 8º a 54), administrativo (arts. 55 a 60 e 105/106), penal (arts. 61 a 80) e jurisdicional (arts. 81 a 104).⁷⁰

Em síntese, o doutrinador expõe – inicialmente – o fito do CDC de igualar o fornecedor de bens ou serviços ao consumidor, haja vista a cristalina desigualdade presente na relação entre ambos. Como será abordado mais adiante, essa diferenciação é patente, mas o que se quer saber é se o Código vai além, se ele também aborda a igualdade que deve haver no tratamento dispensado pelo fornecedor aos seus diversos consumidores.

⁶⁹ DIMOULIS, 2009, p. 91.

⁷⁰ GARCIA, 2009, p. 8.

Em seguida, diz-se que a proteção do consumidor é realizada de forma multidisciplinar, vale dizer, o Código de Defesa do Consumidor prevê tutelas nas áreas cível, administrativa e penal. Observa-se que a relevância do tema é tamanha que se concentrou em uma única Lei tutelas de todas as sortes, visando a garantir que os direitos assegurados aos cidadãos que consomem serão de fato adimplidos.

Nesse sentido, vale ressaltar um tratamento similar com o direito ambiental, em que o legislador constitucional, no art. 225, § 3º⁷¹, previu uma nova modalidade de sanção: a criminal. Mas, alguns podem questionar: qual a necessidade de prever sanções civis, administrativas e criminais para uma questão que poderia ser resolvida por apenas uma dessas áreas? A resposta está no interesse político acerca do assunto.

O que se tem de ser levado em consideração é a relevância que o tema possui para a sociedade e – consequentemente – para os seus representantes. Ora, como o nosso sistema jurídico, tanto civil como penalmente, e administrativo possuem falhas, o legislador entendeu por bem dar poderes às três esferas para que solucionem a controvérsia. Com isso, a sociedade quis mostrar que, como existem falhas em diversos campos no sistema fiscalizatório e repressivo, é imprescindível que se uma dessas áreas falhar, a outra possa compensar esta falha.

Em outras palavras, ao dizer que as ações vilipendiadoras do direito do consumidor e do meio ambiente podem ser civil, penal e administrativamente punidas, os cidadãos brasileiros estão reconhecendo a magnitude dos temas, estão dizendo que estes são da maior relevância para suas vidas. Por conta disso, precisam ter a garantia ou, pelo menos, grandes chances de verem os seus direitos assegurados.

Outrossim, vale sobrelevar que se trata de uma norma de ordem pública, haja vista o relevante interesse social imanente à matéria. Nesse diapasão, João Andrades Carvalho afirma que

essa relação interessa à ordem pública exatamente por assumir o interesse social como sendo a prevalência dos interesses da sociedade sobre os do indivíduo. Não se compreenderia uma norma de ordem pública sem interesse social. O peso do poder econômico que, numa relação jurídica comum, pode provocar desequilíbrio, foi

⁷¹ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

neutralizado pelo legislador, na relação específica de consumo, graças à força do interesse social, que gerou normas de ordem pública.⁷²

Neste momento, abordar-se-ão os princípios atinentes especificamente à relação de consumo, principalmente no que tange às questões contratuais, tendo em vista que será por meio de um contrato que a diferenciação de preços entre homens e mulheres se dará na seara das casas noturnas: (i) Transparência. Exige que o fornecedor disponibilize informações claras, precisas e corretas sobre o produto e serviço, desde a fase negocial do contrato. A esse princípio se vinculam, por exemplo, a publicidade como oferta, o dever de informação, o dever de redação clara dos contratos, etc; (ii) Boa-fé. Genericamente, o princípio maior do Código de Defesa do Consumidor, visa a construir a harmonia entre os partícipes das relações de consumo. Exige um comportamento prudente, consciente e responsável alinhado à ética. Relacionam-se ao princípio, por exemplo, a censura da publicidade abusiva e enganosa e das práticas comerciais abusivas; (iii) Equidade (equilíbrio) contratual. Diz respeito à igualdade entre deveres e direitos impostos reciprocamente no pacto de consumo, objetivando a justiça contratual. Proíbe as cláusulas abusivas e direciona a intervenção do Estado na coibição de abusos; (iv) Confiança. Tutela a credibilidade que o comportamento do fornecedor inspira no consumidor, atribuindo-lhe consequências jurídicas, notadamente quanto à adequação e segurança na prestação contratual. Neste princípio incluem-se as disposições sobre vícios do produto e do serviço, garantia, etc.

