



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

ROBERTO CASALI JUNIOR

**MULHER NÃO PAGA MENOS, HOMEM NÃO PAGA MAIS:
A INCONSTITUCIONALIDADE DA DIFERENÇA DE PREÇOS POR GÊNERO
NA VENDA DE INGRESSOS NO BRASIL**

Brasília/DF
2019

ROBERTO CASALI JUNIOR

**MULHER NÃO PAGA MENOS, HOMEM NÃO PAGA MAIS:
A INCONSTITUCIONALIDADE DA DIFERENÇA DE PREÇOS POR GÊNERO
NA VENDA DE INGRESSOS NO BRASIL**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito (FDD) da Universidade de Brasília (UnB) em 10 de dezembro de 2019 como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Jorge Octávio Lavocat Galvão, Doutor.

Brasília/DF
2019

CASALI JUNIOR, Roberto.

Mulher não paga menos, homem não paga mais:
A inconstitucionalidade da diferença de preços por gênero na venda de
ingressos no Brasil. /
Roberto Casali Junior. — Brasília, 2019.

80f.

Monografia (Bacharelado em Direito) — Faculdade de Direito /
Universidade de Brasília. Brasília, 10 de dezembro de 2019.

1. Direito Constitucional 2. Direito do Consumidor. 3. Precificação de ingressos
4. Desigualdade de gênero. 5. Processo nº 0718852-21.2017.8.07.0016 I.
Título II. Autor

ROBERTO CASALI JUNIOR

FOLHA DE APROVAÇÃO

**MULHER NÃO PAGA MENOS, HOMEM NÃO PAGA MAIS:
A INCONSTITUCIONALIDADE DA DIFERENÇA DE PREÇOS POR GÊNERO
NA VENDA DE INGRESSOS NO BRASIL**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito (FDD) da Universidade de Brasília (UnB) em 10 de dezembro de 2019 como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Jorge Octávio Lavocat Galvão, Doutor (Presidente/Orientador)

Prof. João Costa Ribeiro Neto, Doutor (Membro)

Prof.^a Caroline Santos Lima, Bacharela (Membro)

Brasília/DF
2019

A Carlos Magno

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, a Deus;

À minha família;

À Faculdade de Direito da Universidade de Brasília;

Ao meu orientador, professor Jorge Octávio Lavocat Galvão;

À juíza Caroline Santos Lima, magistrada precursora no julgamento do tema;

À imprensa e aos jornalistas que noticiaram e debateram o assunto;

Ao professor João Costa Neto, que me ajudou a melhorar a monografia em diversos pontos;

Ao ex-Deputado Federal Marcelo Squassoni, que encampou o projeto de lei por mim escrito;

Ao jornalista e colega de curso Emerson Charlley da Fonseca Fraga, que contribuiu para a melhora da monografia;

Ao grande amigo e advogado Victor Hugo Pinheiro Cascais Meleiro, que me ajudou a montar a apresentação desta monografia;

Ao Bacharel em Direito e escritor Carlos Magno Zuqui Lisboa, que auxiliou na repercussão da causa em âmbito nacional;

Ao advogado João Felipe Aranha Lacerda, grande amigo e um dos melhores juristas que já conheci, por ter levado esta causa ao Supremo Tribunal Federal.

“Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”
(Constituição de 1988, art. 3º)

“O pensamento de quem se vale dessa política [...] é o seguinte: mulheres atraem homens, deixam a festa mais atraente. Por isso, devem pagar mais barato, porque já prestam um “serviço” para o evento.”
(Victoria Perez, advogada)

“[...] Não é “porque sempre foi assim” que a prática discriminatória haverá de receber a chancela do Poder Judiciário, pois o mau costume não é fonte do direito. De forma alguma.”
(Caroline Santos, juíza de Direito)

RESUMO

Esta pesquisa monográfica discute a prática rotineira de estabelecimentos de entretenimento no Brasil de cobrar preços diferentes de ingressos para homens e mulheres. O objetivo do trabalho é analisar tal prática sob a ótica do Direito do Consumidor e, inevitavelmente, do Direito Constitucional, tendo em vista que a legislação consumerista foi inserida e está consolidada no ordenamento jurídico brasileiro sob a égide da Constituição da República de 1988. Para tal fim, o texto aborda os princípios constitucionais da ordem econômica mais diretamente aplicáveis às relações de consumo: da soberania nacional, da propriedade privada, da função social da propriedade, da livre concorrência, da defesa do consumidor e da redução das desigualdades econômicas e sociais. A intenção é construir uma base teórica para, em seguida, promover uma discussão técnico-jurídica acerca da inconstitucionalidade desse tipo de cobrança – que, a rigor, é discriminatória. Ademais, esta pesquisa avalia a referida praxe também sob a perspectiva do “microssistema” brasileiro de proteção ao consumidor. A finalidade é verificar se essa prática é considerada abusiva pelas instâncias que o compõem quando casos do tipo chegam ao escopo de decisão especialmente dos órgãos e instituições do Poder Judiciário. Ao longo do trabalho, está colacionada jurisprudência federal e local sobre o assunto, a fim de permitir um vislumbre de como os tribunais brasileiros têm se posicionado quanto a questionamentos sobre cobrança diferenciada como base em sexo ou gênero, destacadamente em casas noturnas e eventos.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Direito do Consumidor. Práticas comerciais abusivas. Precificação de ingressos. Desigualdade de gênero.

ABSTRACT

The present monographic research discusses the usual practice of entertainment establishments in Brazil of charging different ticket prices for men and women. The objective of this paper is analyzing this practice from the Consumer Law perspective and, inevitably, the Constitutional Law perspective, considering that the consumerist legislation was inserted and is consolidated in the Brazilian legal system under the aegis of the 1988 Federal Constitution. Due that objective, the text addresses the constitutional principles of the economic order most directly applicable to the consumer relations: national sovereignty, private property, social function of property, free competition, consumer protection and reduction of economic and social inequalities. The purpose is building a theoretical base to then promote a technical-legal discussion about the unconstitutionality of this type of unequal charge – which is, strictly speaking, clearly discriminatory. In addition, this research evaluates this practice also from the perspective of the Brazilian existing system of consumer protection. The purpose is verifying if the discussed practice is considered abusive by the instances that compose it when cases about this issue reach the scope of decision especially of judiciary organs and institutions. Throughout the work, federal and local jurisprudence on the subject are quoted, in order to allow a glimpse of how the Brazilian courts have positioned themselves regarding questions about the practice of differentiate prices based on sex or gender, especially in nightclubs and entertainment events.

Keywords: Constitutional Law. Consumer Rights. Abusive commercial practices. Tickets pricing. Gender inequality.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
1.1	Apresentação	11
1.2	Justificativa	12
1.3	Objetivos	13
1.4	Metodologia	14
1.5	O conceito jurídico de relação de consumo	14
2	PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ORDEM ECONÔMICA	21
2.1	Princípio da propriedade privada	21
2.2	Princípio da função social da propriedade	22
2.3	Princípio da livre concorrência	25
2.4	Princípio da defesa do consumidor	28
2.5	Princípio da redução das desigualdades sociais e regionais	30
3	REGULAÇÃO CONSUMERISTA BRASILEIRA	33
3.1	Influência das normas internacionais de proteção ao consumidor	33
3.2	Deveres do fornecedor previstos pelo Código de Defesa do Consumidor	34
3.3	Procons e instituições não-governamentais de defesa do consumidor	41
3.4	A Secretaria Nacional do Consumidor e o portal “consumidor.gov.br”	43
3.5	O papel dos juizados especiais cíveis nas relações consumeristas	45
4	DISCRIMINAÇÃO NAS RELAÇÕES DE CONSUMO	47
4.1	Práticas abusivas nas relações de consumo	47
4.2	Discriminação no âmbito das relações consumeristas	51
4.3	Caso concreto: o Processo nº 0718852-21.2017.8.07.0016	52
4.4	Bases constitucionais do ARE nº 1.139.568/DF	59
4.5	Inconstitucionalidade da diferença de preços de ingressos por gênero	70
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	75
	REFERÊNCIAS	77

1 INTRODUÇÃO

1.1 Apresentação

A Terceira Revolução Industrial, impulsionada pela expansão da produção e da massificação dos contratos consumeristas nos Estados Unidos após o fim da Segunda Guerra Mundial, em 1945, provocou uma inserção progressiva da ideia de consumidor enquanto cidadão em uma posição de vulnerabilidade face ao fornecedor – firmando, aliás, uma diferenciação mais clara no mundo moderno entre essas duas figuras. Tal cenário começou a exigir tutela especial do Estado ao consumidor na relação de consumo, visto que sua hipossuficiência em relação ao fornecedor – empresário, vendedor ou prestador de serviços – tornava-se cada vez mais evidente.

Há, nesse mesmo sentido, um movimento de inserção da proteção ao consumidor nas constituições econômicas de diversos Estados nacionais a fim de resguardar os cidadãos – em tese, como já citado, hipossuficientes – de práticas abusivas. Tais violações, nesse período, eram comumente observáveis no âmbito das relações de consumo e passaram a demandar a atenção dos agentes estatais.

É desse modo que o direito do consumidor vai adquirindo fundamento constitucional, passando a estar expressamente assegurado nos mais diversos ordenamentos jurídicos – inclusive no brasileiro – garantias fundamentais de proteção ao consumidor. As relações consumeristas passam, desse modo, a ser reguladas legalmente, com normas lastreadas pelos princípios constitucionais vigentes, ou seja, que devem ser interpretadas à luz e à potência da Constituição.

Este estudo analisa, partindo desse sentido mais geral de proteção e defesa ao consumidor, se a diferenciação de preços de vendas de ingressos para homens e mulheres em eventos constitui ou não prática abusiva. Discute ainda se a prática é ou não compatível aos princípios da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, bem como com a legislação consumerista federal.

O presente texto monográfico é dividido nesta Introdução, em mais cinco capítulos e nas Considerações Finais. O segundo capítulo apresenta um panorama do reconhecimento do direito do consumidor no Brasil como um direito

constitucionalmente fundamentado. Traz as linhas gerais dos princípios constitucionais mais ligados à economia, especialmente às relações de consumo.

O terceiro capítulo faz uma análise geral sobre as relações de consumo, passando por sua conceituação e por uma análise histórica do desenvolvimento do direito do consumidor no Brasil e no mundo.

No terceiro capítulo é apresentada, em linhas gerais, a regulamentação infraconstitucional das relações de consumo no Brasil, elementar para a compreensão do caso empírico analisado nesta pesquisa. Aborda o Código de Defesa do Consumidor e a legislação conexa, bem como o papel de instituições como os Procons, a Secretaria Nacional do Consumidor do Ministério da Justiça e Segurança Pública e os juizados especiais cíveis.

O quarto capítulo aborda, inclusive no mérito, a constitucionalidade e a legalidade da cobrança diferenciada de preços em eventos e estabelecimentos noturnos para homens e mulheres, passando pelo conceito de abusividade nas relações de consumo. Nele, é apresentado o caso concreto do Processo n. 0718852-21.2017.8.07.0016, que tem como parte requerente o autor deste estudo monográfico. O processo, que aguarda avaliação de admissibilidade no Supremo Tribunal Federal, trouxe à tona recente discussão sobre tema em razão de sua repercussão midiática em âmbito nacional.

1.2 Justificativa

A venda de ingressos com preços diferentes para homens e mulheres em festas e eventos noturnos é uma prática que sempre observei no mercado brasileiro. Nunca tinha me questionado, entretanto, sobre a constitucionalidade e a legalidade dessa prática até que, já estudante da graduação em Direito da Universidade de Brasília (UnB), deparei-me com uma diferença exagerada entre os ingressos masculino e feminino de uma festa em Goiânia (GO).

Em decorrência desse episódio, passei a procurar bases jurídicas para analisar a juridicidade de tal diferenciação. Acabei descobrindo motivos para defender, tanto

academicamente quanto na prática, a ilegalidade e a inconstitucionalidade de tal cobrança, que não havia ainda sido questionada diretamente no Judiciário brasileiro.

Este trabalho se justifica pela discussão do viés jurídico-constitucional dessa, que é prática das mais rotineiras (e questionáveis) no âmbito consumerista nacional. As análises, dados e considerações aqui apresentadas podem servir ao melhor preparo e compreensão do tema tanto para pesquisadores, consumidores, movimentos sociais quanto para empresários e agentes jurídicos.

1.3 Objetivos

Os estudos aqui reunidos foram resultados de pesquisas e revisões bibliográficas para duas atitudes práticas que tomei sobre a venda de ingressos com preços diferentes para homens e mulheres após o episódio relatado no tópico anterior. A primeira foi o ingresso de uma ação judicial contestando a prática em Brasília e, a segunda, a elaboração da minuta de um projeto de lei entregue ao advogado e deputado federal Marcelo Squassoni (PRB-SP) proibindo expressamente a prática em âmbito nacional.

A ação judicial, especialmente, ganhou repercussão nacional e foi tema de diversas reportagens, inclusive no programa Fantástico, da TV Globo, líder em audiência nas noites de domingo em todo o País. Ensejou ainda a aprovação pelo Estado da Paraíba da Lei Estadual nº 11.129, de 29 de maio de 2018, que multa os estabelecimentos comerciais por diferenciarem o preço dos ingressos para homens e mulheres.

A repercussão provocou ainda, em junho de 2017, a edição da Nota Técnica nº 2/2017/GAB-DPDC/DPDC/SENACON – da Secretaria Nacional do Consumidor, órgão do Ministério da Justiça à época sob o comando do ex-ministro do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) Torquato Lorena Jardim¹. O processo judicial, julgado improcedente pela Segunda Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito

¹ Recentemente, entretanto, o mesmo órgão, agora submetido à autoridade do ex-juiz federal Sérgio Fernando Moro, publicou em março de 2019 a Nota Técnica n.º 11/2019/CGEMM/DPDC/SENACON/MJ, que conclui que o Código de Defesa do Consumidor (CDC) não veda tal prática, revogando materialmente o documento anterior.

Federal, está atualmente em grau de Agravo em Recurso Extraordinário, aguardando análise do Supremo Tribunal Federal (STF).

Este trabalho, portanto, tem o objetivo geral de divulgar no meio acadêmico um debate sobre o tema ancorado em doutrina jurídica, pesquisa jurisprudencial e no relato de um caso concreto – embora em andamento. A finalidade é fomentar tal debate na academia, na sociedade e apresentar uma investigação monográfica sobre a juridicidade ou antijuridicidade dessa prática.

1.4 Metodologia

A metodologia utilizada no estudo é composta por revisão bibliográfica feita por meio da técnica dedutiva, ou seja, parte-se de conceitos e princípios gerais para o foco principal da presente pesquisa – analisar se a cobrança diferenciada no valor de ingressos em casas noturnas para homens e mulheres é ou não constitucional e legal de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro. Para isso, adota-se em conjunto a investigação da práxis jurídica, com levantamento de legislação, jurisprudência e casos judiciais acerca do tema.

O estudo culmina com a observação empírica da aplicação dos conceitos abordados em um caso prático e verídico, o Processo nº 0718852-21.2017.8.07.0016, alvo de Agravo em Recurso Extraordinário (ARE) – estando, portanto, sob análise da mais alta corte do País, o Supremo Tribunal Federal (STF).

1.5 O conceito jurídico de relação de consumo

Relação de consumo é, em síntese, o vínculo resultante de um negócio jurídico celebrado entre consumidor e fornecedor envolvendo a aquisição de bens ou serviços. Esse é o conceito que se pode extrair do Código de Defesa do Consumidor (CDC), que embora não tenha a definição textual de relação de consumo, prevê seus participantes e objeto, de onde é possível depreender o conceito.

Newton de Lucca mostra que quatro acepções podem ser diretamente extraídas do CDC, sendo uma delas material e outras três por equiparação:

- a) o artigo 2º do CDC dispõe que “consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”;
- b) o parágrafo único do artigo 2º do CDC equipara a consumidor “a coletividade das pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”;
- c) o artigo 17 do CDC também equipara a consumidor todas as vítimas do dano causado pelo fato do produto e do serviço; e
- d) o artigo 29 do CDC indica que são equiparadas a consumidor todas as pessoas, determináveis ou não, expostas a práticas comerciais e que, por isso, fazem jus à proteção contratual. (2003, p.118-119)

Do conceito de consumidor previsto no CDC – artigo 2º, *caput* – merece especial realce a expressão ‘destinatário final’. Acerca de tal expressão, Rizatto Nunes (2018, p.122) questiona:

O problema do uso do termo “destinatário final” está relacionado a um caso específico: o daquela pessoa que adquire produto ou serviço como destinatária final, mas que usará tal bem como típico de produção. Por exemplo, o usineiro que compra uma usina para a produção de álcool. Não resta dúvida de que ele será destinatário final do produto (a usina); contudo, pode ser considerado consumidor? E a empresa de contabilidade que adquire num grande supermercado um microcomputador para desenvolver suas atividades, é considerada consumidora?

O entendimento da figura do destinatário final, portanto, é de suma importância para se conceituar “consumidor”. Há três teorias principais que buscam a definição desse destinatário final nas relações de consumo.

Primeiramente, tem-se a Teoria Finalista ou Subjetiva, que se consubstancia na ideia de que o consumidor é o destinatário final fático e econômico na relação consumerista, conforme explica Cláudia Lima Marques (2010, p.85):

Destinatário final seria aquele destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa jurídica ou física. Logo, segundo essa interpretação teleológica, não basta ser destinatário fático do produto, retirá-lo da cadeia de produção, levá-lo para o escritório ou residência – é necessário ser destinatário econômico do bem, não adquiri-lo para revenda, não adquiri-lo para uso profissional, pois o bem seria novamente um instrumento de produção, cujo preço será incluído no preço final do profissional para adquiri-lo. Nesse caso, não haveria exigida ‘destinação final’ do produto ou do serviço, ou, como afirma o STJ, haveria consumo intermediário, ainda dentro das cadeias de produção e de distribuição. Essa interpretação restringe a figura do

consumidor àquele que adquire (utiliza) um produto para uso próprio e de sua família, consumidor seria o não profissional, pois o fim do CDC é tutelar de maneira especial um grupo da sociedade que é mais vulnerável.

