



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

JOÃO GABRIEL SANTOS NEVES

**RESTRIÇÃO DE CLIENTELA A ESTABELECIMENTOS ABERTOS
AO PÚBLICO POR CONTA DE DECISÕES EMPRESARIAIS
PAUTADAS EM VESTUÁRIO: ANÁLISE DA JURIDICIDADE DO
PODER GERENCIAL NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO
CONTEMPORÂNEO**

Salvador
2015

JOÃO GABRIEL SANTOS NEVES

**RESTRIÇÃO DE CLIENTELA A ESTABELECIMENTOS ABERTOS
AO PÚBLICO POR CONTA DE DECISÕES EMPRESARIAIS
PAUTADAS EM VESTUÁRIO: ANÁLISE DA JURIDICIDADE DO
PODER GERENCIAL NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO
CONTEMPORÂNEO**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Fábio Periandro.

Salvador
2015

Dedico à minha família e amigos,
Em especial a Pedro Tanure,
Mestre em Economia e referencial nesta ciência,
Que tanto me ajudou nesta jornada.

RESUMO

Trata-se o presente trabalho de uma exposição acerca de normas contidas no ordenamento jurídico pátrio que versam sobre a relação jurídica de consumo, dentre eles, o Princípio da Igualdade, com uma abordagem mais crítica acerca da vedação aos atos discriminatórios, do Princípio da Liberdade, com um maior foco na livre iniciativa e liberdade para contratar, com posterior explanação acerca da aplicação destes princípios constitucionais em uma possível antinomia. Também há a exposição de normas infraconstitucionais, sobretudo as disposições do Código de Defesa do Consumidor, com posterior explicação e exposição da importância econômica dos fornecedores de serviços à população, trazendo um viés extrajurídico, essencial ao entendimento desta tese. Por fim, há a presença das disposições legais que versam sobre o controle exercido pelo Poder Público perante os particulares com o intuito de adequar suas atividades ao interesse público coletivo. Tudo exposto no presente trabalho visa entender a relação jurídica de consumo, suas implicações na sociedade brasileira capitalista e procurar determinar se a prática de segmentação de mercado por critérios de vestimenta, com a efetiva discriminação de consumidores, é uma prática proibida ou não pelo ordenamento jurídico. O que se buscou na presente tese foi suprir uma lacuna apresentada na jurisprudência e doutrina acerca do tema: pouco se fala acerca da possibilidade, ou não, de se limitar a entrar de pessoas em estabelecimentos de lazer, apenas, e de acordo, com a vontade exclusiva do empresário fornecedor do serviço, que, pela sua manifestação de vontade, veda o acesso e ao gozo de seus serviços por meio de manifestação de vontade, muitas vezes abusivas. E o que se observa no meio corporativo é a utilização do argumento da liberdade gerencial do empresário, que pode definir quem poderá usufruir do serviço e quem não, da maneira que lhe convier.

Palavras-chave: consumo; proporcionalidade; discriminação; livre iniciativa; vestimenta.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO

2 DOS DIREITOS E DEVERES CONSTITUCIONAIS

2.1 DO DIREITO DE IGUALDADE

2.2 DO DIREITO DE LIBERDADE: DESDE A PERSPECTIVA INDIVIDUAL ATÉ O INTERESSE DAS SOCIEDADES EMPRESARIAIS

3 A APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: O SOPESAMENTO DE NORMAS EM MESMO PLANO HIERÁRQUICO

4 DOS DIREITOS E OBRIGAÇÕES CONSUMERISTAS E CÍVEIS

4.1 DISPOSIÇÕES PRESENTES NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

4.1.1 Campo de aplicação

4.1.2 Situação jurídica de consumo

4.1.3 A expressão da situação jurídica de consumo

4.2 O CONTROLE DA ATIVIDADE EMPRESARIAL PELO PODER PÚBLICO

4.2.1 A tutela administrativa

4.2.2 A tutela jurisdicional

5 A PROTEÇÃO DO ESTABELECIMENTO COMERCIAL E SUA IMPORTÂNCIA ECONÔMICA

5.1 A IMPORTÂNCIA DOS BENS DE PRODUÇÃO

5.2 A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE EMPRESARIAL

6 CONCLUSÃO

REFERÊNCIA

1 INTRODUÇÃO

É possível se observar ao longo da história que o galgar do ser humano enveredou-se, desde o seu início, para o desenvolvimento individual e na busca de sua própria evolução e crescimento, em conjunto com o desenvolvimento daqueles que são seus semelhantes e daqueles que estão à sua proximidade em ambiente familiar.