Explicitando a relevância de tais princípios na concepção moderna do contrato de consumo, Marques assevera que

o declínio da liberdade contratual é, portanto, um fato na moderna sociedade de consumo. O direito embutido da nova concepção de contrato, em vez de combater este declínio, tentando, por exemplo, assegurar a plena liberdade defendida pelos clássicos, aceita estes novos limites impostos. Passa, porém, a verificar: a) se os limites provêm do poder estatal – se foram legitimamente impostos, respeitando os direitos constitucionais e tendo amparo em alguma lei; b) se provêm dos particulares – se estas limitações, como, por exemplo, a imposição do conteúdo do contrato, foram abusivas ou se respeitaram os novos postulados sociais da boa-fé, da segurança, do equilíbrio e da equidade contratual.⁷³

Também, urge ressaltar o impacto da função social do contrato no pacto de consumo. Veja-se o brilhante excerto de Claudia Lima Marques acerca do tema:

⁷² CARVALHO, João Andrades. **Código de Defesa do Consumidor: comentários, doutrina, jurisprudência**. Rio de Janeiro: Aide, 2000, p. 14.

⁷³ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 269.

À procura do equilíbrio contratual, na sociedade de consumo moderna, o direito destacará o papel da lei como limitadora e como verdadeira legitimadora da autonomia da vontade. A lei passará a proteger determinados interesses sociais, valorizando a confiança depositada no vínculo, as expectativas e a boa-fé das partes contratantes. Conceitos tradicionais como os do negócio jurídico e da autonomia da vontade permanecerão, mas o espaço reservado para que os particulares autoregulem suas relações será reduzido por normas imperativas, como as do próprio Código de Defesa do Consumidor. É uma nova concepção de contrato no Estado social, em que a vontade perde a condição de elemento nuclear, surgindo em seu lugar elemento estranho às partes, mas básico para a sociedade como um todo: o interesse social.⁷⁴

Hodiernamente, parece indiscutível que a autonomia de vontade das partes contratantes está dando espaço para o interesse social. Tal interesse relaciona-se a diversas características do contrato consumerista, como por exemplo, a proibição de cláusulas abusivas, os princípios da boa-fé, da equidade, do equilíbrio, etc.

Ademais, apenas para melhor explicar as consequências dessa função social, o Código de Defesa do Consumidor prevê, em seu art. 47, que as “cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor”. Este dispositivo demonstra a real intenção do legislador em proteger aquele que é tido como o mais fraco na relação de consumo. Desta forma, pode-se visualizar a função social do contrato de consumo, haja vista a ingerência estatal nesta relação, tendo como escopo a proteção do interesse coletivo sobre individual.

A fim de melhor compreender este tópico, analisem-se os ensinamentos de Nelson Nery Jr.:

Como decorrência da adoção, pelo CDC, do princípio da interpretação contratual mais favorável ao consumidor, podemos extrair vários subprincípios: a) a interpretação é sempre mais favorável ao consumidor; b) deve-se atender mais à intenção das partes do que à literalidade da manifestação de vontade (art. 85, CC); c) a cláusula geral de boa-fé reputa-se ínsita em toda relação jurídica de consumo, ainda que não conste expressamente do instrumento do contrato (arts. 4º, *caput* e III, e 51, IV, CDC); d) havendo cláusula negociada individualmente, prevalecerá sobre as cláusulas estipuladas unilateralmente pelo fornecedor; e) nos contratos de adesão as cláusulas ambíguas ou contraditórias se faz *contra stipulatorem*, em favor do aderente (consumidor); f) sempre que possível se interpreta o contrato de consumo de modo a fazer com que suas cláusulas tenham aplicação, extraindo-se delas máxima utilidade (*princípio da conservação*).⁷⁵

Ora, da mesma forma como ocorreu no âmbito dos contratos civis, a relação consumerista – de forma ainda mais acentuada – tem como fito o resguardo dos interesses

⁷⁴ MARQUES, 2005, p. 210-211.