Jorge Alberto Quadros de Carvalho Silva (2008, p.8) aduz que, para a Teoria Finalista, o consumidor é considerado o destinatário final da relação econômica de consumo. Isso porque é o consumidor

[...] quem adquire no mercado de consumo o produto ou serviço, aquele em razão de quem é interrompido a cadeia de produção e circulação de certos bens e serviços, para usufruir ele mesmo, ou terceiro a quem os ceda, das respectivas funções, de modo não profissional (destinatário final econômico).

Conforme tal interpretação, portanto, para ser destinatário final, não basta ser o destinatário fático do produto, ou seja, retirá-lo da cadeia de produção – é necessário também ser o destinatário econômico do bem, de forma que este não seja adquirido para revenda ou uso profissional.

O escopo da Teoria Finalista é restringir a aplicação da tutela especial do CDC para aqueles que realmente estão em situação de vulnerabilidade. A expressão “destinatário final” contida no artigo 2º da principal lei consumerista deve ser, para os finalistas, interpretada de forma estrita, restringindo a denominação de consumidor apenas àquele que adquire o produto para uso próprio e não profissional.

Desse modo, na visão dos finalistas, ficam excluídos do âmbito de aplicação do Código de Defesa do Consumidor as empresas e profissionais intermediários, uma vez que, quando estes adquirem bens para reintegrá-los à cadeia de consumo, nada têm e em nada se enquadram na figura de “destinatários finais”.

Verifica-se, por esta teoria, que a pessoa jurídica ou o profissional dificilmente poderão ser considerados consumidores, na exata medida em que seus defensores reservam tal conceito tão só para as pessoas físicas que retiram do mercado de consumo um bem ou um serviço, para seu uso pessoal ou de sua família, como usuário final (MELO, 2008, p. 35).

Neste entendimento, podemos observar o julgado do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que determina que uma empresa que usa serviços de cartões de crédito e débito para realizar vendas aos seus consumidores não seria “destinatária final” em relação à administradora dos cartões. A Corte definiu a empresa como intermediária:

COMPETÊNCIA. RELAÇÃO DE CONSUMO. UTILIZAÇÃO DE EQUIPAMENTO E DE SERVIÇOS DE CRÉDITO PRESTADO POR EMPRESA ADMINISTRADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO. DESTINAÇÃO FINAL INEXISTENTE. A aquisição de bens ou a utilização de serviços, por pessoa natural ou jurídica, com o escopo de implementar ou incrementar a sua atividade negocial, não se reputa como relação de consumo e, sim, como uma atividade de consumo intermediária. Recurso especial conhecido e provido para reconhecer a incompetência absoluta da Vara Especializada de Defesa do Consumidor, para decretar a nulidade dos atos praticados e, por conseguinte, para determinar a remessa do feito a uma das Varas Cíveis da Comarca. (STJ – REsp 541.867/BA 2003/0066879-3, Relator: Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Data de Julgamento: 10/11/2004, S2 – SEGUNDA SEÇÃO, Data de Publicação: DJ 16/05/2005 p. 227 RDR vol. 31 p. 349 RSTJ vol. 200 p.260)

Por outro lado, há a Teoria Maximalista ou Teoria Objetiva, que defende que o destinatário final é aquele que retira o produto ou serviço da cadeia de produção, independentemente de sua destinação.

Tal teoria, desse modo, amplia substancialmente o conceito de “consumidor”, conferindo uma interpretação abrangente ao artigo 2º do CDC. Isso porque os maximalistas entendem que o consumidor poderá ser tanto uma pessoa física que adquire o bem para o seu uso pessoal, como uma grande empresa que adquire o bem com pretensões econômicas, inclusive de revenda.

A Teoria Maximalista defende o seguinte conceito:

Consumidor é quem adquire no mercado de consumo o produto ou serviço; aquele em razão de quem é interrompido a cadeia de produção e circulação de certos bens e serviços, para usufruir ele mesmo, ou terceiro a quem os ceda, das respectivas funções – ainda que esses bens e serviços possam ser empregados, indiretamente, no exercício de sua empresa ou profissão, isto é, ainda que venham a ser interligados, acessoriamente, à sua atividade produtiva ou profissional, coletiva ou individual, voltada ou não para o lucro (destinatário final fático) (SILVA 2008, p. 8).

Quanto à amplitude de tal conceituação, aponta Cláudia Lima Marques (2010. p. 85):

[...] os maximalistas viam nas normas do CDC o novo regulamento do mercado de consumo brasileiro, e não normas orientadas para proteger somente o consumidor não profissional. O CDC seria um código geral sobre o consumo, um código para a sociedade de consumo, que institui normas e princípios para todos os agentes do mercado, os quais podem assumir os papéis ora de fornecedores, ora de consumidores. A definição do art. 2º deve ser interpretada o mais extensivamente possível, segunda esta corrente, para que as normas

do CDC possam ser aplicadas a um número cada vez maior de relações de consumo.

A grande flexibilidade adotada por tal teoria acaba por transformar o Direito do Consumidor em um verdadeiro direito privado geral, uma vez que chegaria a tutelar até relações entre sujeitos que estariam em relações de igualdade – no caso de um comprador-fornecedor adquirindo produto de um vendedor-fabricante, por exemplo.

Assim sendo, em meio ao conceito demasiado restritivo da Teoria Finalista e da exacerbada abrangência da Teoria Maximalista, emerge uma terceira teoria, a Teoria Finalista Aprofundada. Essa corrente tem como alicerce fundamental a presunção de vulnerabilidade e, portanto, inclui no conceito de consumidor todo aquele que esteja em situação de vulnerabilidade em face do fornecedor.

É uma interpretação finalista mais aprofundada e madura, que deve ser saudada. Em casos difíceis envolvendo pequenas empresas que utilizam insumos para a sua produção, mas não em sua área de expertise ou com uma utilização mista, principalmente na área de serviços, provada a vulnerabilidade, conclui-se pela destinação final de consumo prevalente. Essa nova linha, em especial do STJ, tem utilizado, sob o critério finalista e subjetivo, expressamente a equiparação do art. 29 do CDC, em se tratando de pessoa jurídica que comprove ser vulnerável e atue fora do âmbito de sua especialidade, como hotel que compra gás. Isso porque o CDC conhece outras definições de consumidor. O conceito-chave aqui é o de vulnerabilidade. (MARQUES, 2010, p.87)

Verifica-se, portanto, que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem aplicado a Teoria do Finalismo Aprofundado em situações excepcionais, sendo que a teoria que prevalece na Corte é a Teoria Finalista.

Neste sentido, destaca-se como paradigmática a decisão da Corte Superior proferida no âmbito do Recurso Especial (REsp) nº 1195642/RJ, em que se posicionou no sentido de que pequenas empresas e determinados profissionais liberais poderiam ser considerados como consumidores:

CONSUMIDOR. DEFINIÇÃO. ALCANCE. TEORIA FINALISTA. REGRA. MITIGAÇÃO. FINALISMO APROFUNDADO. CONSUMIDOR POR EQUIPARAÇÃO. VULNERABILIDADE. 1. A jurisprudência do STJ se encontra consolidada no sentido de que a determinação da qualidade de consumidor deve, em regra, ser feita mediante aplicação da teoria finalista, que, numa exegese restritiva do art. 2º do CDC, considera destinatário final tão somente o destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa física ou jurídica. 2. Pela teoria finalista, fica excluído da proteção do CDC o consumo intermediário, assim entendido como aquele cujo produto

retorna para as cadeias de produção e distribuição, compondo o custo (e, portanto, o preço final) de um novo bem ou serviço. Vale dizer, só pode ser considerado consumidor, para fins de tutela pela Lei n. 8.078/90, aquele que exaure a função econômica do bem ou serviço, excluindo-o de forma definitiva do mercado de consumo. 3. A jurisprudência do STJ, tomando por base o conceito de consumidor por equiparação previsto no art. 29 do CDC, tem evoluído para uma aplicação temperada da teoria finalista frente às pessoas jurídicas, num processo que a doutrina vem denominando finalismo aprofundado, consistente em se admitir que, em determinadas hipóteses, a pessoa jurídica adquirente de um produto ou serviço pode ser equiparada à condição de consumidora, por apresentar frente ao fornecedor alguma vulnerabilidade, que constitui o princípio-motor da política nacional das relações de consumo, premissa expressamente fixada no art. 4º, I, do CDC, que legitima toda a proteção conferida ao consumidor. 4. A doutrina tradicionalmente aponta a existência de três modalidades de vulnerabilidade: técnica (ausência de conhecimento específico acerca do produto ou serviço objeto de consumo), jurídica (falta de conhecimento jurídico, contábil ou econômico e de seus reflexos na relação de consumo) e fática (situações em que a insuficiência econômica, física ou até mesmo psicológica do consumidor o coloca em pé de desigualdade frente ao fornecedor). Mais recentemente, tem se incluído também a vulnerabilidade informacional (dados insuficientes sobre o produto ou serviço capazes de influenciar no processo decisório de compra). 5. A despeito da identificação *in abstracto* dessas espécies de vulnerabilidade, a casuística poderá apresentar novas formas de vulnerabilidade aptas a atrair a incidência do CDC à relação de consumo. [...] 6. Hipótese em que revendedora de veículos reclama indenização por danos morais derivados de defeito em suas linhas telefônicas, tornando inócuo o investimento em anúncios publicitários, dada a impossibilidade de atender ligações de potenciais clientes. A contratação do serviço de telefonia não caracteriza relação de consumo tutelável pelo CDC, pois o referido serviço compõe a cadeia produtiva da empresa, sendo essencial à consecução do seu negócio. Também não se verifica nenhuma vulnerabilidade apta a equiparar a empresa à condição de consumidora frente a prestadora do serviço de telefonia. Ainda assim, mediante aplicação do direito à espécie, nos termos do art. 257 do RISTJ, fica mantida a condenação imposta a título de danos materiais, à luz dos arts. 186 e 927 do CC/02 e tendo em vista a conclusão das instâncias ordinárias quanto à existência de culpa da fornecedora pelo defeito apresentado nas linhas telefônicas e a relação direta deste defeito com os prejuízos suportados pela revendedora de veículos. 7. Recurso especial a que se nega provimento. (STJ – REsp: 1195642 RJ 2010/0094391-6, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de julgamento: 13/11/2012, Terceira Turma)

Quanto ao conceito de fornecedor, em seu art. 3º, *caput*, o Código de Defesa do Consumidor estabelece que fornecedor

[...] é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. (BRASIL, 1990, *online*)

Observa-se que o Código de Defesa do Consumidor estabelece um conceito amplo de fornecedor, abrangendo tanto o fornecedor de produtos como o prestador de serviços. Em um primeiro momento, é possível ter a impressão de que a característica fundamental para se conceituar o fornecedor é a finalidade lucrativa da atividade. Em geral, o lucro é, sim, a verdadeira finalidade da atividade comercial, mas não se trata de requisito na definição de “fornecedor”.

Quanto à relevância da finalidade lucrativa ou não para a caracterização do “fornecedor”, é pertinente o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) de 2004. De acordo com a Corte, tal diferenciação é baseada puramente em critérios objetivos, sendo desprezível a natureza jurídica e a espécie de serviço que prestam os fornecedores. Desse modo, entidades sem fins lucrativos, por exemplo, podem perfeitamente ser enquadradas como fornecedoras ou prestadoras de serviço, sem qualquer entrave material, conforme se nota:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS DE CARÁTER BENEFICENTE E FILANTRÓPICO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICOS, HOSPITALARES, ODONTOLÓGICOS E JURÍDICOS A SEUS ASSOCIADOS. RELAÇÃO DE CONSUMO CARACTERIZADA. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. - Para o fim de aplicação do Código de Defesa do Consumidor, o reconhecimento de uma pessoa física ou jurídica ou de um ente despersonalizado como fornecedor de serviços atende aos critérios puramente objetivos, sendo irrelevantes a sua natureza jurídica, a espécie dos serviços que prestam e até mesmo o fato de se tratar de uma sociedade civil, sem fins lucrativos, de caráter beneficente e filantrópico, bastando que desempenhem determinada atividade no mercado de consumo mediante remuneração. Recurso especial conhecido e provido.

(STJ - REsp: 519310 SP 2003/0058088-5, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 20/04/2004, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 24.05.2004 p. 262)

2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ORDEM ECONÔMICA

2.1 Princípio da propriedade privada

O princípio da propriedade privada vem elencado, inicialmente, no artigo 5º, XXII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Ele garante aos indivíduos o direito à propriedade e a responsabilidade individual sob seus bens, sendo que tal direito é limitado apenas pela própria Constituição e pelas normas infraconstitucionais vigentes. *A priori*, segundo o texto constitucional, portanto, o Estado não tem poderes para interferir sem previsão legal na propriedade privada.

Conforme explica Orlando Gomes (2009, p.109), 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”.

Gomes (2009, p.110) aponta ainda que, na perspectiva dos poderes do titular:

[...] a propriedade é o mais amplo dos direitos 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.

Conforme aponta Washington de Barros Monteiro (2003, p. 79), o direito de propriedade, em seus primórdios, era visto como um direito em que o proprietário poderia dispor da maneira que quisesse do bem que detinha. Tal concepção individualista é ancorada no entendimento de que a propriedade existe apenas para a satisfação exclusiva de seu detentor. Segundo tal visão, as coisas dotadas de valor econômico são apropriadas, produzidas ou transformadas tão somente para servir apenas a fins individuais.

No Estado Democrático de Direito, entretanto, da mesma forma que o princípio da livre iniciativa não pode ser exercido de forma isolada, também não o pode o princípio da propriedade privada. No Brasil, o constituinte, bem como o legislador infraconstitucional, preocupou-se em estabelecer diversos dispositivos que atrelam e lastreiam o exercício do direito de propriedade à sua função social prevista constitucionalmente (conforme art. 170 III).

2.2 Princípio da função social da propriedade

Em uma análise sistêmica dos dispositivos constitucionais expostos neste texto, verifica-se que a função social da propriedade não é verificada apenas quando o proprietário se abstém de causar prejuízo a terceiros. Para estar em conformidade com os preceitos constitucionais, o direito de propriedade deve ser exercido de forma positiva a fim de beneficiar a coletividade.

A função social é abordada de forma explícita em nossa Carta Magna de 1988 em diversos dispositivos:

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;

[...]

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:

[...]

III - função social da propriedade;

[...]

Art. 184 Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.

[...]

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. (BRASIL, 1988, *online*)

O princípio da propriedade privada, no artigo 5º, é tratado de maneira abrangente, isto é, como um direito do qual o proprietário de um bem tem a faculdade de dispor, usufruir e de reaver tal propriedade no caso de estar indevidamente em poder de outrem. No entanto, no Brasil não se contempla um controle absoluto da propriedade. A propriedade privada existe com o objetivo de amparar um propósito mais amplo previsto pela Constituição: a função social da propriedade. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça tem produzido jurisprudência sobre a necessidade em se estabelecer e garantir a função social da propriedade.

MANDADO DE SEGURANÇA. ÁREA INDÍGENA. DECLARAÇÃO DE POSSE E DEFINIÇÃO DE LIMITES PARA DEMARCAÇÃO ADMINISTRATIVA. PORTARIA MINISTERIAL DECORRENTE DE PROPOSIÇÃO DA FUNAI. INTERDIÇÃO DA ÁREA. TÍTULO DOMINIAL PRIVADO. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 231. ADCT, ART.67. LEI N.6001/73. DECRETO FEDERAL N. 11/91. DECRETO FEDERAL N.22/91. 1. Suficientemente pré-constituída a prova das situações e fatos da impetração, ainda que complexos, mas incontrovertidos, fica desembaraçada a via processual do “mandamus” para a verificação da liquidez e certeza, para a correta aplicação da lei. 2. O direito privado de propriedade, seguindo-se da dogmática tradicional (Código Civil, arts. 524 e 527), à luz da Constituição [...] (art.5, XXII, C.F.), dentro das modernas relações jurídicas, políticas, sociais e econômicas, com limitações de uso e gozo, deve ser reconhecido com sujeição a disciplina e exigência da sua função social (arts. 170, II e III, 182, 183, 185 e 186, C.F.). É a passagem do Estado-Proprietário para o Estado-Solidário, transportando-se do “monossistema” para o “polissistema” do uso do solo (arts. 5., XXIV, 22, II, 24, VI, 30, VIII, 182 pars-3 e 4 e 185, C.F.). [...] (STJ – MS: 1835 DF 1992/0020633-6, Relator: Ministro Garcia Vieira, Data de Julgamento: 11/05/1993, S1 – Primeira Seção, Data de Publicação: DJ 24.05.1993 p. 9955 RDA vol. 193 p.293 RSTJ vol.46 p.81)

Na mesma linha, o artigo 170 da Carta Magna, aborda a questão da propriedade privada com maior especificidade, sob o prisma dos meios de produção inseridos na ordem econômica e financeira e sob o aspecto da função social atrelada ao direito de propriedade privada. Tavares (2003, p. 156) menciona, a esse respeito, que “[...] de acordo com a orientação capitalista seguida pelo constituinte, o princípio do respeito à propriedade privada, especialmente dos bens de produção, propriedade sobre a qual se funda o capitalismo, temperado, contudo, de acordo com o inc. IV, pela necessária observância à função social, a ser igualmente aplicada à propriedade dos bens de produção”

A função social da propriedade, prevista no inciso III do artigo 170, caracteriza-se como uma restrição ou um direcionamento ao princípio da propriedade privada. Em

uma interpretação genérica, pode-se dizer inclusive que este princípio permite, a intervenção do Estado sobre a propriedade que deixe de cumprir sua função social – se a situação, é claro, estiver amparada pela própria Constituição e pela legislação infraconstitucional.

Sob uma ótica ampliada, pode-se afirmar que a propriedade privada deve exercer sua função socioeconômica, devendo seu uso cumprir uma finalidade de interesse coletivo, como geração de riqueza, garantia de trabalho, recolhimento de tributos ao Estado e, especialmente, a promoção do desenvolvimento econômico e regional.

Nessa perspectiva, é possível sintetizar que o proprietário tem o direito de uso e gozo de sua propriedade – porém, deve cumprir com sua função social, estabelecida pelo ordenamento jurídico. José Afonso da Silva (1996, *online*) diz que o art. 170, em seu inciso III, ao elencar a função social da propriedade como princípio basilar da ordem econômica, estabelece que ela seja ferramenta destinada à realização da existência digna de todos e da justiça social.