Desde a época que o homem, em sua autonomia individual, criou discernimento e autodeterminação, voltou seus atos para uma satisfação, desde fisiológica até as de natureza psíquica, na tentativa de uma melhoria de vida e facilitação das adversidades enfrentadas por ele.

Já em uma perspectiva coletiva, o ser humano foi se subdividindo e se agregando em grupos comunitários, com interesses e características em comum, separados também e muitas vezes, por barreiras geográficas e territoriais.

Neste contexto, tornou-se necessário pensar a coletividade como um organismo coeso, que busca uma satisfação única. Um único grupo que, por ter membros que se identificam de acordo com suas reais necessidades e aspirações, deve voltar suas ações em favor de um bem comum e coletivo, além de satisfazer os requisitos e vontades individuais.

Surge então a Economia – e seus modelos de Ordem Econômica – que tenta, na medida do possível, estudar o comportamento humano dentro desta sociedade e relacioná-lo com os meios de produção existentes.

O ser humano, então, torna-se preponderantemente capitalista, de modo que a sociedade econômica revela-se em três características essenciais: a) a propriedade privada dos meios de produção; b) sistema de mercado baseado na livre iniciativa e da empresa privada; c) processos de racionalização dos métodos de valorização de capital e exploração de setores de mercado.

Desta forma, o emprego do capital e do trabalho pelo ser humano, inserido em uma sociedade, torna-se o meio de produção econômico principal.

Ou seja, o que traz desenvolvimento humano, melhoria da qualidade de vida das pessoas e a expansão das tecnologias existentes é a força do trabalho humano, em conjunto com o capital.

Nesta esteira, os homens livres que buscavam sempre o melhor pra si, de forma individual, acabavam conduzindo a sociedade para um bem comum, em um conjunto de forças guiadas pelo interesse egoístico. Esta é a ideia principal da teoria Liberal.

Neste contexto de competitividade individual, onde todos buscavam locupletar-se através do desenvolvimento de seu próprio trabalho, ou aplicando seu capital em algum tipo de investimento – nesta perspectiva, não só o investimento financeiro bancário mas também a criação de atividades empresariais –, acontece o fenômeno da concorrência. Aparecem os conceitos econômicos de oferta e procura, onde as regras de mercado regulam os preços dos serviços, refletindo no lucro das atividades.

Com a concorrência, percebe-se a importância da livre iniciativa. Esta, que é a maior expressão da liberdade individual no setor econômico, determina que a escolha e o exercício do trabalho, ou do desenvolvimento de alguma empresa, são livres e condicionados apenas às vontades do exercente da atividade, não devendo o Estado se opor a ela. A competitividade faz com que o empresário procure novas alternativas para especificar seu negócio, tentando trazer algo novo para o seu mercado consumidor e inserir o conceito de inovação na sua própria atividade.

Este é um dos pilares do presente trabalho. Muitas das escolhas gerenciais dos administradores e sócios de uma atividade empresarial derivam da livre iniciativa. Esta é a principal expressão da liberdade no meio comercial e decorrência direta do Princípio da Liberdade.

A livre iniciativa é prevista pela Constituição Federal Brasileira de 1988 duas vezes. Inicialmente em seu artigo 1º, inciso IV, e depois em seu artigo 170, também inciso IV. Veja, o constituinte originário atribuiu a este instituto a importância de fundamento da República e também princípio da Ordem Econômica.

A Ordem Econômica Constitucional é um dever-ser previsto pelo texto constitucional, que determina limites e objetivos gerais nos quais a atividade econômica, em sentido amplo, deverá seguir, com o respeito às demais parcelas jurídicas de todo o ordenamento.

Porém, a Constituição Brasileira então vigente não prevê apenas princípios de ordem econômica. Há também os Direitos Sociais, os Direitos Fundamentais, os Princípios Fundamentais, o Princípio da Separação dos Poderes, dentre outros.

Destes, é imperioso destacar também o Princípio da Igualdade, já que há recorrente aplicação dele no cotidiano econômico, tanto na perspectiva do exercente de atividade empresarial, como daqueles que gozam deste serviço, por meio de contrato de consumo.