⁷⁵ NERY JR., Nelson. **Os Princípios Gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. Revista de Direito do Consumidor nº 03. São Paulo: Ed. Revista dos tribunais, 1992, p. 63.

sociais, principalmente a vontade dos consumidores. Todavia, alguns podem questionar por que essa relação transcende os interesses das partes contratantes. Qual seria a justificativa?

Refletindo sobre o assunto, Garcia esclarece:

A primeira vista, a relação particular entre consumidor e fornecedor em nada interessa à sociedade. Ocorre que, quando o fornecedor comete abusos frente ao consumidor, como, por exemplo, quando deixa de consertar o produto vendido com defeito, e não sofre qualquer sanção pela prática abusiva, amanhã, outros consumidores estarão sofrendo os mesmos abusos. Não bastasse, outros fornecedores provavelmente praticarão as mesmas condutas abusivas, uma vez que, consertar produtos defeituosos (como no exemplo citado) ou, em um sentido amplo, respeitar os direitos dos consumidores, gera custos. O pensamento seria: se a empresa ‘A’ faz e não acontece nada, também vou fazer porque é mais lucrativo.⁷⁶

Como bem explicitado pelo doutrinador, é necessário que se desincentivem determinadas práticas abusivas realizadas pelos empresários, a fim de que eles não se sintam no direito de prejudicar outros consumidores da mesma forma. Daí a importância ainda maior do Código de Defesa do Consumidor no que se refere à garantia dos interesses sociais, diferentemente dos contratos civis, tendo em vista que a preocupação em se dar “exemplo” para outros contratantes não está tão presente.

Ademais, seguindo esta linha de raciocínio, mitiga-se veementemente o princípio da autonomia da vontade, já que as imposições de determinadas cláusulas e regras contratuais por parte dos fornecedores têm de sofrer restrições. Corroborando tal assertiva, vejamos os ensinamentos de Neto:

Não se quer dizer que inexistiu influência do princípio da autonomia da vontade no sistema jurídico do CDC, todavia, tal princípio foi mitigado no direito do consumidor e não pode ser considerado como um princípio ‘constitutivo do sistema’, em razão de possuir um peso ético-jurídico fraco; no que tange ao subsistema do abuso do direito – dentro do sistema do CDC –, a autonomia da vontade é desimportante.⁷⁷

Para finalizar, utilizando este excerto como um liame para o próximo tema, Neto dirá que

o direito cedeu às transformações sociais, bem como à necessidade de mitigar as funestas consequências advindas da liberdade desmedida de contratar; o Estado iniciou a intervenção progressiva nas relações contratuais, avançando o Direito Público, bem como as normas de ordem pública e interesse social sobre os interesses meramente privados. E, acrescenta-se, por mais convicção que tenhamos na superioridade do sistema econômico vigente, também entendemos que outra

⁷⁶ GARCIA, 2009, p. 11.

⁷⁷ NETO, Guilherme Fernandes. **O Abuso do Direito no Código de Defesa do Consumidor – Cláusulas, Práticas e Publicidades Abusivas**. São Paulo: Brasília Jurídica, 1999, p. 55-56.

alternativa não resta à sociedade do que impelir o Estado a defender os economicamente mais fracos, os hipossuficientes, os consumidores em massa.⁷⁸

Mais uma vez ressaltando a relevância da limitação da liberdade de contratar, o autor defende cabalmente a intervenção estatal, por meio de normas de ordem pública, nos interesses privados.