Desse modo, o princípio da função social da propriedade cria uma norma de conduta positiva e coletiva a ser praticada constantemente pelo proprietário ou controlador do bem ou empresa. É dever dele “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”, conforme estabelece o *caput* do art. 170 (BRASIL, 1988, *online*). O proprietário, portanto, tem a obrigação de fazer de cumprir o papel produtivo da propriedade, no sentido econômico; além de não atentar, ao fazê-lo, contra os interesses sociais. Nessa ordem, deve sempre perseguir o equilíbrio entre o lucro individual e o interesse coletivo.

O Estado tem o papel de regulamentador e normatizador das atividades econômicas, exercendo a função de fiscalizar, incentivar e planejar o direcionamento do sistema econômico nacional. É claro que há também previsões constitucionais de intervenção direta estatal, como a criação de empresas públicas e o exercício do monopólio de determinadas atividades econômicas, quando “necessária a imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo”, conforme prevê o art. 173 da Constituição (BRASIL, 1988, *online*).

Em síntese, é possível afirmar que o princípio da propriedade privada existe e está garantido constitucionalmente e infraconstitucionalmente, mas que ele está

ancorado na função social desta propriedade. Ela deve cumprir, ante tudo, função de interesse coletivo.

Satisfazendo essas condições, a propriedade privada é assegurada pelo Estado – caso contrário, há a possibilidade intervenção direta do Estado e aplicação de sanções previstas na legislação infraconstitucional. Podemos deduzir, portanto, que este é um meio que busca proporcionar a existência digna de todos e a justiça social.

2.3 Princípio da livre concorrência

O princípio da livre concorrência está intrinsecamente ligado ao da livre iniciativa, valor previsto como fundamento da República Federativa do Brasil, conforme artigo 1º, IV, da Constituição de 1988:

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

[...]

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. (BRASIL, 1988, *online*)

A livre iniciativa é também, como já mencionado, princípio da ordem econômica brasileira, como dispõe o artigo 170, IV, da Constituição de 1988. A dupla previsão do princípio da livre iniciativa no texto constitucional proporciona o entendimento de que ele não se restringe a mero ditame ideológico capitalista. A livre iniciativa diz respeito à liberdade de desenvolvimento da empresa, mas também é um valor social que deve ser exercido em alinhamento com Estado Democrático de Direito, dignidade da pessoa humana e a promoção do interesse coletivo – bases constitucionais para a ordem econômica.

Em que pese o artigo 170 da Constituição assegurar a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica independentemente de autorização de órgãos públicos – exceto em caso de previsão legal – a livre iniciativa não pode ser tida como absoluta, assim como nenhum outro princípio.

Há restrições impostas em lei que regulam a ordem econômica e restringem tal liberdade. Exemplos são as exigências legais de que o Banco Central do Brasil autorize o exercício da atividade bancária comercial e de que a Superintendência de Seguros Privados (Susep) autorize o funcionamento de qualquer seguradora.

De acordo com José Afonso da Silva (1998, p. 760), nesse sentido, o princípio da livre iniciativa:

[...] 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.

Pautando-se na ideia de condicionar a livre iniciativa aos valores de justiça social e bem-estar coletivo, há inclusive doutrina jurídica no sentido de que a exploração de atividade econômica com o puro e simples intuito de lucro seria ilegítima sob o ponto de vista legal. Ao referido entendimento, filia-se José Afonso da Silva (1993, p. 673), que assevera:

[...] A equiparação entre a livre iniciativa e os valores normalmente desconsiderados pelo empresário egoísta – que seria a defesa do consumidor, a proteção do meio ambiente, a função social da propriedade etc. – só afasta a possibilidade de edição de leis, complementares ou ordinárias, disciplinadoras da atividade econômica, desatentas a esses valores.

Por outro lado, há corrente de pesquisadores que interpretam o princípio da livre iniciativa sob uma ótica mais liberalista, como por exemplo, Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins (1990, p. 16), que consideram que tal 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. Aliás, os autores reconhecem que a liberdade de iniciar a atividade econômica implica a de gestão e a de empresa.

Por esse viés, seria possível mesmo supor uma falsa antinomia entre a intervenção do Estado na defesa dos consumidores e o princípio da livre iniciativa. Neste ponto, alinho-me aos que acreditam que não há que se falar em hierarquia entre tais princípios, devendo eventuais colisões serem solucionadas empreendendo critérios de harmonização, à luz da nova hermenêutica constitucional.

A citada “nova hermenêutica constitucional”, segundo o atual ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso (2009, p.386), fundamenta-se em

[...] um modelo de princípios, aplicáveis mediante ponderação, cabendo ao intérprete proceder à interação entre fato e norma e realizar escolhas fundamentadas, dentro das possibilidades e limites oferecidos pelo sistema jurídico, visando à solução justa para o caso concreto.

Desse modo, é fato que o princípio da livre iniciativa não incidirá de forma isolada, devendo ser aplicado de forma integrada e harmônica com os demais dispositivos constitucionais brasileiros. Neste sentido, o ex-ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) Eros Roberto Grau (2004, p.184) afirma que a livre iniciativa está atrelada não só a um indivíduo, mas ao bem da sociedade.

[...] 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.

Com base nesse entendimento, em um caso relatado pelo próprio Eros Roberto Grau, o STF se posicionou a favor da intervenção estatal na livre iniciativa na Ação Direta de Constitucionalidade (ADI) nº 1950/SP, que tinha por objeto a meia-entrada de estudantes prevista em algumas leis estaduais. O teor da decisão, favorável à regulamentação existente nas unidades da federação, foi resumido no Informativo nº 407.

O Tribunal, por maioria, julgou improcedente pedido formulado em ação direta de inconstitucionalidade proposta pela Confederação Nacional do Comércio - CNC contra o art. 1º da Lei 7.844/92, do Estado de São Paulo, que assegura aos estudantes o pagamento de meia-entrada do valor cobrado para o ingresso em eventos esportivos, culturais e de lazer. Inicialmente, afastou-se a inconstitucionalidade

formal alegada, ao fundamento de que os Estados-membros e o Distrito Federal, por força do disposto no art. 24, I, da CF, detêm competência concorrente para legislar sobre o direito econômico. Asseverou-se que, no caso, inexistindo lei federal regulando a matéria, o Estado-membro editou a lei em questão no exercício de competência legislativa plena (CF, art. 24, § 3º). 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)

É necessário enfatizar, portanto, que não há o que se falar em direitos absolutos no ordenamento jurídico brasileiro. A liberdade do exercício de qualquer atividade econômica deverá encontrar limitador na observância dos ditames da Carta Magna e das normas de proteção e defesa dos consumidores.

2.4 Princípio da defesa do consumidor

A Constituição de 1988 cuidou em elevar a proteção do consumidor ao status de direito fundamental. Neste sentido, o constituinte dispôs expressamente no artigo 5º, inciso XXXII, que é dever do Estado promover a defesa do consumidor:

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.
(BRASIL, 1988, *online*)

A defesa do consumidor, portanto, integra o núcleo imodificável da Constituição da República de 1988, tratando-se de “cláusula pétrea”. Não é admissível, desse

modo, proposta de emenda constitucional tendente a esvaziar ou suprimir a proteção ao consumidor no País.

O legislador constituinte tratou da defesa do consumidor também, como mencionado, no Título VII da Constituição, dedicado à ordem econômica nacional. O inciso V do referido artigo lista-a como um dos pilares da ordem econômica:

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, 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 de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (BRASIL, 1988, *online*, grifo nosso)

Sendo assim, “[...] a defesa do consumidor, além de direito fundamental, é também princípio geral de toda a atividade econômica” (CAVALIERI, 2011, p. 11). Bruno Miragem (2016, p. 41) afirma que a determinação da Constituição de estabelecer o direito do consumidor também como princípio fundamental da ordem econômica torna-o não apenas potencial proibitivo ou limitador da autonomia privada, mas também potencial interventivo e promocional do Estado brasileiro.

O Direito do Consumidor, portanto, tem lastro direto na Constituição de 1988, o que significa, na prática, que as normas consumeristas devem ser observadas por todos os outros ramos do direito – é importante reiterar. Sendo assim, a aplicação das leis de proteção e defesa do consumidor fica garantida mesmo em face da ampla liberdade contratual prevista pela Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – o Código Civil brasileiro.

2.5 Princípio da redução das desigualdades sociais e regionais

O princípio constitucional da ordem econômica brasileira que prevê a redução das desigualdades sociais e regionais (art. 170, inciso VII), pode-se dizer, é um desdobramento do direito fundamental à isonomia. O poder constituinte estabeleceu, por esse ditame basilar do ordenamento jurídico brasileiro, a previsão de que os iguais devem ser tratados igualmente e, os desiguais, desigualmente – não de modo discriminatório, mas de modo a elevar os cidadãos a patamares semelhantes de direitos e oportunidades.

O princípio da isonomia tem previsão expressa no artigo 5º, *caput*, da Constituição da República, que versa:

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 [...] (BRASIL, 1988, *online*)

Cármem Lúcia Rocha (1996, p.85), atual ministra do Supremo Tribunal Federal (STF), expõe visão crítica acerca do princípio da isonomia:

Até que ponto se tem assegurada a liberdade igual a todos, a oportunidade igual a todos numa sociedade em que os preconceitos são tão plurais e as discriminações são tão frequentes como nesta em que vivemos? Pode-se asseverar verdadeiramente, sem qualquer traço de ingenuidade cômoda ou mesmo de hipocrisia mal dissimulada, que a igualdade é respeitada de modo eficiente e democrático apenas pela negação jurídica da desigualdade formal como comportamento válido? Ou talvez a questão pudesse ser colocada mais singelamente nos termos seguintes: a igualdade é um direito efetiva e eficientemente assegurado no sistema constitucional pela sua mera formalização no rol de direitos fundamentais, no qual se proíbe a manifestação do preconceito?

O jurista alemão Robert Alexy (2006, p.398) responde com a defesa do conceito de isonomia como aqui exposto. Ele aponta a impossibilidade e a incoerência de se exigir do legislador que todos sejam tratados exatamente da mesma forma, que todos devam ser iguais em todos os aspectos. Afirma, entretanto, que não se pode permitir qualquer diferenciação – ele fala em “discriminação positiva”. O autor propõe a “fórmula clássica: o igual deve ser tratado igualmente, o desigual desigualmente”.

É possível afirmar, desse modo, que a Constituição de 1988 reconhece certos grupos de pessoas e certos indivíduos que merecem uma proteção especial e tratamento diferenciado. É neste sentido que emerge a necessidade de intervenção do Estado a fim de disciplinar as relações de consumo, uma vez constatada a vulnerabilidade econômica, técnica e jurídica do consumidor frente ao fornecedor. É desse desequilíbrio que emerge a necessidade uma proteção diferenciada para amenizar a sua situação de desigualdade perante o fornecedor.

Importante destacar que a situação de desigualdade em que o consumidor se encontra na relação de consumo está expressamente reconhecida na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 2011 – o Código de Defesa do Consumidor (CDC):

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

I – reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo; [...] (BRASIL, 1990, *online*)

A partir da constatação de que a vulnerabilidade do consumidor permeia toda e qualquer relação de consumo, emerge a necessidade de se aplicar o princípio da isonomia a fim de restabelecer o equilíbrio nas relações consumeristas. Sérgio Cavalieri Filho (2011, p.27) explica que:

O CDC busca a igualdade material (real), reconstruída por uma disciplina jurídica voltada para o diferente, porque é preciso tratar desigualmente os desiguais para que eles se igualem. Só se justifica a aplicação de uma lei protetiva se estivermos diante de uma relação de desiguais; entre iguais não se pode tratar privilegiadamente um deles sob pena de se atentar contra o princípio da igualdade.

Por fim, é imprescindível salientar que o conceito de vulnerabilidade não se confunde com o de hipossuficiência. A vulnerabilidade está presente em todas as relações de consumo, enquanto a hipossuficiência poderá ou não estar presente. Sobre tal diferença, aponta Adolfo Mamoru Nishiyama (2010, p. 67):

A hipossuficiência é outra característica do consumidor, mas não se confunde com a vulnerabilidade. Para o Código de Defesa do Consumidor, todos os consumidores são vulneráveis, mas nem todos são hipossuficientes. A hipossuficiência pode ser econômica, quando o consumidor apresenta dificuldades financeiras, aproveitando-se o fornecedor desta condição, ou processual quando o consumidor

demonstra dificuldade de fazer prova em juízo. Esta condição de hipossuficiência deve ser verificada no caso em concreto, e é caracterizada quando o consumidor apresenta traços de inferioridade cultural, técnica ou financeira.

Cabe destacar ainda as observações de Marianna Paes Dantas (2016. p.30) sobre vulnerabilidade e hipossuficiência do consumidor. De acordo com a jurista,

[...] a hipossuficiência pode ser entendida como uma situação adicional à vulnerabilidade já existente em toda relação de consumo, ou seja, um “*plus*” aquela situação de nítido desequilíbrio que se encontra o consumidor, de forma que apenas em situações específicas e estando os requisitos necessários é que o consumidor pode ser visto também como hipossuficiente.

3 REGULAÇÃO CONSUMERISTA BRASILEIRA

3.1 Influência das normas internacionais de proteção ao consumidor

O movimento de defesa do consumidor começou a ter forças a partir da segunda metade do século XX, no cenário histórico a partir da Terceira Revolução Industrial, como já mencionado.

Desde 1890, os Estados Unidos da América - país que hoje capitaneia o controle econômico mundial – já havia começado a estabelecer mecanismos de proteção ao consumidor, como a Lei Sherman, a legislação antitruste estadunidense.

Entretanto, o verdadeiro avanço no âmbito internacional da defesa do consumidor deu-se no ano de 1985, quando em 16 de abril a Organização das Nações Unidas publicou a Resolução ONU nº 39-248, que estabeleceu mecanismos de proteção ao consumidor, fixando diretrizes para que os Estados nacionais desenvolvessem, reforçassem e mantivessem políticas sólidas de proteção ao consumidor.

A norma da ONU, segundo Bruno Miragem (2016, p.47)

[...] estabeleceu não apenas a necessidade de proteção dos consumidores em face do desequilíbrio das suas relações com os fornecedores, como também regulou extensamente a matéria para garantir, dentre outros, os seguintes objetivos:

- 'a) a proteção dos consumidores frente aos riscos para sua saúde e segurança;
- b) a promoção dos interesses econômicos dos consumidores;
- c) o acesso dos consumidores a uma informação adequada que lhes permita fazer eleições bem fundadas conforme os desejos e necessidades de cada qual;
- d) a educação do consumidor; incluída a educação sobre a repercussão ambiental, social e econômica que tem as eleições do consumidor;
- e) a possibilidade de compensação efetiva ao consumidor;
- f) a liberdade de constituir grupos ou outras organizações pertinentes de consumidores e a oportunidade para essas organizações de fazer ouvir suas opiniões nos processos de adoção de decisões que as afetem;
- g) a promoção de modalidades sustentáveis de consumo'.

Para tanto, há a conclamação dos países-membros da Organização, para prover e manter infraestrutura para adequada proteção dos direitos dos consumidores, assim como editar normas visando regular principalmente os seguintes temas: segurança física do consumidor; promoção e proteção dos interesses econômicos do

consumidor; padrões de segurança e qualidade dos bens e serviços oferecidos ao consumidor; meios de distribuição de bens e serviços essenciais; regras para obtenção de ressarcimento pelo consumidor; programas de informação e educação do consumidor, e normas de proteção em setores específicos como de alimentos, água e medicamentos.

João Batista de Almeida (2008, p. 5) também traça comentários à referida resolução da ONU, ressaltando que ao editar tal documento, reconheceu-se internacionalmente “que os consumidores se deparam com desequilíbrios econômicos, níveis educacionais e poder aquisitivo”.

A edição da resolução foi tão efetiva para estimular os governos a estabelecer mecanismos de proteção ao consumidor que três anos depois, no Brasil, pela primeira vez na história do país, a obrigação do Estado em promover a defesa do consumidor foi inserida no rol de direitos e garantias fundamentais da Constituição de 1988, tendo previsão expressa no artigo 5º, inciso XXXII.

A Constituição de 1988 previu ainda, no artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), prazo MÁXIMO para que o Congresso Nacional elaborasse o Código de Defesa do Consumidor (CDC): “O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor” (BRASIL, 1988, *online*).

Somente no dia 11 de setembro de 1990, entretanto, após diversos debates do Congresso Nacional, é que foi editada a Lei Federal nº 8.078, o Código de Defesa do Consumidor. Diante da demora em se editar uma lei específica, por anos as controvérsias no âmbito das relações de consumo foram dirimidas mediante o uso de dispositivos do Código Civil e do Código de Processo Civil.

3.2 Deveres do fornecedor previstos pelo Código de Defesa do Consumidor

Uma vez constatada a existência de uma relação de consumo, incide automaticamente a proteção dos direitos do consumidor, uma vez que este já é presumido a parte mais vulnerável da relação. Isso porque no contexto do mercado atual de massas, o fornecedor detém uma posição mais vantajosa economicamente,

tecnicamente, bem como muito maior poder de decisão no âmbito das relações contratuais.

Nesse sentido, a legislação consumerista tem por escopo reequilibrar essa relação desigual estabelecida entre consumidor e fornecedor, reconhecendo ao consumidor uma situação jurídica mais favorável – para que esteja em posição minimamente equiparável perante o fornecedor em uma eventual disputa. Para tanto, o Código de Defesa do Consumidor (CDC) traz uma série de direitos básicos conferidos aos consumidores e de deveres dos fornecedores.

Por imposição legal, o fornecedor assume a obrigação de observância dos direitos garantidos aos consumidores em toda relação de consumo estabelecida. No que tange à responsabilidade do fornecedor de serviços, merecem especial atenção os artigos 12 e 14 da lei consumerista nacional:

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.

[...]

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. (BRASIL, 1990, *online*)

Nota-se que, em ambos os artigos da lei, destaca-se a expressão “independentemente da existência de culpa”, o que remete à conclusão lógica de que o Código de Defesa do Consumidor estabelece a responsabilidade civil do fornecedor como responsabilidade objetiva.

Sobre tal previsão legislativa, aponta João Batista de Almeida (2015, p.86-87):

[...] como regra, é o fornecedor o responsável pelo fato do produto ou do serviço (CDC, art.12), pelo simples fato de que o fabricante, o produtor, o construtor e o importador são os autores da colocação no mercado do produto defeituoso, sendo natural, portanto, que assumam os riscos dessa conduta e arquem com os encargos decorrentes da reparação de danos das atividades que lhes são próprias, como projeto, fabricação, construção, montagem, manipulação ou acondicionamento, além daquelas decorrentes de insuficiência ou inadequação de informações sobre utilização e riscos os produtos e serviços. Em todos os casos a responsabilidade se

mostra clara e evidente, tendo em vista o elo entre o fornecedor e o produto ou serviço.