O princípio da igualdade é representado pela livre iniciativa e concorrência. Estes dois princípios, além de serem reflexos do princípio da liberdade, conforme exposto linhas acima, refletem também a igualdade, já que por meio destes, o empresário é tratado de forma igual perante os atos do poder público que deverá tratar de forma isonômica estes agentes econômicos.

Não obstante esta proteção aos agentes econômicos há também o outro lado da Igualdade: esta também iguala os seres humanos naturais. Estes sujeitos naturais se relacionam com muitos dos agentes econômicos existentes, por meio de negócios jurídicos, como contratos de prestação de serviço, dentre outros.

Este Princípio foi garantido também pelo constituinte originário que o promulgou desde o primeiro dia da eficácia da Lei Maior Constitucional, em seu artigo 5º. Tal Princípio determina que todos os seres humanos são iguais perante a lei, sendo defeso também a criação de normas que são desconformes com a isonomia.

Não é fácil resolver quando se está em jogo a aplicação de duas normas de peso constitucional, ou seja, estão perante o ordenamento jurídico em pé de igualdade hierárquica, afastando por completo a técnica hermenêutica de “aplicação da norma superior em detrimento da inferior”.

Nesta esteira, é válido lembrar que os princípios, apesar de terem aplicação imediata no mundo jurídico, não são ilimitados, encontrando limites nos outros princípios elencados pela própria Constituição Federal. Assim, no caso de conflito entre estas normas, deve-se aplicar o sopesamento – também chamado de ponderação – destes princípios, ou seja, deve-se utilizar frações dos direitos previstos por cada norma, de forma a dar eficácia a ambas, garantindo e sustentando o sistema, de forma a compatibilizar todas as normas envolvidas no caso concreto. Este tema será melhor explorado em linhas a frente na presente tese.

Percebe-se então que a Economia tem um forte laço de dependência com o Direito – e vice versa. A ciência econômica percebe a necessidade de regulamentação de relações que acontecem na prática econômica, mas muitas vezes o Direito não segue esta demanda social.

O mundo econômico moderno se mostra cada dia mais diversificado, com o exercício de atividades econômicas complexas e um grande número de particularidades. Diante dessa grande concorrência, em virtude também das evoluções tecnológicas sofridas pela humanidade, o empresário busca alcançar este grau de competitividade e se consolidar no mercado, adotando diversas políticas e posicionamentos.

Nos dias de hoje é possível a especialização do negócio em graus mais elevados que nas décadas anteriores, ampliando o leque de opções de investimento setorial. O empresário que foge do comum e da mesmice se consolida em um determinado seguimento e atrai um mercado consumidor cada vez mais exigente. Este binômio, evolução tecnológica e aumento da exigência do mercado consumidor, incentiva o aparecimento de ideias diferenciadas e inovadoras, com o objetivo de elevar a captação de lucros – ou no mínimo garantir a sobrevivência da atividade empresarial.

Neste cenário em que o exercício da atividade empresarial, em tese, é livre, atendendo inclusive aos preceitos econômicos da livre concorrência e iniciativa garantidos na Constituição Federal em seu artigo 170, compreendido no Título VII: Da Ordem Econômica e Financeira, há o fomento à criatividade. Há, então, uma cooperação sistêmica interessantíssima: ao mesmo tempo em que o ordenamento jurídico busca a livre iniciativa, a comunidade empresária necessita dela como instrumento de diferenciação e, em outros casos, sobrevivência.

Assim, em um princípio da ordem econômica, a Constituição Federal incentiva esta conduta como catalizadora da economia nacional, já que com o fortalecimento da comunidade empresarial há uma expansão do mercado consumidor interno, a geração de empregos, o aumento de capacidade financeira das pessoas e a elevação do Produto Interno Bruto, ou seja, crescimento econômico em perspectiva social e coletiva; concomitantemente com a outorga ao empresário, na perspectiva individual, de ampla liberdade de gerenciamento de negócio.

Nesta esteira, vem aparecendo nos últimos anos diversas empresas voltadas para um público mais especializado e restrito, muitas vezes prestadoras de um serviço dito “classe A” e direcionado para as classes com maior poder aquisitivo. O empresário então, no afã de conquistar tais mercados e consolidar o seu serviço, restringe sua atividade a determinado público que, a seu juízo, possui as características específicas daquele mercado consumidor, e com isso, estabelece regras de conduta ou adequação para aqueles que buscariam o gozo de seus serviços.