A partir deste cenário, iniciar-se-á o próximo tópico deste trabalho, em que se abordará um ponto específico desta norma de ordem pública (CDC), qual seja: a isonomia nas relações consumeristas. Vale dizer, o Estado, por meio desse Código, quis impor limitações aos fornecedores de serviços e/ou produtos. Porém, como será analisado, interpretações distintas podem ser dadas a tal princípio, exigindo um estudo um pouco mais aprofundado a respeito do tema.

3.1 Isonomia

O já abordado princípio da isonomia faz-se presente mais uma vez, só que agora no art. 6º, II, *in fine*, da Lei 8.078/90⁷⁹ (CDC). Entretanto, surgem dificuldades quanto à interpretação mais correta do dispositivo, havendo divergência na doutrina em relação à aplicação do artigo.

Como já dito, não há dúvida de que uma das funções primordiais do CDC é a de tentar colocar em “pé” de igualdade os fornecedores e consumidores, atribuindo a estes algumas benesses em desfavor daqueles: possibilidade de inversão do ônus da prova a seu favor (art. 6º, VIII⁸⁰); a interpretação mais favorável de cláusulas contratuais (art. 47⁸¹); aplicação da responsabilidade objetiva, ou seja, sendo prescindível a demonstração de culpa do fornecedor para que ele responda por algum dano causado ao consumidor (art. 12⁸²); aquele que consome poderá propor a ação de responsabilidade civil, no seu domicílio, contra

⁷⁸ NETO, 1999, p. 56.

⁷⁹ Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

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

⁸⁰ Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

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;

⁸¹ Art. 47. As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.

⁸² Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

o fornecedor (art. 101, I⁸³); o consumidor poderá desistir do contrato, em um prazo de 7 (sete) dias, quando efetuar uma compra fora do estabelecimento comercial (art. 49⁸⁴); etc.

Nesse diapasão, é certo que o consumidor é a parte vulnerável na relação de consumo, o que exige do poder público a criação de normas favoráveis ao mesmo no sentido de permitir que o cidadão possa discutir determinados assuntos de igual para igual com o fornecedor. Dessa forma, todas as vantagens acima mencionadas demonstram a intenção do legislador em efetivar o princípio da isonomia, tratando de forma desigual os desiguais e – com isso – visando a implementar uma igualdade real, material entre ambos.

Ocorre que a doutrina ao analisar o princípio da igualdade no Código de Defesa do Consumidor é vacilante, havendo entendimentos diversos. Alguns defendem que a isonomia do Código trata apenas do consumidor em face do fornecedor, ou seja, tentando igualar ambos em uma relação clara de desigualdade. Outros vão além e argumentam que essa igualdade também se refere aos consumidores entre si, vale dizer, tem de haver igualdade entre os próprios consumidores, sendo proibido qualquer tratamento diferenciado que possua uma justificativa para tanto.

Alvim é um dos que se filia à primeira corrente, deixando de falar qualquer coisa a respeito da igualdade entre os consumidores:

Estes incisos, no tocante aos contratos, estabelecem direitos básicos para os consumidores nas suas relações contratuais. A efetiva igualdade nas contratações, certamente dependerá das restrições legais estabelecidas no código, com base no primeiro princípio da Política Nacional de Relações de Consumo, ou seja o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor nas relações de consumo.”⁸⁵ E o autor prossegue: “A primeira modalidade de proteção contratual do art. 6º, atribui ao consumidor o direito de alterar as cláusulas que registrem prestações desproporcionais (lesão), de forma a que se restabeleça a igualdade ou o equilíbrio contratual, já originariamente inexistente (art. 6º, II, segunda parte, e, especificamente o inciso V, primeira frase.”⁸⁶

Seguindo a mesma linha destaca-se o excerto de Carvalho:

Por certo, é a aplicação direta do princípio da isonomia que prevê, como pondera BELINDA PEREIRA DA CUNHA, ‘o tratamento desigual aos desiguais na exata medida de sua desigualdade, a fim de ser atendido o art. 1º da Resolução da Organização das Nações Unidas sobre os direitos do consumidor, reiterado pelo

⁸³ Art. 101. Na ação de responsabilidade civil do fornecedor de produtos e serviços, sem prejuízo do disposto nos Capítulos I e II deste título, serão observadas as seguintes normas:

I - a ação pode ser proposta no domicílio do autor;

⁸⁴ Art. 49. O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio.