Dessa forma, o Código de Defesa do Consumidor constitui-se como uma verdadeira revolução na legislação cível brasileira, tendo em vista que quebrou a regra da responsabilidade subjetiva nas relações privadas. Antes da entrada em vigor do código consumerista, o regime de responsabilidade civil no setor privado era quase que totalmente subjetivo, ou seja, a vítima do dano deveria provar a culpa ou dolo do causador. Já segundo o Código de Defesa do Consumidor – que, em regra, adota o regime de responsabilidade civil objetiva, é suficiente a prova do dano, da relação de causalidade e da conduta do fornecedor para que este seja responsabilizado.

A responsabilidade civil objetiva prevista do fornecedor pelo CDC tem como fundamento a Teoria do Risco da Atividade. Isso significa que a responsabilidade do fornecedor incide pela mera colocação do produto ou serviço no mercado sem a observância de critérios como proteção da saúde, segurança e bem-estar do consumidor.

O fornecedor que decide praticar qualquer tipo de atividade no mercado de consumo, portanto, assume a responsabilidade objetiva de tal atividade no âmbito consumerista. A responsabilidade pelo risco, segundo ensinamentos do jurista alemão Karl Larenz (1958, p.665), é uma:

[...] imputação mais intensa desde o ponto de vista social a respeito de uma determinada esfera de riscos, de uma distribuição de riscos de danos inerentes a uma determinada atividade segundo os padrões ou medidas, não da imputabilidade e da culpa, senão da assunção de risco àquele que o cria ou domina, ainda que somente em geral.

O Código de Defesa do Consumidor prevê ainda a existência de dois subtipos de responsabilidade civil objetiva nas relações consumeristas: a responsabilidade pelo fato do produto e dos serviços e a responsabilidade pelo vício do produto e do serviço. O que basicamente diferencia os dois regimes é o fato gerador. Na responsabilidade pelo fato do produto e do serviço, o fato gerador é o defeito, enquanto na responsabilidade pelo vício do produto e do serviço, tem-se como fato gerador o vício.

Outro dos principais deveres do fornecedor é o de informar. A vulnerabilidade do consumidor muitas vezes está atrelada à falta de informação a respeito de

determinado produto ou serviço. O consumidor tem, portanto, o direito “de ser informado”.

[...] 7. Entre os direitos básicos do consumidor, previstos no CDC, inclui-se exatamente a “informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem” (art. 6º, III). 8. Informação adequada, nos termos do art. 6º, III, do CDC, é aquela que se apresenta simultaneamente completa, gratuita e útil, vedada, neste último caso, a diluição da comunicação efetivamente relevante pelo uso de informações soltas, redundantes ou destituídas de qualquer serventia para o consumidor. 9. Nas práticas comerciais, instrumento que por excelência viabiliza a circulação de bens de consumo, “a oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores” (art.31, CDC). 10. A informação deve ser correta (= verdadeira), clara (= de fácil entendimento), precisa (= não prolixa ou escassa), ostensiva (= de fácil constatação ou percepção) e, por óbvio, em língua portuguesa. 11. A obrigação de informação é desdobrada pelo art. 31 do CDC, em quatro categorias principais, imbricadas entre si: a) informação-conteúdo (= características intrínsecas do produto e serviço), b) informação utilização (= como se usa o produto ou serviço), c) informação-preço (= custo, formas e condições de pagamento) e d) informação-advertência (= riscos do produto ou serviço). 12. A obrigação de informação exige comportamento positivo, pois o CDC rejeita tanto a regra do *caveat emptor* como a subinformação, o que transmuda o silêncio total ou parcial do fornecedor em patologia repreensível, relevante apenas em desfavor do /profissional, inclusive como oferta e publicidade enganosa por omissão. (STJ, 2ª Turma, REsp 586.316/MG, Relator: Min. Herman Benjamin, julgado em 17.04.2007, publicado em 19.03.2019)

O mencionado direito à informação tem expressa previsão como direito básico do consumidor no artigo 6º do CDC. *In verbis*:

São direitos básicos do consumidor:

[...]

III – a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem. (BRASIL, 1990, *online*)

Conforme apontam José Rubens Morato Leite e Patryck de Araújo Ayala (2004, p. 82), a informação constitui elemento essencial da precaução. É a informação que permite que o consumidor assuma para si parte do gerenciamento dos benefícios e

dos riscos de determinado ato de consumo, e possa assim exercer de fato o direito à livre escolha.

Cláudia Lima Marques (2004, p.646) defende que o cumprimento do dever de informar é essencial para a harmonia e transparência nas relações consumeristas, sendo um ônus a ser observado invariavelmente pelos fornecedores, parceiros ou não do consumidor.

Sérgio Cavalieri Filho (2011, p.295), assevera que:

O dever de informar [...] também serve de fundamento para a responsabilidade do fornecedor, cuja violação pode levá-lo ter que responder pelos riscos inerentes, não por defeito de segurança do produto ou serviço, mas por informações inadequadas ou insuficientes sobre a utilização ou os riscos do produto.

Quanto à transparência nas relações de consumo, Cláudia Lima Marques (2019, p. 815) elucida ainda que:

Se transparência é clareza, é informação sobre os temas relevantes da futura relação contratual. Eis por que institui o CDC um novo e amplo dever para o fornecedor, o dever de informar ao consumidor não só sobre as características do produto ou serviço, como também sobre o conteúdo do contrato. Pretendeu, assim, o legislador evitar qualquer tipo de lesão ao consumidor, pois, sem ter conhecimento do conteúdo do contrato, das obrigações que assumirá, poderá vincular-se a obrigações que não pode suportar ou que simplesmente não deseja. Assim, também, adquirindo um produto sem ter informações claras e precisas sobre suas qualidades e características, pode adquirir um produto que não é adequado ao que pretende ou que não possui as qualidades que o fornecedor afirma ter, ensejando mais facilmente o desfazimento do vínculo contratual.

Quanto ao dever de informar do fornecedor, a autora complementa:

De um lado, o ideal de transparência no mercado acaba por inverter os papéis tradicionais: aquele que se encontrava na posição ativa e menos confortável (*caveat emptor*), aquele que necessitava atuar, informar-se, perguntar, conseguir conhecimentos técnicos ou informações suficientes para realizar um bom negócio, o consumidor, passou a confortável posição de detentor de um direito subjetivo de informação (art. 6º, III), enquanto aquele que se encontrava na segura posição passiva, o fornecedor, passou a ser sujeito de um novo dever de informação (*caveat venditor*), dever de conduta ativa (informar), o que significa, na prática, uma inversão de papéis (arts. 46, 51, IV e 54) e um início de inversão *ex vi lege* de ônus da prova. (MARQUES, 2019, p. 817)

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem extensa jurisprudência quanto ao dever de informação. Neste sentido, alguns acórdãos merecem ser colacionados para uma melhor exemplificação da aplicação do dever de informação no caso concreto.

Em julgado paradigmático, a Corte Especial fixou entendimento de que aos celíacos – ou seja, àqueles que sofrem com intolerância ou alergia alimentar ao glúten – a informação de “contém glúten” nas embalagens dos alimentos não se constituía como suficiente, devendo o fornecedor estabelecer uma informação-advertência de que “o glúten é prejudicial à saúde dos consumidores com doença celíaca”.

PROCESSO CIVIL. PROCESSO COLETIVO. DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO COLETIVA. DIREITO À INFORMAÇÃO. DEVER DE INFORMAR. ROTULAGEM DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS. PRESENÇA DE GLÚTEN. PREJUÍZOS À SAÚDE DOS DOENTES CELÍACOS. INSUFICIÊNCIA DA INFORMAÇÃO-CONTEÚDO "CONTÉM GLÚTEN". NECESSIDADE DE COMPLEMENTAÇÃO COM A INFORMAÇÃO-ADVERTÊNCIA SOBRE OS RISCOS DO GLÚTEN À SAÚDE DOS DOENTES CELÍACOS. INTEGRAÇÃO ENTRE A LEI DO GLÚTEN (LEI ESPECIAL) E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (LEI GERAL). 1. Cuida-se de divergência entre dois julgados desta Corte: o acórdão embargado da Terceira Turma que entendeu ser suficiente a informação "contém glúten" ou "não contém glúten", para alertar os consumidores celíacos afetados pela referida proteína; e o paradigma da Segunda Turma, que entendeu não ser suficiente a informação "contém glúten", a qual deve ser complementada com a advertência sobre o prejuízo do glúten à saúde dos doentes celíacos. 2. O CDC traz, entre os direitos básicos do consumidor, a "informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentam" (art. 6º, inciso III). 3. Ainda de acordo com o CDC, "a oferta e a apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores" (art. 31). 4. O art. 1º da Lei 10.674/2003 (Lei do Glúten) estabelece que os alimentos industrializados devem trazer em seu rótulo e bula, conforme o caso, a informação "não contém glúten" ou "contém glúten", isso é, apenas a informação-conteúdo. Entretanto, a superveniência da Lei 10.674/2003 não esvazia o comando do art. 31, caput, do CDC (Lei 8.078/1990), que determina que o fornecedor de produtos ou serviços deve informar "sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores", ou seja, a informação-advertência. 5. Para que a informação seja correta, clara e precisa, torna-se necessária a integração entre a Lei do Glúten (lei especial) e o CDC (lei geral), pois, no fornecimento de alimentos e medicamentos, ainda mais a consumidores hipervulneráveis, não se pode contentar com o standard mínimo, e sim com o standard mais completo possível. 6. O fornecedor de alimentos deve complementar a informação-conteúdo “contém

glúten” com a informação-advertência de que o glúten é prejudicial à saúde dos consumidores com doença celíaca. (STJ, EREsp 1.515.895/MS, Relator: Min. Humberto Martins, julgado em 20.09.2017)

Outro julgado relevante quanto ao dever de informação no âmbito do Superior Tribunal de Justiça diz respeito ao vício de quantidade. Em decisão unânime, proferida pela 2ª Turma, o fornecedor responderá por vício de quantidade caso reduza a quantidade do produto da que habitualmente fornecia sem avisar previamente, de forma clara e precisa ao consumidor, mesmo que haja abatimento do preço anteriormente praticado. O julgado condenou empresa fabricante de refrigerantes que comercializava o produto há vários anos na quantidade de 600ml e passou a fornecê-lo na quantidade de 500ml sem prévia informação da mudança aos consumidores.

ADMINISTRATIVO. CONSUMIDOR. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. VÍCIO DE QUANTIDADE. VENDA DE REFRIGERANTE EM VOLUME MENOR QUE O HABITUAL. REDUÇÃO DE CONTEÚDO INFORMADA NA PARTE INFERIOR DO RÓTULO E EM LETRAS REDUZIDAS. INOBSERVÂNCIA DO DEVER DE INFORMAÇÃO. DEVER POSITIVO DO FORNECEDOR DE INFORMAR. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONFIANÇA. PRODUTO ANTIGO NO MERCADO. FRUSTRAÇÃO DAS EXPECTATIVAS LEGÍTIMAS DO CONSUMIDOR. MULTA APLICADA PELO PROCON. POSSIBILIDADE. ÓRGÃO DETENTOR DE ATIVIDADE ADMINISTRATIVA DE ORDENAÇÃO. PROPORCIONALIDADE DA MULTA ADMINISTRATIVA. SÚMULA 7/STJ. ANÁLISE DE LEI LOCAL, PORTARIA E INSTRUÇÃO NORMATIVA. AUSÊNCIA DE NATUREZA DE LEI FEDERAL. SÚMULA 280/STF. DIVERGÊNCIA NÃO DEMONSTRADA. REDUÇÃO DO “QUANTUM” FIXADO A TÍTULO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SÚMULA 7/STJ. 1. No caso, o Procon estadual instaurou processo administrativo contra a recorrente pela prática da infração às relações de consumo conhecida como “maquiagem de produto” e “aumento disfarçado de preços”, por alterar quantitativamente o conteúdo dos refrigerantes “Coca Cola”, “Fanta”, “Sprite” e “Kuat” de 600 ml para 500 ml, sem informar clara e precisamente aos consumidores, porquanto a informação foi aposta na parte inferior do rótulo em letras reduzidas. Na ação anulatória ajuizada pela recorrente, o Tribunal de origem, em apelação, confirmou a improcedência do pedido de afastamento da multa administrativa, atualizada para R\$159.434,97, e majorou os honorários advocatícios para R\$25.000,00. 2. Hipótese, no cível, de responsabilidade objetiva em que o fornecedor (lato sensu) responde solidariamente pelo vício de quantidade do produto. 3. O direito à informação, garantia fundamental da pessoa humana expressa no art. 5º, inciso XIV, da Constituição [...], é gênero do qual é espécie também previsto no Código de Defesa do Consumidor. 4. A lei n.8.078/1990 traz, entre os direitos básicos do consumidor, a “informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação

correta da quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentam” (art. 6º, inciso III). 5. Consoante o Código de Defesa do Consumidor, “a oferta e a apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores” (art.31), sendo vedada a publicidade enganosa, “inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços” (art.37). 6. O dever de informação positiva do fornecedor tem importância direta no surgimento e na manutenção da confiança por parte do consumidor. A informação deficiente frustra as legítimas expectativas do consumidor, maculando sua confiança. (...) (STJ – REsp 1364915 MG 2013/0021637-0, Relator: Ministro Humberto Martins, Data de Julgamento: 14/05/2013, T2 – SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 24/05/2013)

Nota-se, assim, que a obrigação de informação estipulada no Código de Defesa do Consumidor tem espectro abrangente, uma vez que não se limita meramente ao contrato, mas a toda e qualquer situação em que o consumidor manifeste interesse em adquirir um produto ou serviço.

3.3 Procons e instituições não-governamentais de defesa do consumidor

Os Procons – originalmente sigla para “Programa de Proteção e Defesa do Consumidor” são órgãos estaduais ou municipais que atuam na proteção e defesa do consumidor de forma administrativa. Eles têm como objetivo informar, defender, orientar e mediar a busca de solução para as questões relativas às relações de consumo.

No Brasil nos anos de 1970, altos índices inflacionários aumentavam exponencialmente o custo de vida da população quase diariamente, desencadeando mobilizações sociais significativas. É nesse contexto que começam a surgir os primeiros órgãos e organizações não-governamentais de defesa do consumidor.

Destaca-se, precisamente no ano de 1976, o surgimento da Associação de Proteção ao Consumidor de Porto Alegre (ACP), no Estado do Rio Grande do Sul; da Associação de Defesa e Orientação do Consumidor de Curitiba (ADOC), no Paraná.

Nesse mesmo ano, em São Paulo, o governo do Estado cria o primeiro “Procon”, sigla para o Grupo Executivo de Proteção ao Consumidor. O órgão era um dos dois braços do Sistema Estadual de Proteção do Consumidor de São Paulo, que abrangia o também Conselho Estadual de Proteção ao Consumidor.

Em 24 de julho de 1985, por meio do Decreto Federal nº 91.469, o então presidente da República José Sarney cria o Conselho Nacional de Defesa do Consumidor (CNDC). O objetivo do órgão era integrar os Procons, as associações de consumidores, a Confederação da Indústria, Comércio e Agricultura, o Ministério Público, a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), o Conselho de Autorregulamentação Publicitária (Conar), e os ministérios da Justiça; da Agricultura; da Indústria e do Comércio; da Fazenda; e da Saúde. Além da integração e do diálogo interinstitucional, o CNDC tinha a finalidade de auxiliar a Presidência da República na elaboração de políticas pública de proteção e defesa do consumidor.

Nesse íterim, em 1987 é fundado, em São Paulo (SP), o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC), que permanece em atividade. A entidade é uma associação de consumidores sem fins lucrativos, que se apresenta como independente de empresas, partidos ou governos. com o objetivo de orientar, conscientizar, defender a ética na relação de consumo e, sobretudo, lutar pelos direitos dos consumidores-cidadãos (IDEC, 2019, *online*).

Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988, novos parâmetros constitucionais sobre as relações de consumo são estabelecidos, e a responsabilidade da promoção da defesa do consumidor recai sobre o Estado na forma da Carta Magna. Em especial os arts. 5º, inciso XXXII; e 170, inciso V; passam a regular a proteção do consumidor como direito fundamental e princípio da ordem econômica.

Esses importantes avanços no que tange aos direitos do consumidor culminam, em 1990, com a edição da Lei Federal nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 – o Código de Defesa do Consumidor (CDC). O advento do Código consolida dá mais força às atividades dos Procons e de todas as entidades de proteção ao consumidor.

O CDC passa a ser utilizado como meio orientativo e educacional direcionado ao consumidor, além de instrumento de fiscalização das condições dos produtos e da prestação de serviços oferecidos em todo território nacional.

Em 2019, ano da conclusão desta pesquisa, é possível averiguar que existem Procons em todos os estados brasileiros e no Distrito Federal, com filiais em diversos municípios, inclusive, além de diversos Procons municipais pelo País. Os Procons são aprovados por lei estadual ou municipais e regulados por decreto do governador de cada unidade da federação ou do prefeito do município.

No ordenamento jurídico brasileiro, os Procons são órgãos do Poder Executivo, embora sejam apoiadores do Poder Judiciário. Isso porque trabalham com o objetivo de preliminarmente disputas entre os consumidores e fornecedores. A função principal do Procon é garantir a mediação de conflitos próprios de relações de consumo. Assim, os consumidores que se sentirem lesados podem procurar a unidade mais próxima de onde residem para tentar solucionar as divergências.

3.4 A Secretaria Nacional do Consumidor e o portal “consumidor.gov.br”

A Secretaria Nacional do Consumidor (Senacon), órgão do Ministério da Justiça e Segurança Pública, foi instituída pelo do Decreto Federal nº 7.738, de 28 de maio de 2012. Além de em seu decreto de criação, funcionamento e atribuições da Secretaria estão previstas no art. 106 do Código de Defesa do Consumidor (CDC); no art. 3º do Decreto Federal nº 2.181, de 20 de março de 1997, que dispõe sobre o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor; e no art. 18 do Decreto Federal nº 9.662, de 1º de janeiro de 2019, que contém a estrutura regimental do Ministério da Justiça e da Segurança Pública.