O problema é que a oferta do serviço é pública e muitas vezes apresenta lacunas na anúncio, gerando confusão entre os consumidores sobre os requisitos apresentados pelo prestador de serviço.

É onde ocorre o litígio. E diante do litígio, há interesse jurídico pela resolução pacífica da demanda. Afinal, o Estado tem o dever de tutelar aquele que é considerado titular de Direitos pelo ordenamento jurídico pátrio.

De um lado, está o prestador de serviço que busca limitar a entrada dos consumidores de sua atividade, tentando traduzir um conceito ao seu ramo empresarial; e de outro está o consumidor que, ou é ignorante acerca dos requisitos apresentados previamente pelo empresário para o gozo pacífico de seus serviços, ou é conhecedor da limitação imposta mas entende ser merecedor ao gozo do serviço mesmo sem cumprir com os requisitos apresentados pelo estabelecimento, sobretudo quando tem condições financeiras para remunerar o contratante conforme a oferta apresentada.

Merece atenção a situação do empresário que limita a entrada de pessoas pelo critério da utilização da roupa com que elas se apresentam no estabelecimento comercial.

Esta situação jurídica é rara na realidade brasileira atual, estando presente no mundo fático econômico, porém um tanto ausente no ambiente jurisprudencial. Há pouca discussão acerca deste tema nos tribunais, já que poucas dessas lides – para não dizer quase nenhuma, já que, em sua maioria, o consumidor que não apresenta vestimenta “adequada” para determinado ambiente se sente constrangido e se retira daquele estabelecimento, procurando outro similar – são levadas às portas do Judiciário.

Há, também, pouco material doutrinário sobre o tema, sendo esta uma realidade discutida poucas vezes no ambiente acadêmico-jurídico.

Diante de tal relevância socioeconômica e jurídica, há a patente necessidade de se discutir acerca dessa realidade comercial, onde se percebe um maior número de consumidores descontentes com as limitações impostas pelos proprietários de estabelecimento de lazer e, de outro lado, um grupo expansivo destes empresários que não sabem exatamente onde está o limite de suas esferas de direitos sem violar as normas civis, constitucionais e consumeristas sobre o assunto.

Com os questionamentos suscitados por este tema se tem, no presente trabalho, os objetivos gerais de identificar o conceito de direito econômico, e seu reflexo sobre a atividade

empresarial exercida por particulares no Brasil, analisar os direitos individuais da liberdade para contratar, tanto na perspectiva do indivíduo consumidor como na do outro contratante, e delimitar, através da aplicação da Teoria dos Pesos e Contrapesos, com posterior análise dos dispositivos legais, o alcance do direito gerencial do empresário para que este não viole e macule a esfera dos direitos dos consumidores.

Para tanto, é necessário se fazer um exercício dialético comparativo entre duas esferas distintas de direitos: aqueles relativos ao empresário ofertante de serviços de entretenimento, em contra ponto com outros, de natureza consumerista, daqueles que buscam gozar deste serviço.

Nesta relação bipolar, característica intrínseca ao arquétipo da maioria das relações jurídicas conhecidas na atualidade, há um conflito de interesse entre aquele que oferta um serviço de entretenimento, ou seja, serviço não essencial e desta forma não relacionado às necessidades básicas humanas, e o outro que busca a satisfação pessoal eventual.

A princípio, tal negócio jurídico não apresenta qualquer especialidade, bastando a presença dos já conhecidos requisitos de existência, validade e eficácia, expostos e definidos pelo Direito Civil Brasileiro para a regular prática destes atos no mundo dos fatos.

Porém, o ordenamento jurídico brasileiro garante, dentre outras garantias, a liberdade gerencial àquele que toca seu próprio negócio, conferindo ao prestador de serviço amplo poder de escolha das diretrizes empresariais que este futuramente poderá decidir. Assim, em uma análise rasteira e míope, o que é pertinente a este momento introdutório, ao princípio da liberdade de contratar, percebe-se que o dono do estabelecimento pode, em tese, escolher com quem celebrará este contrato de prestação de serviço, discriminando – na acepção pura da palavra – aquele que julga merecedor ao gozo de seu serviço daquele que não.