⁸⁵ ALVIM, 1995, p. 63.

⁸⁶ ALVIM, op. cit., 1995, p. 65.

subsistema em seu art. 4º, que reconhece o consumidor como parte mais fraca da relação de consumo'. Invoca-se, em prol de tal assertiva, que, sob a ótica do novo direito consumerista, o consumidor, por conseguinte, passa a ser tratado, na proporção de sua desigualdade, de forma desigual. Fica-lhe assegurado, com isso, a isonomia real, substancial, e não meramente formal, como arremata Nelson Nery Júnior.⁸⁷

Grinover, por sua vez, também não fala muita coisa. Na verdade, a autora trata a igualdade como um pressuposto para o exercício pleno do direito de liberdade de escolha. Todavia, o fato é que ela não aborda a igualdade entre aqueles que consomem:

Referido trabalho educativo não tem apenas a finalidade de alertar os consumidores com relação a eventuais perigos representados à sua saúde, por exemplo, na aquisição de alimentos com certas características que podem indicar sua deterioração, mas também para que se garanta ao consumidor *liberdade de escolha* e a almejada *igualdade de contratação*, informando-o previamente das condições contratuais, e para que ele não seja surpreendido posteriormente com alguma cláusula potestativa ou abusiva.⁸⁸

Um dos poucos autores que tratam da isonomia como um princípio a ser aplicado entre os próprios consumidores é Nunes. Ele deixa claro que é vedado ao fornecedor atribuir qualquer tipo de vantagem a determinados consumidores sem que estes necessitem de proteção especial:

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. 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 concreta do princípio da isonomia.⁸⁹

Benjamin é outro autor que, apesar de não falar de forma tão clara, dá a entender – na parte final do excerto – ser proibida a diferenciação entre os cidadãos que consomem. Vejam-se as explicações:

O inciso II do art. 6º traz o direito de livre escolha e de igualdade nas contratações. Estes direitos estão consolidados em todas as normas de proteção contratual do CDC (art. 46 e ss.), mas com especial atenção naquelas que cuidam da parte pré-contratual e publicidade (art. 30 e ss.) e de práticas comerciais abusivas (art. 39 e ss.), inclusive combatendo a discriminação de consumidores (art. 39, II, IV e IX).⁹⁰

⁸⁷ CARVALHO, José Carlos Maldonado de. **Direito do Consumidor**. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 47.

⁸⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 146.

⁸⁹ NUNES, Rizzatto. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 554.

⁹⁰ BENJAMIN, 2009, p. 58.

A jurisprudência não parece tratar muito do tema, haja vista a dificuldade em se encontrar julgados a respeito desta questão. Contudo, houve um caso interessante no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios que tratou da igualdade entre os consumidores. Neste caso⁹¹, alguns estudantes de uma determinada instituição questionavam o desconto que era dado, por meio de um convênio, a outros estudantes que viessem de uma faculdade específica.

Ao julgar a ação, os magistrados entenderam que não havia ofensa ao princípio da isonomia, tendo em vista que “o tratamento diferenciado para alunos de uma mesma instituição está lastreada em Acordo de Cooperação Educacional com vista a assegurar a continuidade por parte dos alunos da faculdade Millenium, de seus cursos, ante o encerramento de suas atividades.”