O papel central da Senacon é planejar, elaborar, coordenar e executar a Política Nacional das Relações de Consumo, tendo por objeto:

- (i) asseverar a proteção e o exercício dos direitos dos consumidores;
- (ii) promover a harmonização nas relações de consumo; (c) incentivar a integração e a atuação conjunta dos membros do Sistema Nacional do Consumidor (SNDC) – que congrega os Procons, o Ministério Público, a Defensoria Pública, as Delegacias de Defesa do Consumidor e as Organizações Cívicas de defesa do consumidor, que

atuam de forma articulada e integrada com a Senacon; e (iii) participar de organismos, fóruns, comissões ou comitês nacionais e internacionais que tratem da proteção e defesa do consumidor ou de assuntos de interesse dos consumidores, dentre outros (SENACON, 2019, *online*).

O órgão tem ainda a função de analisar questões que tenham repercussão nacional e emitir notas técnicas sobre elas, promover e coordenar diálogos setoriais com fornecedores, cooperar tecnicamente com órgãos e agências reguladoras, atuar na advocacia normativa de impacto para os consumidores, na prevenção e repressão de práticas infratoras dos direitos dos consumidores.

No âmbito internacional, a Secretaria representa os interesses dos consumidores brasileiros junto a organizações internacionais como o Mercosul, a Organização dos Estados Americanos (OEA) e a Organização das Nações Unidas (ONU).

Estimulada pelo Decreto Federal nº 7.963, de 15 de março de 2013, que institui o Plano Nacional de Consumo e Cidadania e cria a Câmara Nacional das Relações de Consumo, a Senacon lançou, em 2014, um serviço eletrônico de mediação de conflitos consumeristas. É o portal “consumidor.gov.br”, de acesso gratuito pela internet (SENACON, 2019, *online*).

O diferencial do portal está em proporcionar um contato direto entre consumidores e fornecedores com a intenção de dispensar a intervenção do Poder Público na tratativa e resolução de conflitos. A participação de empresas é voluntária e só podem participar as que aderem formalmente ao serviço, mediante assinatura de termo de compromisso. O consumidor, por sua vez, deve identificar-se e apresentar todos os dados e informações relativas à reclamação.

É um instrumento público, acessível de forma virtual – sem deslocamentos ou exigências burocráticas, podendo servir como alternativa mais barata e prática ao serviço do Procon. O “consumidor.gov.br” fornece ainda dados gerais sobre a conduta das empresas na resolução de conflitos, proporcionando a comparação e amplificando o poder de escolha consciente do consumidor.

3.5 O papel dos juzgados especiais cíveis nas relações consumeristas

Os Procons são entidades administrativas e extrajudiciais, como já exposto. Sendo assim, caso um fornecedor receba uma convocação para comparecer a uma audiência dessa entidade, não tem a obrigação legal de cumprir tal ordem. Pode ocorrer também que, mesmo o representante da empresa comparecendo, não ocorra uma solução do litígio pela via extrajudicial.

Nas hipóteses em que não é possível a solução da controvérsia por meio dos Procons e/ou dos demais órgãos administrativos de defesa do consumidor, entretanto, resta ainda a alternativa de recorrer diretamente ao Poder Judiciário, mas de modo simplificado.

Nos juzgados especiais cíveis (JEC), é possível ajuizar causas de até 20 salários mínimos sem precisar sequer de advogado. Também é possível recorrer ao JEC em causas entre 20 e 40 salários mínimos, mas nesses casos é obrigatória a representação de advogado.

Os juzgados especiais cíveis surgiram no Brasil no início da década de 1980, quando a Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul (AJURIS) passou a estudar a possibilidade de se implantar “juzgados de pequenas causas”, espelhando-se nos que existiam nos Estados Unidos e nos países da Europa. Surgiu, primeiramente, “[...] a experiência pioneira dos Conselhos de Conciliação e Arbitragem, [...] em 1982; [e em seguida veio] a aprovação da Lei nº 7.244, em 1984, que criou o Juizado de Pequenas Causas” (PINTO, 2008, *online*).

O objetivo da instituição dos juzgados é o estabelecimento de um procedimento que facilitasse o acesso à Justiça, com o benefício da gratuidade judiciária e sem a obrigatoriedade de assistência por advogado. Com a promulgação da Constituição de 1988, os juzgados receberam status constitucional, conforme disposto no art. 24, inciso X, e no art. 98, inciso I.

A Lei Federal nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, que estabeleceu em âmbito nacional os juzgados especiais cíveis e criminais, surgiu com o propósito de combater a morosidade da justiça, com sistemáticas que proporcionam uma tutela jurisdicional apropriada mais célere e eficiente.

O Código de Defesa do Consumidor (CDC) prevê, em seu art. 5º:

Para a execução da Política Nacional das Relações de Consumo, contará o poder público com os seguintes instrumentos, entre outros:

I – manutenção de assistência jurídica, integral e gratuita para o consumidor carente;

II – instituição de Promotorias de Justiça de Defesa do Consumidor, no âmbito do Ministério Público;

III – criação de delegacias de polícia especializadas no atendimento de consumidores vítimas de infrações penais de consumo;

IV – criação de Juizados Especiais de Pequenas Causas e Varas Especializadas para a solução de litígios de consumo;

V – concessão de estímulos à criação e desenvolvimento das Associações de Defesa do Consumidor. (BRASIL, 1990, *online*, *grifo nosso*)

Assim, a Lei nº 9.099/1995 interage com o Código de Defesa do Consumidor (CDC) de modo a dar efetividade à prestação jurisdicional e tornar sua observância mais efetiva.

4 DISCRIMINAÇÃO NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

4.1. Práticas abusivas nas relações de consumo

Para melhor compreensão do que são práticas consumeristas abusivas, é importante definir, primeiramente, o que são práticas comerciais. No entendimento do atual ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ) Antônio Herman Benjamin (2004, p. 183-184), práticas comerciais são

[...] procedimentos, mecanismos, métodos e técnicas utilizados pelos fornecedores para, mesmo indiretamente, fomentar, manter, desenvolver e garantir a circulação de produtos e serviços até o destinatário final.

As práticas abusivas caracterizam-se pelo exercício abusivo do direito, de modo que ressaltam a vulnerabilidade do consumidor. Antônio Carlos Efiging (2004, p.197) as conceitua:

[...] são comportamentos, tanto na esfera contratual quanto à margem dela, que abusam da boa-fé ou situação de inferioridade econômica ou técnica do consumidor. É a desconformidade com os padrões mercadológicos de boa conduta em relação ao consumidor.

[...]

Assim, as práticas abusivas representam antes de tudo a tentativa do fornecedor agravar o desequilíbrio (i.e., vulnerabilidade) da relação jurídica com o consumidor, impondo sua superioridade e vontade, sendo que na maior parte das vezes isto se traduz na supressão (ou redução) do direito de livre escolha do consumidor.

O objetivo fundamental do Código de Defesa do Consumidor é a busca do estabelecimento de um equilíbrio entre as partes reconhecidamente desiguais na relação de consumo. Sendo assim, não é possível admitir que o fornecedor – seja de produtos ou serviços – obtenha vantagem excessiva frente ao consumidor, sujeito este geralmente em nítida posição de vulnerabilidade.

O artigo 39 do CDC contém um rol de atos que são vedados ao fornecedor de produtos ou serviços por serem considerados abusivos. Cabe salientar que este rol é apenas exemplificativo, isto é, não restringe o conceito de prática abusiva a seus incisos, que servem apenas como referência para a interpretação do direito. Diz o texto legal:

É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:

I - condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos;

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

III - enviar ou entregar ao consumidor, sem solicitação prévia, qualquer produto, ou fornecer qualquer serviço;

IV - prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços;

V - exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva;

VI - executar serviços sem a prévia elaboração de orçamento e autorização expressa do consumidor, ressalvadas as decorrentes de práticas anteriores entre as partes;

VII - repassar informação depreciativa, referente a ato praticado pelo consumidor no exercício de seus direitos;

VIII - colocar, no mercado de consumo, qualquer produto ou serviço em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes ou, se normas específicas não existirem, pela Associação Brasileira de Normas Técnicas ou outra entidade credenciada pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (Conmetro);

IX - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, diretamente a quem se disponha a adquiri-los mediante pronto pagamento, ressalvados os casos de intermediação regulados em leis especiais;

X - elevar sem justa causa o preço de produtos ou serviços.

XI - Dispositivo incluído pela MPV n. 1.890-67, de 22.10.1999, transformado em inciso XIII, quando da conversão na Lei n. 9.870, de 23.11.1999

XII - deixar de estipular prazo para o cumprimento de sua obrigação ou deixar a fixação de seu termo inicial a seu exclusivo critério.

XIII - aplicar fórmula ou índice de reajuste diverso do legal ou contratualmente estabelecido.

XIV - permitir o ingresso em estabelecimentos comerciais ou de serviços de um número maior de consumidores que o fixado pela autoridade administrativa como máximo.

Parágrafo único. Os serviços prestados e os produtos remetidos ou entregues ao consumidor, na hipótese prevista no inciso III, equiparam-se às amostras grátis, inexistindo obrigação de pagamento (BRASIL, 1990, *online*)

Daniel Neves e Flávio Tartuce (2014, p.276) fazem uma análise mais abrangente do conceito de prática abusiva previsto pelo artigo 39 do CDC. Para eles,

[...] constitui prática abusiva qualquer conduta ou ato em contradição com o próprio espírito da lei consumerista. Como bem leciona Ezequiel Moraes, “prática abusiva, em termos gerais, é aquela que destoa dos padrões mercadológicos, dos usos e costumes (incs. II e IV, segunda parte, do art. 39 e art. 113 do CC/2002) e da razoável e boa conduta perante o consumidor”. Lembre-se de que, para a esfera consumerista, servem como parâmetros os conceitos que constam do art. 187 do CC/2002: o fim social e econômico, a boa-fé objetiva e os bons costumes, em diálogo das fontes. Há claro intuito de proibição, pelo que enuncia o caput do preceito do CDC, a saber: “É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas”. Na esteira do tópico anterior, a primeira consequência a ser retirada da vedação é a responsabilidade objetiva do fornecedor de produtos ou prestador de serviços. Além disso, deve-se compreender o art. 39 do CDC como em um diálogo de complementaridade em relação ao art. 51 da mesma norma. Deve haver, assim, um diálogo das fontes entre as normas da própria Lei Consumerista. Nesse contexto de conclusão, se uma das situações descritas pelo art. 51 como cláusulas abusivas ocorrer fora do âmbito contratual, presente estará uma prática abusiva. Por outra via, se uma das hipóteses descritas pelo art. 39 do CDC constituir o conteúdo de um contrato, presente uma cláusula abusiva. Em suma, as práticas abusivas também podem gerar a nulidade absoluta do ato correspondente.

Os supracitados autores reforçam ainda o dito anteriormente neste capítulo: o exercício de práticas abusivas contra o consumidor constitui-se como verdadeiro abuso de direito.

O art. 39 da Lei 8.078/1990 tipifica, mais uma vez em rol exemplificativo ou *numerus apertus*, uma série de situações tidas como ensejadoras do abuso de direito consumerista. Muitas das hipóteses ali descritas são bem comuns na contemporaneidade, sem excluir outras que surgirem pela evolução das relações negociais. Deve-se entender que constitui prática abusiva qualquer conduta ou ato em contradição com o próprio espírito da lei consumerista. Como bem leciona Ezequiel Moraes, “prática abusiva, em termos gerais, é aquela que destoa dos padrões mercadológicos, dos usos e costumes (incs. II e IV, segunda parte, do art. 39 e art. 113 do CC/2002) e da razoável e boa conduta perante o consumidor” (*idem, ibidem*).

Entre as práticas abusivas consumeristas mais comuns, são mais facilmente observáveis cotidianamente a venda casada, a recusa de demandas dos consumidores, o envio de produtos sem solicitação prévia; a ausência de orçamento, a ausência de prazo para cumprimento da obrigação do fornecedor, a falta de especificação legal de produtos e serviços; o aumento injustificado de preços e a cobrança indevida.

O Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 4º, inciso VI, estabelece que um dos objetivos da Política Nacional das Relações de Consumo é o da “coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo [...]” (BRASIL, 1990, *online*). Em completo, o artigo 6º, inciso IV, determina como direito básico do consumidor a tutela contra “métodos comerciais coercitivos ou desleais” (*idem, ibidem*).

Partindo da premissa da desigualdade existente em toda relação de consumo, o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor visa, portanto, punir os abusos que possam vir a ser praticados pelo sujeito dotado de posição dominante na relação de consumo, o fornecedor. Como forma de coibir tais abusos o artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor (CDC) estabelece que as cláusulas abusivas são nulas de pleno direito.

Neste sentido, elucida João Batista de Almeida (2003, p. 110):

A intervenção estatal fez com que o contrato passasse a ser dirigido, no seu conteúdo, por meio de leis que impõem ou proíbem certas condutas. O dirigismo contratual resultou na limitação da liberdade contratual com o fim precípua de restabelecer o equilíbrio entre as partes contratantes e obviar proteção ao consumidor. Nessa perspectiva é que o regime codificado elencou as cláusulas abusivas, hauridas da experiência estrangeira, da jurisprudência nacional e do cotidiano dos órgãos de defesa do consumidor, dentre aquelas mais costumeiramente usadas para lesar o consumidor. Após tipificá-las, o Código sancionou-as de nulidade absoluta (art. 51 e seus incisos e parágrafos), com as decorrentes consequências jurídicas: tais cláusulas nunca terão eficácia; não convalescem pela passagem do tempo, nem pelo fato de não serem alegadas pelo interessado; podem ser pronunciadas de ofício pelo juiz, dispensando arguição da parte; não são supráveis e não produzem qualquer efeito jurídico, pois a declaração de nulidade retroage à data da contratação. O art. 51 não exaure o rol das cláusulas contratuais abusivas. A enumeração não se faz *numerus clausus*, mas é meramente exemplificativa. O próprio dispositivo admite a possibilidade da existência de outras cláusulas ao empregar a expressão “entre outras”. E os artigos seguintes contemplam quatro novas cláusulas abusivas (arts. 52, §1º e 2º e 53 do Código).

4.2. Discriminação no âmbito das relações consumeristas

O Código de Defesa do Consumidor (CDC), como exposto reiteradamente nos capítulos anterior, é uma lei de finalidade social, consubstanciada em valores constitucionais cidadãos e criada com o intuito de resguardar tais valores na seara consumerista.

Dessa forma, a partir de seu lastro constitucional, o CDC prima pela isonomia nas relações consumeristas – não admitindo, portanto, condutas discriminatórias frente ao consumidor. Segundo Bruno Miragem (2017, *online*):

Discriminação é expressão resulta de *discrimen*, de origem latina, indicando o que separa, separação, diferença. Discriminar é diferenciar, pressupõe escolhas. E fazer escolhas é algo inerente à liberdade humana: separam-se do conjunto das pessoas um grupo de amigos, ou entre produtos, os de melhor qualidade daqueles que não tenham as mesmas características, em toda sorte de preferências. Toda escolha separa, elegem-se alguns em detrimento de outros. Porém, o que transforma uma escolha, ato de liberdade, em uma discriminação ilícita — daí, portanto, objeto de repressão pelo Direito? [...]

Nas relações econômicas de mercado há inúmeras questões que suscitam reflexões apuradas no ponto. Constitui-se infração à ordem econômica, segundo a Lei de Defesa da Concorrência, “discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços” (artigo 36, X, da Lei 12.529/2011). [...]

Uma das práticas discriminatórias no âmbito das relações consumeristas que pode ser vislumbrada com mais facilidade no cotidiano é a cobrança diferenciada de valores de ingressos em eventos noturnos ou estabelecimentos de entretenimento em razão do gênero do consumidor. A discriminação nesses casos, entretanto, vai além da diferenciação de preços de ingressos para homens e mulheres.

Sobre tais práticas, Bruno Miragem (*idem, ibidem*) destaca como exemplo uma que está expressamente vedada pelo artigo 729 do Código Civil: “O transportador não pode recusar passageiros, salvo os casos previstos nos regulamentos, ou se as condições de higiene ou de saúde do interessado o justificarem” (BRASIL, 2002, *online*).

Como segundo exemplo, o autor (MIRAGEM, 2007, *online*) relembra as tentativas de restrição ao acesso a shoppings centers por grupos de adolescentes

pobres ou de classes médias há alguns anos, episódios esses que ficaram conhecidos à época como “rolezinhos”.

Assim, em breve conclusão sobre o tema das práticas discriminatórias no âmbito das relações de consumo, expõe:

Percebe-se, portanto, as dificuldades do sensível tema da discriminação ilícita no direito do consumidor. As premissas do debate, contudo, são conhecidas. De um lado a oferta de produtos e serviços pelos fornecedores no mercado de consumo, lhes impõe um dever de cumprimento, nos exatos termos de seu conteúdo. Regras do CDC como as que proíbem a recusa de atendimento às demandas dos consumidores (artigo 39, II) ou recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, diretamente a quem se disponha a adquiri-los mediante pronto pagamento (artigo 39, IX), conduzem à ideia de uma obrigação de contratar que lhe retira qualquer discricionariedade para a escolha de quais consumidores serão atendidos. A recusa da contratação, assim, para que não se caracterize como discriminação ilícita, deverá ser suportada por critério lógico e juridicamente admitido para diferenciação (exemplo: não se concede crédito àquele que não oferece garantias), a ser reproduzido sem distinção a todos os consumidores que se encontrem na mesma condição. Falar-se, por outro lado, em critério que seja “juridicamente admitido”, naturalmente excluirá a possibilidade que se utilize como critério de diferenciação, alguma distinção que ofenda direitos fundamentais do consumidor. (*idem, ibidem*)

É possível verificar, diante do exposto, que as práticas discriminatórias são constantemente utilizadas no âmbito das relações consumeristas – com vários exemplos cotidianamente observáveis em todas as regiões do Brasil. É nítida, portanto, a ligação direta entre a defesa dos direitos dos consumidores e a proteção dos direitos fundamentais garantidos pela Constituição da República.

4.3. Caso concreto: o Processo nº 0718852-21.2017.8.07.0016

É comum se deparar com um anúncio de festa ou de algum estabelecimento noturno no qual haja a previsão de preços diferenciados para homens e para mulheres. Há ainda os que sequer cobram ingressos do público feminino – estabelecendo, por outro lado, altos valores para a entrada de homens.