Não se quer discutir aqui aquelas situações em que há negativa de prestação de serviço por falta de matéria prima, recuperação judicial e falência da atividade empresarial, ou greve de empregados. Tais situações já são definidas pelo direito positivo e representam cenários excepcionais, onde a manifestação de vontade da empresa encontra-se maculada por fatos externos não relativos à sua faculdade gerencial.

Também se exclui aqueles serviços ditos essenciais, como a prestação de atendimento relacionado à saúde do consumidor, à educação, atendimentos emergenciais ou quaisquer outros relacionados aos serviços públicos praticados pela Administração Pública direta ou indireta, ou por particulares em regime de cooperação com o Poder Público.

O cerne da presente discussão gira em torno da manifestação de vontade livre e consciente daquele que administra uma atividade empresarial de natureza supérflua, como eventos de entretenimentos, restaurantes, boates noturnas ou shows temáticos. Aqui, a sociedade empresarial, por meio de seus sócios ou administradores, limita a entrada de pessoas em seus estabelecimentos, por critérios não regulamentados por norma estatal genérica, como a não adequação de vestimenta do consumidor às regras impostas pelo prestador do serviço, ou por característica inerente à pessoa-consumidor, que não se enquadra ao seu público-alvo, por exemplo.

Excluem-se também, neste momento, discriminações vedadas expressamente na Constituição Federal Brasileira de 1988, em seu artigo 5º, como as relacionadas ao gênero, raça ou convicção religiosa.

Com isso, levanta-se o questionamento: é legal, ou até constitucional, impor limites discriminatórios contra os potenciais consumidores de um serviço de entretenimento praticado por um particular? Mesmo se a discriminação não for defesa em lei ou dispositivo constitucional?

Com tais questionamentos que se aprofundará este trabalho.

2 DOS DIREITOS E DEVERES CONSTITUCIONAIS

Incidem sobre a relação jurídica de consumo tanto normas infraconstitucionais, que são as leis e regras não presentes no bojo da Constituição Federal, como as disposições presentes no texto da Constituição brasileira.

Para se entender acerca da legitimidade de condutas praticadas pelos particulares, se faz necessário analisar, em primeiro lugar, as disposições constitucionais acerca do tema e, em um momento posterior, analisar as regras específicas que também se aplicam a este, para ser possível entender se estes atos praticados são constitucionais e legais. Por critérios didáticos, se iniciará a exposição das normas constitucionais e, em momento posterior, sobre as normas infraconstitucionais.

2.1 DO DIREITO DE IGUALDADE

O Direito de Igualdade é um dos princípios fundamentais previsto na CF/88, em seu artigo 5º, *caput*, e em alguns de seus incisos.¹ Pela leitura direta e míope desse *caput*, todos são iguais perante a lei, não podendo haver distinções de qualquer natureza.

Porém, antes de se pensar em Igualdade, o ser humano em sua atividade racional buscou entender primeiramente a desigualdade, já que, em verdade, é esta que influencia atos humanos e o que determina muitas vezes a postura social de alguns indivíduos diante de suas relações intersubjetivas. Esta vem sendo discutida e estudada muitos anos antes da promulgação da Constituição Federal Brasileira então vigente.

Para alguns pensadores, como Rousseau, que doutrinou acerca de diversos temas no século XVIII, tal instituto é, antes de um conceito jurídico, uma essência da própria natureza do homem. Por Rousseau, há duas espécies de desigualdade: de um lado a natural, que decorre da própria natureza da vida humana, como as diferenças entre os recém-nascidos e os idosos, ou entre aqueles providos de maior força física daqueles que são franzinos; e do outro lado, a desigualdade política ou moral, aquela que é condicionada por uma convenção social e

¹ 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.

estabelecida pelo consentimento dos homens, ainda que inconscientemente, que desequipara os integrantes de uma sociedade por critérios de prestígio, fama, dinheiro ou poder.²

Aristóteles também deu importância ímpar ao conceito de igualdade quando entendeu, em sua época, que a ideia de justiça estaria vinculada à ideia de igualdade. Aquela seria alcançada se, no plano normativo, todas as normas fossem idealizadas de uma maneira que se desigualasse os desiguais e igualasse os iguais.