Como se pode perceber, os juízes falaram a respeito da igualdade presente no CDC e, ao que parece, mesmo que no caso concreto não tenham considerado a diferenciação como ofensiva ao princípio da isonomia, defenderam a ideia de que este princípio deve ser aplicado também entre os consumidores. Eles deixam claro que não há uma ofensa porquanto houve uma justificativa razoável que autorizasse a desequiparação, porém, eles não dizem que a igualdade insculpida no art. 6º, II, CDC não deve ser aplicada na relação entre consumidores.

⁹¹ “CIVIL. CDC. INSTITUIÇÕES DE ENSINO. APLICABILIDADE DO CDC. CONVÊNIO ENTRE INSTITUIÇÕES DE ENSINO SUPERIORES. RELAÇÃO JURÍDICA DISTINTA. PRINCÍPIO DA ISONOMIA PRESERVADO. RECURSO IMPROVIDO.

1. As instituições de ensino enquadram-se no conceito de fornecedor inserto no art. 3º da Lei 8.078/90, inferindo-se ser de consumo a relação estabelecida entre elas e seus alunos.

2. Contudo, a concessão de descontos nas mensalidades aos alunos transferidos da “Faculdade Millennium” não fere a igualdade nas contratações prevista no inciso II, do art. 6º, do CDC, visto que o aludido desconto encontra lastro no convênio (fls. 53/55), relação jurídica de natureza contratual, firmado entre aquela instituição e o apelado, o qual inclusive conta com o apoio do Ministério da Educação (fls. 56/57).

3. Não há que se falar em quebra do princípio constitucional da igualdade, o qual somente se rompe quando houver desigualdades injustificadas, o que não se verifica na hipótese em análise, pois o tratamento diferenciado para alunos de uma mesma instituição está lastreada em Acordo de Cooperação Educacional com vista a assegurar a continuidade por parte dos alunos da faculdade Millenium, de seus cursos, ante o encerramento de suas atividades.

4. ‘O princípio isonômico revela a impossibilidade de desequiparações fortuitas ou injustificadas’ (STF – 2ª T. – Ag. Instr. Nº 207.130-1/SP – Rel. Min. Marcos Aurélio, Diário da Justiça, Seção I, 3 abr. 1998, p. 45).⁹¹

5. Nos termos do artigo 55 da Lei dos Juizados Especiais (Lei nº 9.099/95), condeno os apelantes ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios que fixo em 20% sobre o valor da causa.

6. Recurso conhecido e improvido, legitimando a lavratura do acórdão nos moldes autorizados pelo artigo 46 da Lei nº 9.099/95. Unânime.” (Processo nº 2005.01.1.111562-8, Rel. NILSONI DE FREITAS CUSTÓDIO, 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, DJ-e de 10/05/2007).

Em que pese a divergência doutrinária a respeito do tema, para não dizer omissão, não parece ser razoável – data vênica – permitir que os consumidores sejam tratados de forma diferenciada sem seguir as regras já expostas na seção sobre o princípio da isonomia.

Primeiramente, vale lembrar da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, que impõe a necessidade de se respeitarem os direitos fundamentais nas relações entre privados. Vale dizer, somente com base em tal corrente já se poderia defender a obrigatoriedade de se adimplir a igualdade entre aqueles que consomem.

Ademais,

mesmo quando o legislador não leva em consideração uma situação de poder que possa prejudicar a parte mais fraca, as normas infraconstitucionais devem ser interpretadas ‘à luz’ (daí a metáfora do ‘efeito de irradiação’!) dos direitos fundamentais, permitindo o respeito da ordem constitucional que não tolera violações dos direitos fundamentais, mesmo quando estas provêm de particulares.⁹²

Outrossim, caso a isonomia não fosse aplicada entre estes, estar-se-ia indo de encontro aos princípios sociais do direito, porque a autonomia da vontade contratual voltaria a prevalecer de modo desarrazoado. Em outras palavras, permitir-se-ia um tratamento diferenciado entre os consumidores, oportunizando aos empresários a aplicação de cláusulas contratuais diferenciadas e prejudiciais para um determinado grupo, vilipendiando diversos dispositivos constitucionais (isonomia, defesa do consumidor, função social da propriedade privada, etc) e infraconstitucionais (igualdade, boa-fé objetiva, função social do contrato, etc).