O intuito dessas empresas com a cobrança discriminatória entre homens e mulheres é nitidamente perceptível: aumentar o público feminino do local e,

consequentemente, atrair mais homens. Tais estabelecimentos utilizam as mulheres, portanto, como instrumentos de *marketing*, tendo como finalidade exclusiva e irrestrita a obtenção de maior lucro.

Tal cobrança de preços diferenciados para homens e mulheres na aquisição de ingressos para entrada em festas e eventos fere, entretanto, princípios fundamentais da Carta de 1988, como a dignidade da pessoa humana e a isonomia. A Constituição da República, em seu art. 3º, inciso IV, elenca como objetivo da República Federativa do Brasil “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (BRASIL, 1988, *online*). Em reforço, o artigo 5º, inciso I, prevê expressamente que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição” (*idem, ibidem*).

No âmbito internacional, destaca-se uma norma do Direito Comunitário da União Europeia: a Diretiva 2004/113, aprovada pelo Conselho da União Europeia (2004, p. 373/40), que estabelece diretiva específica sobre o assunto. O artigo 4º, alínea 5, da referida norma estabelece que a diferenciação de tratamento entre homens e mulheres nas relações de consumo será admitida apenas “se o fornecimento de bens e a prestação de serviços exclusivamente ou prioritariamente aos membros de um dos sexos for justificado por um objetivo legítimo e os meios para atingir esse objetivo forem adequados e necessários”.

No Brasil, a discussão acerca da ilegalidade e inconstitucionalidade da cobrança de preços diferentes para homens e mulheres ganhou especial destaque em junho de 2017, quando a juíza de Direito Caroline Santos Lima, do Juizado Especial Cível de Brasília (DF), determinou, em Decisão Interlocutória no âmbito do Processo nº 0718852-21.2017.8.07.0016, o envio da decisão à Promotoria de Justiça de Defesa do Consumidor do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT). A magistrada solicitou que o órgão ministerial apurasse a prática abusiva e, se considerasse pertinente, interpusse ação coletiva a fim de a garantia judicial da igualdade de preços para homens e mulheres tivesse validade não só para Roberto Casali Junior, autor da ação – e desta pesquisa monográfica – e para a empresa R2 Produções – parte contrária no processo – mas para todos os cidadãos do Distrito Federal.

Em 20 de junho de 2017, o deputado federal Marcelo Squassoni (PRB-SP), apresentou à Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 7.914/2017, que propõe a

proibição da cobrança de preços diferenciados nas entradas de eventos e boates com base em sexo, gênero ou identidade. Tal projeto foi redigido por este autor e encampado pelo parlamentar, que teve a iniciativa em virtude da repercussão do Processo nº 0718852-21.2017.8.07.0016, abordado no parágrafo anterior¹⁰.

Proposta em agosto de 2017, também diante da repercussão do referido processo, foi aprovada e já entrou em vigor a Lei Estadual nº 11.129, de 29 de maio de 2018, que dispõe sobre a obrigatoriedade de cobrar o mesmo valor de entrada, bem como de qualquer tipo de consumação em eventos, boates e similares para homens e mulheres, sem fazer distinção de sexo, gênero ou identidade. Caso haja o descumprimento desta lei, o infrator se sujeitará à multa de até 300 vezes o valor do maior ingresso. Além disso, poderá sofrer a interdição ou a cassação da licença do estabelecimento ou atividade.

O deputado estadual Caio Roberto (PR-PB), autor da lei, ressalta na justificativa apresentada à Assembleia Legislativa do Estado da Paraíba que os homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações. Por isso, segundo o parlamentar, a diferenciação de preços é inconstitucional. Asseverou ainda que tal prática é abusiva, uma vez que desrespeita o Código de Defesa do Consumidor (CDC).

Outra resposta à repercussão midiática do referido processo foi a discussão do tema pela Secretaria Nacional do Consumidor (Senacon), vinculada ao Ministério da Justiça e Segurança Pública. O órgão constatou que a cobrança de preços diferenciados para homens e mulheres configurava violação a princípios constitucionais basilares e dispositivos legais, bem como que constituía prática comercial abusiva. Editou então a Nota Técnica nº 02/2017/GAB-DPDC/DPDC/SENACON, que recomendava que tal prática fosse abandonada, visto que era ilegal e inconstitucional, merecendo observância e fiscalização das entidades e órgãos do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC) (BRASIL, 2017, *online*).

A referida nota técnica foi, no mesmo ano, objeto de ação civil pública proposta pela Associação Brasileira de Bares e Restaurantes – Seccional de São Paulo com o

¹⁰ Em consulta ao site da Câmara dos Deputados, consta que no dia 31 de janeiro de 2019 o referido projeto foi arquivado pela Mesa Diretora da Câmara dos Deputados, tendo em vista que o deputado não foi reeleito. É possível, entretanto, seu desarquivamento por qualquer deputado federal interessado em defender tal isonomia.

argumento de que a União deve se abster de autuar ou aplicar punições em razão dos ditames da nota técnica a seus estabelecimentos associados. A 17ª Vara Cível Federal de São Paulo deferiu o pedido liminar, impedindo a aplicação de sanções com base apenas na Nota Técnica nº 02/2017/GAB-DPDC/DPDC/SENACON¹² para bares e restaurantes associados à entidade proponente da ação, conforme se nota:

Ainda que os costumes sociais estejam em constante mutação, entendo que tal transformação deve partir voluntariamente da sociedade, sem que qualquer atuação indevida Estado nessa evolução, eis que as escolhas individuais e sociais devem partir das pessoas como centros de autodeterminação de suas vidas.

Em suma, determinadas diferenciações, desde que não sejam para causar humilhação, discriminação ou ofensa à dignidade das pessoas, são permitidas, como acontece com a diferenciação de preços praticada pelos estabelecimentos comerciais.

Partindo dessa premissa, é perfeitamente plausível que as casas que cobram ingresso diferenciado o façam para tentar equilibrar o acesso dos dois sexos e, dessa forma, proporcionar um ambiente mais favorável à sociabilidade. Portanto, apesar da evolução dos costumes, acredito que a diferenciação de preços não se revela abusiva. É sabido que mesmo nos locais onde há esta promoção, o público masculino é sempre superior ao feminino, considerando que em nossa sociedade o público masculino ainda tem mais liberdade e, como já dito, maior remuneração salarial para frequentar bares, restaurantes e casas noturnas.

É certo que o estímulo financeiro para o público feminino cria um ambiente mais seguro e confortável para a frequência por parte das mulheres, incentivando-as a saírem de suas casas.

No caso da Nota Técnica combatida nestes autos, existe apenas uma presunção de fatos (que supostamente afrontariam a dignidade do sexo feminino), que não condizem com a realidade. Desta forma, não devem ter regulamentação exigida os preços a serem cobrados do público masculino e feminino. Entendimento contrário acaba por interferir na livre iniciativa consagrada pela Constituição [...] e criando cada vez mais embaraços à atividade econômica, eis que a intervenção estatal se faz necessária nos casos de abuso e concorrência desleal, que não é o caso presente.

[...]

As discriminações que devem ser evitadas são as que humilham, espezinham as que levam a afronta da honra, da dignidade da pessoa humana, o que não se revela no caso de diferenciação dos preços, de acordo com o sexo, pois homens e mulheres não são afrontados em sua honra com tal diferenciação. Por não existir abuso por parte dos estabelecimentos comerciais, a liberdade econômica dos associados

¹² Cabe reiterar a informação contida na Introdução desta monografia: o mesmo órgão, agora submetido à autoridade do ex-juiz federal Sérgio Fernando Moro, publicou em março de 2019 a Nota Técnica n.º 11/2019/CGEMM/DPDC/SENACON/MJ, que conclui que o Código de Defesa do Consumidor (CDC) não veda tal prática, revogando materialmente o documento anterior.

da entidade autora há de prevalecer sem qualquer restrição indevida do Estado por meio do ato administrativo regulamentar em espécie. (BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região (17ª Vara Cível Federal de São Paulo). *Processo n. 5009720-21.2017.4.03.6100*. Magistrado: Juiz Federal Paulo Cezar Duran, 31/07/2017.)

Cabe mencionar que, no Processo nº 1002885-82.2017.4.01.3500, também do ano de 2017, o Ministério Público Federal em Goiás (MPF-GO) emitiu parecer no sentido de que é possível a diferenciação de preços de ingressos em razão do gênero, desde que seja incluso no valor algum tipo de serviço, como, open bar e/ou open food. Para o MPF-GO, isso justificaria a cobrança inferior para o gênero feminino, pois de acordo com estudos científicos, o consumo de bebidas alcoólicas e de alimentos por homens é superior ao por mulheres.

No Processo nº 0718852-21.2017.8.07.0016, que provocou toda essa repercussão, o pedido principal era a garantia de pagar pelo ingresso o menor valor, que só era ofertado ao público feminino, com a justificativa de que trava-se de um mesmo produto/serviço (entrada em uma festa). Entre as bases legais do pedido, está o que dispõe o artigo 5º da Lei nº 10.962, de 11 de outubro de 2004: “No caso de divergência de preços para o mesmo produto entre os sistemas de informação de preços utilizados pelo estabelecimento, o consumidor pagará o menor dentre eles” (BRASIL, 2004, *online*).

Na referida decisão interlocutória, a juíza de Direito negou a antecipação de tutela por entender que o caso poderia ser resolvido em uma posterior audiência de conciliação. Afirmou, entretanto, sobre o mérito da questão, que a cobrança diferenciada de preços entre homens e mulheres é ilegal.

Na análise do caso, a magistrada apontou as irregularidades na cobrança de valores diferentes promovidas pela empresa ré, ressaltando a previsão do Código de Defesa do Consumidor quanto o direito à igualdade no consumo de bens e serviços, bem como a nulidade de pleno direito de cláusulas discriminatórias, conforme se nota:

Não há dúvida de que a diferenciação de preço com base exclusivamente no gênero do consumidor não encontra respaldo no ordenamento jurídico pátrio. Ao contrário, o Código de Defesa do Consumidor é bastante claro ao estabelecer o direito à ‘igualdade nas contratações’. Nessa linha, o Código de Defesa do Consumidor prevê a nulidade de cláusulas discriminatórias. E isso ocorre quando a legislação estabelece que são nulas, de pleno direito, as cláusulas contratuais que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada ou que sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade (art. 51, IV);

que violem os princípios fundamentais do sistema jurídico (art. 51, IV, § 1º, I); assim como, quando declara nula a cláusula estabelecida em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor. Incontroverso que as pessoas são livres para contratarem, mas essa autonomia da vontade não pode servir de escudo para justificar práticas abusivas. Não se trata de um salvo conduto para o estabelecimento de quaisquer critérios para a diferenciação de preços. Com base nesse raciocínio, não é possível cobrar mais caro de um idoso ou de estrangeiros, por exemplo. Nessas situações o abuso seria flagrante e sequer haveria maiores discussões. Ocorre que no caso das mulheres a situação é ainda mais delicada, já que uma prática repetida há tanto tempo pode traduzir uma (falsa) aparência de regularidade, de conformidade. No entanto, felizmente, o tempo não tem o condão de convalidar nulidades de tal porte. Não é 'porque sempre foi assim' que a prática discriminatória haverá de receber a chancela do Poder Judiciário, pois o mau costume não é fonte do direito. De forma alguma. Ora, é incontestável que, independentemente de ser homem ou mulher, o consumidor, como sujeito de direitos, deve receber tratamento isonômico. Deste modo, a partir do momento em que o fornecedor faz a oferta de um produto ou de um serviço, deve oferecê-lo a homens e mulheres de maneira igualitária, nas mesmas condições, salvo a existência de justa causa a lastrear a cobrança diferenciada com base no gênero. **Fato é que não pode o empresário-fornecedor usar a mulher como "insumo" para a atividade econômica, servindo como "isca" para atrair clientes do sexo masculino para seu estabelecimento. Admitir-se tal prática afronta, de per si, a dignidade das mulheres, ainda que de forma sutil, velada. Essa intenção oculta, que pode travestir-se de pseudo homenagem, prestígio ou privilégio, evidentemente, não se consubstancia em justa causa para o *discrímen*. Pelo contrário, ter-se-á ato ilícito.** (BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (4º Juizado Especial Cível de Brasília), *Processo nº 0718852-21.2017.8.07.0016*. Decisão Interlocutória. Magistrada: Juíza de Direito Substituta Caroline Santos Lima, 06/06/2017, *grifo nosso*)

Apesar de ter obtido decisão interlocutória com manifestação favorável no mérito, o pedido principal do Processo nº 0718852-21.2017.8.07.0016 foi julgado improcedente em primeiro grau. A decisão foi mantida pela Segunda Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal.

As negativas judiciais foram fundamentadas sob os argumentos de que, no caso, não havia violação a princípios constitucionais ou do CDC. O acórdão citou que é notória a desigualdade da mulher em face do homem durante toda a história e que, por esse motivo, situações como essas não violam o princípio da isonomia.

Ponderou, ainda, que não vislumbra essa diferenciação de preços como estratégia para menosprezar ou desprezar a mulher. Por fim, a decisão judicial afirma

que a intervenção no domínio econômico deve ser mínima, cabendo ao Estado o papel de incentivar a iniciativa privada.

Diante de tal acórdão, este autor propôs recurso extraordinário – dirigido, portanto, ao Supremo Tribunal Federal. Os argumentos foram a evidente repercussão geral do tema e as ofensas aos princípios constitucionais citados diversas vezes neste texto monográfico.

Na apreciação da admissibilidade recursal, a Presidência da Segunda Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal, entretanto, entendeu que a questão de fundo apresentada seria de cunho infraconstitucional. Decidiu, então, não ser cabível o recurso extraordinário, uma vez que a questão trata de ilegalidade, e não de inconstitucionalidade, sendo a ofensa à Constituição indireta e que é pacífico na jurisprudência do Supremo que a ofensa reflexa a preceito constitucional enseja a não admissibilidade do recurso. Com base em tais argumentos, o juiz de Direito Andrade de Freitas, presidente da Segunda Turma Recursal, indeferiu o processamento do recurso no dia 20 de março de 2018.

Contudo, em 15 de abril de 2018, este autor interpôs o Agravo em Recurso Extraordinário (ARE) nº 1.139.568/DF. De início, pediu a retratação do Presidente da Segunda Turma Recursal, nos termos do artigo 1.042, parágrafo 2º, da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 – o Código de Processo Civil.

No mérito, rebateu todos os pontos da decisão que indeferiu o processamento do recurso extraordinário e reafirmou que há sim ofensa direta aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade. Além disso, argumentou sobre a existência evidente de repercussão geral no caso, requerendo o conhecimento e provimento do ARE para que o Recurso Extraordinário seja admitido pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

Até a data de defesa desta monografia (10/12/2019), o Supremo Tribunal Federal não se manifestou ainda sobre o assunto. O ARE nº 1.139.568/DF teve designado como relator o ministro Celso de Mello e está sem movimentação desde o dia 10 de agosto de 2018.

4.4 Bases constitucionais do ARE nº 1.139.568/DF

Inicialmente, é importante consignar, como questão prejudicial, a aplicabilidade dos direitos fundamentais garantidos constitucionalmente às relações jurídicas privadas. No direito comparado, é possível identificar três principais teorias acerca da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares¹⁴.

A primeira corrente, que está em vigor nos Estados Unidos da América, é chamada “doutrina do State Action”. De forma sucinta, pode-se afirmar que essa doutrina nega aplicação dos direitos fundamentais, garantidos constitucionalmente, às relações privadas.

A segunda corrente é a teoria da eficácia indireta e mediata dos direitos fundamentais na esfera privada. Apesar de não gerarem direitos subjetivos em relações privadas, os direitos fundamentais possuem aplicação ao direito privado mediante a interpretação de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados.

A terceira corrente é a teoria da aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais às relações privadas, também chamada de eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Essa teoria surgiu também na Alemanha e se difundiu por outros países europeus, como Espanha, Portugal e Itália¹⁵.

Esta última teoria é aplicada no Brasil, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência. Nas palavras de Daniel Sarmento e Fábio Gomes:

“Como já destacado acima, a teoria da eficácia horizontal direta e imediata dos direitos fundamentais é amplamente dominante no cenário brasileiro, sendo sustentada por autores como Ingo Wolfgang Sarlet, Luís Roberto Barroso, Gustavo Tepedino, Wilson Steinmetz e Jane Reis Gonçalves Pereira, dentre tantos outros, e contando também com a nossa adesão [...]”.

O Supremo Tribunal Federal também já demonstrou adesão a essa teoria no célebre RE 201.819 (rel. Min. Ellen Gracie, rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes), que

¹⁴ Sobre o tema, ver SOMBRA, Thiago Luís Santos. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor. 2004.

¹⁵ Ver SARMENTO, Daniel e GOMES, Fábio Rodrigues. A eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho. Rev. TST, Brasília, vol. 77, no 4, out/dez 2011.

aplicou a garantia constitucional do devido processo legal a uma entidade privada (União Brasileira de Compositores). Mais recentemente, o Tribunal se manifestou de forma clara pela eficácia horizontal dos direitos fundamentais:

“Atualmente, doutrina e jurisprudência reconhecem que a eficácia dos direitos fundamentais espalha-se nas relações entre particulares.

[...]

Por isso a eficácia dos direitos fundamentais é tida como extensiva ao Estado e também aos particulares, que não podem atuar em desrespeito às garantias estabelecidas pelo sistema constitucional.” (ADI 4815/DF. Rel. Min. Cármen Lúcia. Julgamento em 10/06/2015, grifo nosso).

Diante disso, o ARE nº 1.139.568/DF é uma rara oportunidade para o Tribunal afirmar, categoricamente, a tese da eficácia horizontal dos direitos fundamentais no ordenamento pátrio. Discriminações inconstitucionais, como as fundadas em critérios de gênero, orientação sexual, cor da pele, idade, nacionalidade, etc, não podem ser feitas por entes públicos nem por entes privados.

O princípio da igualdade, previsto no art. 5º, e o da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º da CF/88, possuem aplicação direta nas relações entre particulares. Por exemplo, não é concebível, sob a égide da CF/88, que festas, shows e outros eventos culturais possam discriminar a entrada ou o preço do ingresso tendo exclusivamente como critério sexo, cor da pele, porte físico ou nacionalidade.

A título ilustrativo, ninguém em sã consciência afirmaria que se coaduna com a Constituição da República a prática de uma casa de festas em São Paulo que, conforme noticiado na mídia, limitava a entrada de pessoas negras e pessoas obesas. Ainda que não houvesse norma infraconstitucional proibindo a prática, haveria violação direta ao texto constitucional. Em que pese se tratar de um evento privado, o respeito a direitos fundamentais garantidos na CF/88 é impositivo. Nos termos da Portaria de Inquérito Civil nº MP 43.0695.0000290/2015-9 do Ministério Público do Estado de São Paulo:

“Enfim, a análise dos documentos juntados demonstra a prática reiterada de discriminação racial, social e estética por parte da representada. Essa escolha de “quem entra e quem não entra” tem a função de segregar e marcar a divisão entre pessoas que, embora morem na mesma cidade, não possuem a mesma classe social, a

mesma cor de pele, o mesmo peso, ou a mesma beleza considerada como ideal pela representada.

É **evidente** que a mencionada prática é discriminatória e **fere os princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana** (artigos 1º, inciso III e artigo 5º, caput, da Constituição Federal, grifo nosso).”

Além da eficácia horizontal dos Direitos Fundamentais a Constituição da República traz o princípio da igualdade insculpido em mais de um dispositivo. A vedação à discriminação é um valor que permeia todo o texto constitucional. É possível citar como dispositivos relevantes ao caso:

Constituição da República

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

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

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;

É cristalino o dispositivo constitucional que preceitua a igualdade entre homens e mulheres. O próprio Supremo Tribunal Federal já decidiu que discriminação baseada em atributo intrínseco ou extrínseco do indivíduo é inconstitucional:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRABALHO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. TRABALHADOR BRASILEIRO EMPREGADO DE EMPRESA ESTRANGEIRA: ESTATUTOS DO PESSOAL DESTA: APLICABILIDADE AO TRABALHADOR ESTRANGEIRO E AO TRABALHADOR BRASILEIRO. CF, 1967, art. 153, § 1o; C.F., 1988, art. 5º, caput. [...]

II – A discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc., é inconstitucional. Precedente do STF: Ag 110.846 (AgRg) – PR, Célio Borja, RTJ 119/465.

[...]

(RE 161.243-6/DF. Rel. Min. Carlos Velloso. Julgamento em 29/10/96, grifo nosso)

Entretanto, como bem adverte Celso Antônio Bandeira De Mello em sua conhecida obra “O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade”, a ofensa ao princípio da igualdade não reside no critério escolhido para a discriminação. Em outras palavras, o critério para diferenciação não é o mais importante para se averiguar a constitucionalidade de alguma discriminação, mas sim a justificativa para o *discrimen*.

Por exemplo, há diferenciações entre pessoas negras e brancas que são legítimas e outras que são ilegítimas. Uma festa, obviamente, não pode cobrar preços distintos com base em etnia sob o fundamento – absurdo, diga-se – de que mulheres de determinada cor de pele ou de olho atraem mais homens à festa. Por outro lado, é razoável que um estúdio de cinema que decida produzir um documentário sobre a história da Suécia medieval escolha atrizes brancas em detrimento de negras. Vê-se que o critério para a diferenciação é o mesmo – cor da pele. O que muda, e conseqüentemente altera a constitucionalidade da diferenciação, é a legitimidade da justificativa.

Para que seja legítima a diferenciação, duas condições se impõem: (i) o fator de *discrimen* deve guardar nexos lógicos com a justificativa alegada e (ii) essa justificativa deve configurar um valor protegido constitucionalmente.

Como afirma Pimenta Bueno, citado por Celso Antônio Bandeira de Mello na obra “O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade”:

“A lei deve ser uma e a mesma para todos; qualquer especialidade ou prerrogativa que não for fundada só e unicamente em uma razão muito valiosa do bem público será uma injustiça e poderá ser uma tirania.”¹⁶

No mesmo sentido é o magistério de Alexandre de Moraes:

“A desigualdade na lei se produz quando a norma distingue de forma não razoável ou arbitrária um tratamento específico a pessoas diversas. Para que as diferenciações normativas possam ser consideradas não discriminatórias, torna-se indispensável que exista uma **justificativa objetiva e razoável**, de acordo com critérios e juízos valorativos genericamente aceitos, cuja exigência deve aplicar-se em relação à **finalidade** e efeitos da medida considerada, devendo estar presente por isso uma razoável relação de proporcionalidade entre os

¹⁶ BUENO, Pimenta. Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império, Rio de Janeiro. 1857, p. 424.

meios empregados e a **finalidade perseguida, sempre em conformidade com os direitos e garantias constitucionalmente protegidos**¹⁷ (grifo nosso).

O Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria, no RE 658.312/SC, que é constitucional a existência de intervalo de 15 minutos para empregadas mulheres antes da jornada extraordinária. A diferenciação, em que pese ter como base critério intrínseco ao indivíduo (gênero), foi considerada constitucional pela maioria do STF em razão de a discriminação ter duas justificativas constitucionalmente legítimas, quais sejam, (i) a menor resistência física da mulher e o (ii) fato de ser comum a cumulação pela mulher de atividades no lar e no trabalho. De acordo com o voto condutor do Min. Dias Toffoli, o que legitima a diferenciação são esses “parâmetros constitucionais” mencionados e o fato de que a diferenciação amplia direitos fundamentais sociais.

Portanto, mais uma vez, o que define a legitimidade de uma diferenciação – ainda que com base em critérios como sexo, cor da pele ou origem – é o amparo constitucional da justificativa para diferenciar.

No caso concreto, a justificativa para a diferenciação de preços, cobrando menos das mulheres, é o fato de que a presença de mulheres atrai mais homens para a festa. Sabe-se que a cobrança de preço mais baixo para mulheres tende a gerar uma maior presença delas, o que, por consequência, aumenta a atratividade da festa para homens heterossexuais. Assim, a produtora do evento lucra mais, sendo essa a racionalidade da diferenciação de preços.

Os estabelecimentos comerciais, por definição, possuem finalidade lucrativa, não sendo plausível a alegação de que a razão para a diferenciação de preços é a execução, por bares e festas, de política pública de inclusão das mulheres no seio social.

Tanto não é essa a justificativa – inclusão social da mulher por empresas privadas – que em outros eventos culturais como cinemas, museus, etc., não há esse

¹⁷ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 20a Ed. São Paulo: Editora Atlas. 2006. P. 32.

tipo de desconto para mulheres. Essa prática se verifica apenas em eventos em que a presença de mulheres atrai público do sexo masculino, como festas e shows.

Se mostra clara que a justificativa para a diferenciação de preços é que mulheres atraem mais consumidores heterossexuais do sexo masculino. Todo cidadão médio entende que é essa a razão da diferenciação. Em reportagem realizada por um canal de notícias, após a decisão liminar do processo nº 0718852-21.2017.8.07.0016, em que foram entrevistadas várias pessoas sobre o tema, uma consumidora de 21 anos afirmou que:

“Com o ingresso feminino mais em conta, mais mulheres são atraídas e, conseqüentemente, mais pessoas do público masculino. Eu poderia dizer que acho melhor (o valor do ingresso), por eu ser mulher, mas não acho justo.”¹⁸

Aline Hermínio, 21 anos, estudante

Ainda que se queira atribuir a essa prática uma explicação econômica, como tentou o ex-Conselheiro do CADE Márcio de Oliveira Junior em seu artigo no portal Jota¹⁹, não é uma justificativa apta a legitimar a discriminação entre homens e mulheres, vedada pelo art. 5º, I, da CF/88.

Se eficiência econômica – consubstanciada na maior presença de consumidores masculinos nas festas – fosse justificativa suficiente para a discriminação tendo como base atributos intrínsecos, como o sexo, raça, idade, origem (art. 3º, IV, CF/88), se chegaria a resultados absurdos.

A título ilustrativo, caso fosse esse o entendimento acolhido pelo STF, deveria ser julgada compatível com a CF/88 a estratégia comercial de uma determinada casa de festas de São Paulo que supostamente dificultava a entrada de pessoas que não atendessem o “perfil da casa”. Especificamente, neste caso, pessoas com excesso de peso, pessoas fora dos padrões de beleza impostos pelo estabelecimento e inclusive

¹⁸http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/diversao-e-arte/2017/07/01/interna_diversao_arte,606331/diferenca-de-preco-em-ingressos-para-homens-e-mulheres-gera-polemica.shtml

¹⁹ JOTA. Márcio de Oliveira Junior. É legal diferenciar preços para homens e mulheres?. Publicado em 06/07/2017. Disponível em <https://jota.info/artigos/e-legal-diferenciar-precos-para-homens-e-mulheres-06072017>

negros tinham sua entrada dificultada ou restringida. Conforme a Portaria de Inquérito Civil nº MP 43.0695.0000290/2015-9 do Ministério Público do Estado de São Paulo:

“Conforme os relatos acostados, as pessoas são impedidas de ingressar no local por motivos discriminatórios: “ela não faz o **perfil da casa**” (três vezes), “me falou que não eram **bonitas o suficiente** para frequentarem aquela casa”, “o promotor me perguntava as **características físicas** das minhas acompanhantes”, “pessoas eram escolhidas ‘a dedo’ para entrar” (três vezes), “liberavam na lista somente quem eles queriam e expulsavam os outros”, “você entra e ela não”, “só entram as pessoas que eles querem” (duas vezes), “eles fazem **discriminação com roupa**, se a pessoa é um pouco mais **gordinha**”, “me discriminaram assim como discriminam **gordos**, pessoas sem os **padrões de beleza** imposto por eles”, “a moça da lista disse que se as meninas que estavam com a gente ‘tivessem vestidas como prostitutas elas entrariam”, “pode ir embora que aqui não é o seu lugar”, “**ELES BARRAM NEGROS, ELES BARRAM PESSOAS HUMILDES, ELES BARRAM GENTE GORDA**”, “as hostes na porta selecionam as pessoas e falam que os nomes delas não estão na lista”, “vê se a promotor te deixa entrar”, dentre outros.” (grifo nosso).

Isso porque a lógica econômica por trás dessa forma de discriminação e da diferenciação de preços entre homens e mulheres é exatamente a mesma: influenciar artificialmente o público que frequenta a festa com o intuito de atrair mais homens heterossexuais.

Como já visto, o que determina a constitucionalidade de uma desequiparação não é o critério utilizado, mas a relação lógica desse critério com uma finalidade constitucionalmente protegida. Se o STF entender que a justificativa comercial de atrair mais clientes para a festa é uma finalidade constitucionalmente protegida, apta, portanto, a justificar a discriminação, então essa discriminação poderá ser feita utilizando outros critérios. Por exemplo, será possível cobrar preços mais baratos de mulheres até 20 anos, de mulheres de determinada etnia, de mulheres com pouca roupa, de pessoas magras, enfim, de pessoas “interessantes” – tudo seria possível, desde que se atendessem a finalidade econômica de atrair mais homens à festa.

Por esse motivo, a decisão do Supremo a respeito do ARE nº 1.139.568/DF é tão importante. Caso o Tribunal entenda justificada a discriminação pelo fator sexo para atrair mais clientes à festa, isso indicará a possibilidade de discriminação por outros critérios – idade, etnia, beleza física, etc. – para se atingir a mesma finalidade comercial. A discriminação por sexo choca menos porque é uma prática relativamente

comum no Brasil. Entretanto, a reiteração e o tempo não possuem o condão de convalidar práticas inconstitucionais.

Obviamente, a discriminação por sexo – e pelos outros critérios mencionados – com essa finalidade/justificativa viola frontalmente a Constituição da República e clama por intervenção judicial pontual na autonomia privada.

Não pode o princípio da livre iniciativa ser usado como manto para a prática de discriminações inconstitucionais. Por exemplo, ninguém defende que a livre iniciativa permita a discriminação por cor, sem justificativa razoável, em um processo seletivo de empregados de uma empresa privada.

Em sede de direito comparado, há precedentes importantes nos Estados Unidos da América que decidiram casos muito semelhantes ao ARE nº 1.139.568/DF no sentido de que a concessão de descontos para mulheres em ingressos de festas e boates, prática denominada de “Ladies’ Night”, é uma discriminação ilícita.

Suprema Corte da Califórnia. *Koire v Metro Car Wash*, 707 P.2d 195 (CA 1985). A Corte decidiu que: “Most often, the nature of the business enterprise or the facilities provided has been asserted as a basis for **upholding a discriminatory practice only when there is a strong public policy in favor of such treatment.** [...] Defendants argue that **sex-based price differences are not arbitrary because they are supported by "substantial business and social purposes."** Essentially, they argue that the discounts are permissible because they are profitable. In *Marina Point*, this court held that the fact that a business enterprise was "proceed[ing] from a motive of rational self-interest" did not justify discrimination. (*Marina Point*, supra, 30 Cal.3d at p. 740, fn. 9, disapproving *Newby v. Alto Riviera Apartments*(1976) 60 Cal. App. 3d 288, 302 [131 Cal. Rptr. 547].) This court noted that "an entrepreneur may pursue many **discriminatory practices `from a motive of rational self-interest,' e.g., economic gain, which would unquestionably violate** the Unruh Act. For example, an entrepreneur may find it economically advantageous to exclude all homosexuals, or alternatively all nonhomosexuals, from his restaurant or hotel, but such a **`rational' economic motive would not, of course, validate the practice.**" (*Marina Point*, supra, 30 Cal.3d at p. 740, fn. 9.) It would be no less a violation of the Act for an entrepreneur to charge all homosexuals, or all nonhomosexuals, reduced rates in his or her restaurant or hotel in order to encourage one group's patronage and, thereby, increase profits. **The same reasoning is applicable here, where reduced rates were offered to women and not men.** Defendant Jezebel's argues that "Ladies' Night" encourages more women to attend the bar, thereby promoting more interaction between the sexes. This it deems to be a "socially desirable goal" of the state. However, the "social" policy on which Jezebel's relies

encouraging men and women to socialize in a bar is a **far cry from the social policies which have justified other exceptions to the Unruh Act**. For example, the compelling societal interest in ensuring adequate housing for the elderly which justifies differential treatment based on age cannot be compared to the goal of attracting young women to a bar. (Marina Point, supra, 30 Cal.3d at pp. 742-743; see post, at pp. 36-38.) The need to promote the "social policy" asserted by Jezebel's is not sufficiently compelling to warrant an exception to the Unruh Act's prohibition on sex discrimination by business establishments." (grifo nosso)

Vale notar que os Estados Unidos possuem uma destacada cultura de proteção da livre iniciativa e das liberdades comerciais e nem por isso permitem discriminações arbitrárias por estabelecimentos privados. O Reino Unido, que igualmente possui forte tradição liberal, também proíbe a prática (Ladies' Night).²⁰

Dessa forma, a diferenciação de preços entre homens e mulheres não possui justificativa que concretize valores constitucionais aptos a afastar a regra da igualdade. Em outras palavras, a justificativa para o *discrimen* é ilegítima. Assim, é clara a violação ao princípio constitucional da igualdade.

Além da violação ao princípio constitucional da isonomia, a prática de diferenciar preços de ingressos de festas, shows e outros eventos entre homens e mulheres viola a dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil, de acordo com o artigo 1º, III, da CF/88.

É que a mulher é usada como objeto de uma prática comercial do estabelecimento que realiza a festa ou show. A mulher é tratada como um meio para uma finalidade – lucrativa, no caso de atividades empresariais, como a produção de eventos de entretenimento.

A dignidade humana, na perspectiva kantiana, consubstancia exatamente no oposto. O ser humano deve ser um fim em si mesmo, nunca um mero meio para se atingir outro fim. A pessoa é sujeito de direitos, não objeto.

²⁰ A Equality and Human Rights Commission publicou um guia sobre os direitos de não discriminação. Nesse guia, a Equality and Human Rights Commission expressamente cita como um exemplo de discriminação ilícita a concessão de desconto ou gratuidade em festas e boates a mulheres apenas. No original: "For example, a nightclub offers free entry to women but charges men to get in.". Disponível em <https://www.equalityhumanrights.com/en/advice-and-guidance/sex-discrimination>

A utilização das mulheres para atrair mais homens ao evento é uma clara violação à dignidade das mulheres. A mulher é utilizada como mais um produto a ser oferecido aos homens, verdadeiro insumo da atividade empresarial.

Duas integrantes do movimento feminista “BSBRespeitaAsMina”, que tem presença frequente nas festas de Brasília com campanhas de conscientização contra o machismo, afirmam que:

"Nós acreditamos que a prática nas baladas de venda de ingressos com valores diferenciados para mulheres e homens é mais uma forma de **explorar a imagem da mulher** e achamos que isso deveria acabar. **O ingresso mais barato carrega junto a ideia de que as mulheres atraem o público masculino, tratando-as como um "produto" da festa e não como consumidoras.** Esse tratamento não promove um ambiente igualitário e pode contribuir para que situações de assédio ocorram. **Não é porque essa prática é comum e acontece há muitos anos que não merece ser discutida e repensada.** Nesse debate, todas as produtoras e produtores devem ouvir seu público, especialmente o feminino, se colocando no lugar dele, e, dessa forma, promovendo festas mais seguras para as mulheres"²¹

Ana Paula Campos e Laísa Amaral Queiroz, integrantes da campanha #bsbsrespeitaasminas (grifo nosso).

É evidente a desvalorização da mulher decorrente dessa prática de diferenciação. Mario Barros Filho, porta-voz da ANEP - Associação da Noite de o Entretenimento Paulistano, disse, em entrevista ao programa Fantástico, da Rede Globo, que:

"Infelizmente é uma prática reprovável. **Torna um objeto a mulher** e deveria ser combatida numa perspectiva de mudança e de tratamento igual".²² (grifo nosso).

Como relatado na Portaria de Inquérito Civil nº MP 43.0695.0000290/2015-9 do Ministério Público do Estado de São Paulo, alguns estabelecimentos, além de

²¹http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/diversao-e-arte/2017/07/01/interna_diversao_arte,606331/diferenca-de-preco-em-ingressos-para-homens-e-mulheres-gera-polemica.shtml

²²<http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2017/06/homem-entra-na-justica-contrapreco-menor-para-mulher-em-show-e-balada.html>

diferenciar por gênero também diferenciam os preços ou o acesso em razão das vestimentas das mulheres:

“Eles fazem discriminação com roupa, se a pessoa é um pouco mais gordinha”, “me discriminaram assim como discriminam gordos, pessoas sem os padrões de beleza imposto por eles”, “a moça da lista disse que se as meninas que estavam com a gente ‘tivessem vestidas como prostitutas elas entrariam”.