Se o princípio isonômico não fosse aplicado nas relações entre os destinatários finais de um produto ou serviço, chegar-se-ia ao absurdo de permitir que relações entre privados, regidas pelo Código Civil, em que a autonomia de vontade das partes é superior, tivessem de cumprir o princípio da igualdade, e as relações consumeristas – que exigem, teoricamente, uma intervenção maior do Estado – ficassem desprotegidas.

Quer-se acreditar que parte da doutrina apenas não tratou do tema por simples descuido ou por entender que se trata de um dispositivo tão óbvio que era prescindível a sua tratativa nos manuais.

⁹² DIMOULIS, 2009, p. 100.

Conclusão

A diferenciação de preços entre homens e mulheres na entrada de casas noturnas é um tema que merece maiores estudos por parte da doutrina brasileira. Infelizmente, a escassez de livros, artigos e jurisprudência a respeito do assunto é demasiada, dificultando análises mais profundas.

Entretanto, a circunstância serviu apenas como um incentivo para realização deste trabalho, a fim de abordar uma relação jurídica pouco cuidada pelos juristas brasileiros.

Para tanto, fez-se mister abordar o entendimento constitucional e infraconstitucional acerca de tal tratamento aos consumidores de sexos opostos, visando a compreender os motivos que levam à diferenciação entre homens e mulheres e se se trata de uma regra constitucional/legal ou não.

Consoante a corrente do neoconstitucionalismo, aparentemente majoritária na doutrina e jurisprudência nacionais, impera-se a aplicação e respeito às normas e princípios constitucionais nas relações entre privados.

Caso não se adote tal corrente, os princípios constitucionais sequer seriam analisados, fazendo com que se perscrutasse diretamente o Código de Defesa do Consumidor. Porém, para fins didáticos de melhores estudos acerca do tema e das possíveis interpretações, levou-se em consideração o pensamento trazido pelo neoconstitucionalismo.

A partir dessa forma de entender a Constituição Cidadã, analisaram-se os princípios constitucionais aplicáveis ao caso em questão, objetivando decidir quais deveriam prevalecer no caso concreto, tendo em vista inexistir princípios, direitos absolutos. Nesse momento, após estudar profundamente cada um dos princípios, em prevalecendo a livre iniciativa e propriedade privada, entender-se-ia ser constitucional a desequiparação entre os sexos. Com isso, restaria observar se o CDC protegeria o consumidor ou não. Entretanto, para aprimorar o trabalho e discutir as demais interpretações sobre o tema, entendeu-se que deveriam prevalecer os princípios da função social da propriedade privada, defesa do consumidor e igualdade.

Neste momento, deu-se maior ênfase ao princípio da igualdade, haja vista a notória relevância do mesmo para a discussão. Ao analisá-lo, levou-se em consideração –

primordialmente – os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello. Ocorre que o autor aborda a aplicação do princípio da isonomia nas leis, ou seja, na relação entre Estado e cidadão. Entretanto, de acordo com a *eficácia horizontal dos direitos fundamentais* – seguindo a linha do neoconstitucionalismo – os princípios fundamentais são aplicáveis às relações privadas, dentre eles o da isonomia. Portanto, foram estudados 2 (dois) elementos que poderiam ser adaptados ou utilizados nas relações entre indivíduos: (i) a necessidade de pertinência lógica entre o fator de *discrímen* e a desigualdade aplicada e (ii) o fato de que a desigualdade não pode ir de encontro aos interesses constitucionais.

Após perscrutar sobre tal princípio, concluiu-se que nenhum dos dois requisitos acima foram adimplidos, o que – unindo-se com os da função social da propriedade privada e da defesa do consumidor – levou-se a crer que a diferenciação de preços entre homens e mulheres na entrada de casas noturnas é inconstitucional.

Contudo, para que se possa fazer uma análise mais completa, também foi abordado o conteúdo do Código de Defesa do Consumidor, eminentemente no que tange à isonomia. Para que isso fosse possível, tinha-se de considerar que o neoconstitucionalismo não deveria ser aplicado ao caso concreto, sendo imprescindível que uma legislação infraconstitucional regulasse o tema. Em outras palavras, em se aplicando o entendimento da corrente do novel constitucionalismo, seria dispensável a análise do CDC, haja vista que a regra imposta pela boate seria inconstitucional e – conseqüentemente – não poderia haver Lei que a tornasse lícita.

Assim sendo, ao estudar o Código de Defesa do Consumidor, observou-se que se trata de uma norma infraconstitucional de ordem pública, possuindo um relevante interesse social, e de caráter multidisciplinar, demonstrando sua importância para a população brasileira.

Em seguida, perscrutou-se – novamente – acerca do princípio da igualdade, mas, desta vez, no CDC. Isso foi preciso por conta do entendimento divergente da doutrina acerca do art. 6º, em que alguns juristas defendem somente a aplicação desse princípio na relação entre fornecedor e consumidor e outros asseveram ser ele aplicável também na relação entre consumidores.

Após a demonstração de alguns argumentos, observou-se que não seria compatível com o princípio constitucional da isonomia e com os princípios sociais a possibilidade de se ter um tratamento diferenciado entre pessoas de sexos opostos, no caso da

entrada em boates. A conclusão foi a de que tal desequiparação acarretaria em atribuir demasiada relevância para a autonomia de vontade por parte dos fornecedores, indo de encontro à corrente hodierna dos direitos sociais imanente ao Estado Social Democrático de Direito brasileiro.

Portanto, ao longo deste trabalho demonstraram-se as correntes, entendimentos e argumentos referentes à diferenciação de preço de entrada entre homens e mulheres nas casas noturnas, a fim de analisar a constitucionalidade/legalidade dessa exigência. Após a discussão travada, conclui-se pela inconstitucionalidade e ilegalidade dessa desequiparação, urgindo repensar tal conduta por parte dos donos desses estabelecimentos, visando a respeitar – principalmente – o princípio da isonomia.

Referências

ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza; ALVIM, Eduardo Arruda; MARINS, James. **Código do Consumidor Comentado**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o Direito da Ciência. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n° 17, janeiro/fevereiro/março, 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 6 abr. 2011, p. 1.

BARROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n°. 9, março/abril/maio, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 5 jul. de 2010.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. vol. 7. São Paulo: Saraiva, 1990.

CARVALHO, João Andrades. **Código de Defesa do Consumidor**: comentários, doutrina, jurisprudência. Rio de Janeiro: Aide, 2000.

CARVALHO, José Carlos Maldonado de. **Direito do Consumidor**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direito do Consumidor. Código Comentado e Jurisprudência**. 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 6. ed. vol 3. São Paulo: Saraiva, 2009.

GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e crítica)**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Fontes da Obrigações**: contratos. vol 4. Freitas Bastos, 1958.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

NERY JR., Nelson. **Os Princípios Gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. Revista de Direito do Consumidor nº 03. São Paulo: Revista dos tribunais, 1992.

NERY JR., Nelson; Denari, Zelmo e. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado Pelos Autores do Anteprojeto**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

NETO, Guilherme Fernandes. **O Abuso do Direito no Código de Defesa do Consumidor – Cláusulas, Práticas e Publicidades Abusivas**. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

NUNES, Rizzatto. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Contratos**. vol 3. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SELL, Sandro César. **Descontos sexuais: o lado não polêmico da inconstitucionalidade cotidiana**. Disponível em: <<http://sandrosell.blogspot.com/2008/06/descontos-sexuais-o-lado-no-polmico-da.html>>. Acesso em: 13 mai. de 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.