Assim, é claro que a prática viola a dignidade das mulheres. Sobre esse tema, a Juíza de Direito Caroline Santos Lima, que decidiu o pedido de tutela de urgência do processo nº 0718852-21.2017.8.07.0016, afirmou em sua decisão:

“Fato é que não pode o empresário-fornecedor usar a mulher como **“insumo” para a atividade econômica**, servindo como “isca” para atrair clientes do sexo masculino para seu estabelecimento. Admitir-se tal prática afronta, de per si, a **dignidade das mulheres, ainda que de forma sutil, velada**. Essa intenção oculta, que pode travestir-se de pseudo-homenagem, prestígio ou privilégio, evidentemente, não se consubstancia em justa causa para o discrimen. Pelo contrário, ter-se-á ato ilícito.” (grifo nosso)

A prática, sob o falso rótulo de uma vantagem às mulheres, acaba por reforçar ideais machistas de inferiorização da mulher. A decisão do Supremo Tribunal pela inconstitucionalidade da prática discriminatória é um passo importante no sentido do avanço civilizatório do País.

A sentença do processo em questão, mantida pela Segunda Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal, se equivoca ao afirmar que a prática se justificaria em razão da mulher já ser prejudicada no mercado de trabalho e nos altos cargos públicos. É que a prática de cobrar menos da mulher, com o fim de utilizá-la como mais um atrativo da festa a ser oferecida ao homem – este sim visto como o verdadeiro protagonista da vida social – concorre para a real causa disso tudo, qual seja, a visão de que a mulher é inferior ao homem. Essa pseudo-vantagem à mulher reforça, em verdade, sua desvalorização social; reforça a ideia de que ela é inferior, que é um objeto a serviço do homem.

Em sede de direito comparado, a decisão da Suprema Corte da Califórnia, compreendendo essa nuance, declarou ilícita a discriminação de preços entre mulheres e homens em entradas de estabelecimentos e afirmou sobre esse tema que:

“Além disso, a diferenciação de preços com base em sexo geralmente é prejudicial para homens e mulheres, por reforçar estereótipos nocivos”.²³ (grifo nosso)

Em conclusão, além de violar frontalmente o princípio da igualdade (art. 5º, *caput* e I, da CF/88), a diferenciação de preços de ingressos de shows e festas entre homens e mulheres fere, sem mais poder, a dignidade das mulheres, protegida pelo artigo 1º, III, da Constituição da República.

4.5 Inconstitucionalidade da diferença de preços de ingressos por gênero

A Constituição da República prevê os seguintes instrumentos processuais para se recorrer, em matéria cível, ao Supremo Tribunal Federal (STF):

- a. art.102, inc. I, letra “a” (ação direta de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo);
- b. art.102, inc. I, letra “p” (pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade);
- c. art.102, inc. III (julgar, mediante recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida contrariar dispositivo desta Constituição) (BRASIL, 1988, *online*).

Embora existam argumentos constitucionais que contribuam com o ARE nº 1.139.568/DF, a maior parte da matéria relativa ao direito do consumidor, entretanto, está contida na legislação infraconstitucional. Por conta disso, a maior parte dos recursos extraordinários sobre o tema não tem o mérito julgado pelo STF. Os

²³ Suprema Corte da Califórnia. *Koire v Metro Car Wash*, 707 P.2d 195 (CA 1985). Tradução livre. No original: “Moreover, differential pricing based on sex may be generally detrimental to both men and women, because it reinforces harmful stereotypes”.

precedentes judiciais da Suprema Corte inclinam-se no sentido de não apreciar, portanto, matéria consumerista, mesmo que em ações coletivas, conforme se nota:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTENDA DECIDIDA COM FUNDAMENTO EM NORMAS VEICULADAS PELO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. OFENSA INDIRETA. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. 1. A controvérsia sobre a qual versam os autos gira em torno da aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor e de legislação correlata. 2. Aferir se houve ou não ofensa à Constituição do Brasil demandaria a análise de normas cujos preceitos estão inseridos em comandos infraconstitucionais. Agravo regimental não provido. [...] (AI-AgR 554810 / RJ - RIO DE JANEIRO. AG.REG.NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. Relator: Min. EROS GRAU. Julgamento: 14/03/2006. Órgão Julgador: Primeira Turma.)

E ainda:

DIREITO DO CONSUMIDOR E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL COLETIVA. DIREITOS DIFUSOS. RECURSO EXTRAORDINÁRIO INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DO CPC/1973. PRÁTICA COMERCIAL ABUSIVA. COMPROVAÇÃO. DEVER DE INDENIZAR. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. EVENTUAL OFENSA REFLEXA NÃO VIABILIZA O RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ART. 102 DA LEI MAIOR. AGRAVO MANEJADO SOB A VIGÊNCIA DO CPC/2015. 1. A controvérsia, a teor do já asseverado na decisão guerreada, não alcança estatura constitucional. Não há falar em afronta aos preceitos constitucionais indicados nas razões recursais. Compreensão diversa demandaria a análise da legislação infraconstitucional encampada na decisão da Corte de origem, a tornar oblíqua e reflexa eventual ofensa à Constituição, insuscetível, como tal, de viabilizar o conhecimento do recurso extraordinário. Desatendida a exigência do art. 102, III, "a", da Lei Maior, nos termos da remansosa jurisprudência desta Suprema Corte. 2. As razões do agravo interno não se mostram aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada. 3. Agravo interno conhecido e não provido. (AI 834619 AgR, Relator (a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 17/11/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-270 DIVULG 27-11-2017 PUBLIC 28-11-2017)

Como dito, em razão deste âmbito da competência, grande parte da matéria relativa ao direito do consumidor está contida na legislação infraconstitucional, o que forçosamente impossibilita que a maior parte dos recursos extraordinários tenha acesso à apreciação do STF. A jurisprudência da mais alta Corte, é pacífica no sentido de não tolerar, em recurso extraordinário, alegação de ofensa que, irradiando-se de má interpretação, aplicação, ou, até inobservância de normas infraconstitucionais, seria apenas indireta à Constituição da República.

A escassa jurisprudência existente sobre a diferenciação de preços na venda de ingressos para homens e mulheres é ainda divergente. De um lado, há aqueles que entendem que a cobrança diferenciada de preços para homens e mulheres constitui nítida violação ao princípio da isonomia e ao princípio da dignidade da pessoa humana. Para essa corrente, a cobrança diferenciada trata-se de verdadeira prática abusiva, uma vez que não existe argumento plausível para o tratamento desigual entre homens e mulheres nesse contexto.

Por outro lado, há posicionamento no sentido de que a diferenciação de preços para homens e mulheres não constitui violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, nem sequer ao da isonomia. De acordo com esse viés de pensamento, haveria violação à Constituição da República caso se estabelecesse uma vedação a tal prática, tendo em vista que ocorreria expressa afronta ao princípio da livre iniciativa.

Há ainda o argumento de que, nesses casos, as mulheres podem sim ser tratadas de forma positivamente desigual, em respeito ao princípio da igualdade material, já que sofrem outras desigualdades negativa no País. A corrente defende ainda que não caberia ao Estado interferir na iniciativa privada nesse caso, devendo prevalecer o princípio da livre iniciativa.

Diante desse impasse, é fundamental a análise do possível confronto de princípios constitucionais. De um lado, haveria os princípios da igualdade e da dignidade; do outro, os princípios da livre iniciativa e da propriedade privada.

De início, é preciso ressaltar que os princípios são diretrizes gerais existentes no ordenamento jurídico brasileiro. A sua incidência é muito mais ampla do que a das regras. Por isso, diante da colisão entre estes, é mandatória a harmonização, podendo ser utilizada para resolver a lide a técnica da ponderação, que envolve três elementos básicos: a proporcionalidade, a razoabilidade e a adequação (ALEXY, 2008, p. 90).

Na análise deste pesquisador, a solução mais acertada a ser tomada é em favor da prevalência dos princípios da igualdade e dignidade da pessoa humana. Amparado por princípios de interpretação constitucional, como a interpretação conforme a constituição, unidade e concordância prática, é possível concluir que os referidos princípios devem se sobrepor ao da livre iniciativa.

Ademais, é possível verificar claramente que a mulher é utilizada, nessa prática, como produto da atividade econômica, servindo como atrativo para clientes heterossexuais do gênero masculino para o evento ou estabelecimento.

Diante disso, não seria razoável permitir que qualquer empresa se valha da livre iniciativa para sobrepor a dignidade da mulher em prol de atrair clientes. Essa intenção oculta, que pode parecer prestígio ou privilégio, ocasiona, na verdade, um ato discriminatório negativo.

Outro ponto que merece destaque está relacionado com o próprio direito do consumidor. Não há dúvidas de que, independentemente de ser homem ou mulher, o consumidor deve receber tratamento isonômico. Assim, ao ser realizada uma oferta de um mesmo produto ou serviço, esta deverá ser feita para homens e mulheres de forma igualitária. Isso porque o princípio da livre iniciativa não pode ser invocado para afastar regras de regulamentação do mercado e de defesa do consumidor²⁶.

Outro ponto relevante é o art. 3º, inciso IV da Constituição da República, que dispõe que é objetivo da República Federativa do Brasil, promover o bem de todos, sendo vedado preconceitos em razão de sexo. Vejamos: "Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação" (BRASIL, 1988, *online*).

Para Pinho (2008, p. 103), a Constituição veda de forma expressa a distinção com fundamento na origem, raça, cor, idade, sexo, estado civil e deficiência física. E tal vedação à discriminação, segundo o autor, não seria restrita a esse rol, pois o dispositivo veda textualmente quaisquer outras formas de discriminação.

Desta forma, não cabe a qualquer estabelecimento comercial utilizar-se do gênero como argumento para determinar cobrança diferenciada de produto ou serviço. A simples utilização deste argumento viola, nitidamente, a isonomia – o princípio da igualdade. Além disso, a busca pela igualdade deve ser incentivada, pois de nada adianta ter o direito no plano abstrato e este não ser efetivado no plano concreto. Por isso, a igualdade deve ser fomentada por todos, inclusive, pelo Estado, que tem o dever de garanti-la.

Diante de uma situação como a discutida no presente trabalho, a sociedade deve se comover e lutar para que se cumpra a previsão constitucional. A igualdade é um dos mais importantes princípios que a Constituição de 1988 consagrou em seu texto. A luta por este direito deve estar cada vez mais presente para se possa construir

²⁶ Nesse sentido, *RE 349.686*, rel. min. Ellen Gracie, j. 14-6-2005, 2ª T, DJ de 5-8-2005 e *AI/ 636.883 AgR*, rel. min. Cármen Lúcia, j. 8-2-2011, 1ª T, DJE de 1º-3-2011.

uma sociedade livre, justa e solidária, um dos objetivos da República Federativa do Brasil, previsto no art. 3º, I, da Constituição.

Em um país que tem como princípio constitucional a igualdade, portanto, nada mais justo que concretizar tal princípio. A igualdade material deve existir de fato e prevalecer sobre interesses contrários diversos e que afrontem o bem-estar coletivo.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, é possível observar claramente como a cobrança diferenciada de preços para homens e mulheres em estabelecimentos noturnos e eventos viola a Constituição da República. Em que pese a escassez de produção doutrinária e jurisprudencial sobre o tema, a presente monografia procurou traçar um panorama sobre o assunto, procurando estabelecer uma análise sobre o tema fundada nos princípios constitucionais vigentes e ancorada na análise do caso concreto – o Processo nº 0718852-21.2017.8.07.0016.

Na análise dos princípios constitucionais incidentes, verifica-se uma aparente antinomia entre os princípios da livre iniciativa e da propriedade privada frente aos princípios da isonomia e o da própria dignidade da pessoa humana. Entretanto, como discutido, a existência de conflito entre princípios constitucionais gera a necessidade de harmonização.

Para isso, é recomendável o uso a técnica da ponderação, que deve ser exercida de acordo com as peculiaridades do caso concreto. Neste caso, por serem princípios fundamentais e orientadores de todo o ordenamento jurídico brasileiro, devem prevalecer a dignidade da pessoa humana e a igualdade quanto ao cerne da discussão: a impossibilidade da diferenciação de preços de ingressos para homens e mulheres para o mesmo evento.

O próprio constituinte estabeleceu restrições à livre iniciativa e à propriedade, devendo tais princípios ser interpretados de forma que lhes seja conferida uma função social, a fim de promover um bem-estar coletivo e não somente individual. Tendo em vista que essa prática gera, inclusive, discriminação em face da mulher – haja vista que o público feminino passa a ser utilizado como mero atrativo comercial da atividade econômica – desrespeitando frontalmente a dignidade feminina.

Além disso, tal prática é plenamente abusiva, tendo em vista que o consumidor, seja homem ou mulher, tem direito a ter tratamento isonômico nas relações consumeristas. Desta forma, esta pesquisa monográfica reafirmou a inconstitucionalidade e ilegalidade da diferenciação de preços discutida.

Em suma, essa diferenciação de preços com base exclusivamente no gênero do consumidor não encontra respaldo no ordenamento jurídico brasileiro – pelo

contrário, é rechaçada pela Constituição da República e pelo Código de Defesa do Consumidor.

Até a data da apresentação desta pesquisa (10/12/2019), entretanto, esse entendimento não pode ser considerado pacífico ou sequer preponderante. Isso por que o tema aguarda posicionamento do Supremo Tribunal Federal (STF), que geralmente não discute o mérito do tema. Espera-se, de todo modo, que a cobrança diferenciada entre homens e mulheres seja objeto de grande discussão jurídica e legislativa nos próximos anos em todo o País.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2006.

ALMEIDA, João Batista de. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2003.

AYALA, Patryck de Araújo; LEITE, José Rubens Morato. *Direito ambiental na sociedade de risco*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

_____. *A Proteção Jurídica do Consumidor*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

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

BENJAMIN, Antônio Herman. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – Comentado pelos autores do anteprojeto*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____; BESSA, Leonardo Rosco; MARQUES, Cláudia Lima. *Manual de Direito do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 out. 2019.

_____. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm. Acesso em: 14 out. 2019.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 20 out. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *ERESP 1.515.895/MS*. Relator: Ministro Humberto Martins, 20/09/2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&seque>

ncial=1636681&num_registro=201500354240&data=20170927&formato=PDF. Acesso em: 02 nov. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *MS 1835 DF 1992/0020633-6*. Relator: Ministro Garcia Vieira, 11/05/1993. Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/577932/mandado-de-seguranca-ms-1835?ref=topic_feed. Acesso: em 10 nov. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1195642 RJ 2010/0094391-6*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, 13/11/2012. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22829799/recurso-especial-resp-1195642-rj-2010-0094391-6-stj>. Acesso em: 01 nov. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1364915 MG 2013/0021637-0*. Relator: Ministro Humberto Martins, 14/05/2013. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23323769/recurso-especial-resp-1364915-mg-2013-0021637-0-stj/relatorio-e-voto-23323771?ref=juris-tabs>. Acesso em: 15 out. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 519310 SP 2003/0058088-5*. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Data de Julgamento: 20/04/2004. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19618527/recurso-especial-resp-519310-sp-2003-0058088-5-stj>. Acesso em 12 out. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 541.867/BA*. Relator: Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, 10/11/2004. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7228240/recurso-especial-resp-541867-ba-2003-0066879-3/inteiro-teor-12975055>. Acesso em: 01 nov. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 586.316/MG*. Relator: Antônio Herman Benjamin. Data de Julgamento: 17/04/2007. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITaseq=683195&tipo=0&nreg=200301612085&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJqdr=&dt=20090319&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em: 04 nov. 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (4^o Juizado Especial Cível do Distrito Federal). *Processo n. 0718852-21.2017.8.07.0016*. Magistrada: Juíza de Direito Caroline Santos Lima, 06/06/2017. Disponível em: <https://pje.tjdft.jus.br/consultapublica/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/listView.seam?ca=0978cf60f211cf1d04906899ec6626d15186db4704ee0b40>. Acesso em: 01 out. 2019.

_____. Tribunal Regional Federal da 3^a Região (17^a Vara Cível Federal de São Paulo). *Processo n. 5009720-21.2017.4.03.6100*. Magistrado: Juiz Federal Paulo Cezar Duran, 31/07/2017. Disponível em:

<https://pje1g.trf3.jus.br/pje/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/listVie.w.seam?ca=c1b7db19508f526df25eec1774fa7a1439b484d172d84d8e>. Acesso em: 01 dez. 2019.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Direito do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. *Programa de Direito do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

DANTAS, Marianna Paes. *O conceito de consumidor sobre a perspectiva do princípio da isonomia*, Revista Direito UNIFACS, n. 190, *online*, 2016.

EFING, Antônio Carlos. *Fundamentos do direito das relações de consumo*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2004

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

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

LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Trad. Espanhola: Jaime Santos Briz. Trad. livre. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958.

LUCCA, Newton de. *Direito do consumidor*. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: RT, 2004.

_____. *Contratos de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais*. 9. ed. atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MARTINS, Humberto. *Relações de consumo na visão do Superior Tribunal de Justiça (Parte 1)*. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2016-ago-15/direito-civil-atual-relacao-consumo-visao-superior-tribunal-justica-parte#_ftn1. Acesso em: 14 out. 2019.

MELO, Nehemias Domingos de. *Dano moral nas relações de consumo: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. *Discriminação no consumo vai além dos ingressos para mulheres em festas*. In: Revista Consultor Jurídico, 5 jul. 2017, *online*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jul-05/garantias-consumo-discriminacao-consumo-alem-ingressos-mulheres-festas>. Acesso em: 02 nov. 2019.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil – Vol. 3: Direito das Coisas*. 37ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; TARTUCE, Flávio. *Manual de direito do consumidor: Direito material e processual*. 3ª ed. São Paulo: Método, 2014.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. *A Proteção Constitucional do Consumidor*. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

NUNES, Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica*. Revista Trimestral de Direito Público, n. 15, *online*, 1996.

SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho. *Código de Defesa do Consumidor Anotado e Legislação Complementar*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

UNIÃO EUROPEIA. *Directiva 2004/113/CE do Conselho, de 13 de dezembro de 2004*. Trad. livre. Bruxelas: Jornal Oficial da União Europeia, 2014. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32004L0113&from=PL>. Acesso em 01 dez. 2019.