Atualmente, a Constituição Federal de 1988 garantiu uma igualdade virtual³ a todos os brasileiros e residentes em território nacional, havendo um tratamento igualitário a todos diante da lei. Portanto, não pode haver discriminações desarrazoadas, ou em última análise, tratamento não igualitário aqueles que são iguais por suas próprias características.

Esta determinação de “igualdade perante a lei” traz ao legislador a obrigação de criar ditames jurídicos que são condizentes com o mandamento material da igualdade, previsto na Constituição, a norma máxima de um ordenamento jurídico. Assim, ao se elaborar instrumentos normativos, o legislador deve observar os fatos mundanos, determinar as igualdades de condições dos sujeitos correlacionados a estes fatos de idênticas características e aplicar a estes a destinação jurídica semelhante, sem esquecer-se de diferenciar os fatos que não possuem esta mesma forma, atribuindo outras consequências diversas das anteriormente estabelecidas. Desta forma, em tese, a própria norma estabeleceria a distinção entre aqueles indivíduos que se relacionam aos fatos normativos, atribuindo-se critérios objetivos de diferenciação, se possível for.⁴

Uma norma estaria igualitariamente perfeita se previsse de forma objetiva todos os critérios de diferenciação entre os destinatários daquela norma, de modo que todos os aspectos que tornam de fato diferentes aqueles que se envolvem com determinada lei não fossem ignorados durante a produção legislativa. O que se quer dizer é que uma norma deve prever o que diferencia os homens no mundo real, havendo obrigatoriamente uma correspondência entre o plano mundano e o plano normativo.

Porém, nem todo o conjunto de desigualdades deve ser considerado na produção legislativa. Há certas desigualdades que não são relevantes para certos tipos de desequiparações e que não devem ser utilizadas como parâmetro para a diferenciação. É aqui que a proporcionalidade deve ser utilizada durante a criação das leis. O legislador deve pensar na adequação daquele

² SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Editora Malheiros, 2015, p 214

³ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p.35

⁴ SILVA, José Afonso da. *Op.cit.*, 2015, p 218

aspecto de diferenciação na hora de estipular o campo de aplicação da lei. Assim, deve-se entender que a desigualdade entre os sujeitos de direito é sempre relativa e estabelecida para determinadas situações elencadas pelos instrumentos normativos, mas quase nunca absolutas.

⁵Revivendo Rousseau, as desigualdades naturais são sempre absolutas se observadas isoladamente, enquanto que as morais são relativas, também se olhadas isoladamente.

A título de exemplo, uma pessoa obesa pode perfeitamente ser considerada em posição de desigualdade a uma pessoa subnutrida em um evento de luta de boxe olímpico, já que o fator “estrutura e peso corporal” é um aspecto relevante nesse embate esportivo. Porém, essas mesmas pessoas não podem nunca ser consideradas desiguais durante a realização de uma prova técnico-objetiva escrita, pertencente a um procedimento de concurso público, pelo critério de “estrutura e peso corporal”. Elas podem apresentar diferentes conhecimentos técnicos durante a realização da prova, mas com certeza não é a quantidade de gramas que determina quem é mais bem preparado na oportunidade de realização da prova. E este não deve ser um critério de desequiparação em um concurso público teórico.

O ato de tratar desigualmente os desiguais deve obedecer, obviamente, aos limites da razoabilidade, devendo a diferenciação se limitar à circunscrição da natureza das reais diferenças. Ou em outras palavras, o critério de diferenciação deve obedecer aos limites e às características das diferenças reais, no mundo factível. A natureza da diferença deve limitar a diferenciação. Sobre este tema, indispensável é o ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello:

as discriminações são recebidas como *compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão-somente quando existe um vínculo de correlação lógica* entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, *desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição.*⁶

Toda essa diferenciação controlada deve ser buscada em nome de um interesse público e social. Afinal, em um país marcado por desigualdade, nada mais justo e probo do que compensar as desigualdades através da aplicação científica do Direito, tudo em busca da equivalência material entre os cidadãos.⁷

⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Editora Malheiros, 2015, p 218

⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. São Paulo: Editora Malheiros, 2010, p.17

⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Editora Malheiros, 2015, p 214

A aplicação da igualdade – ou, se preferível for, a aplicação da isonomia, ou ainda, da discriminação razoável subjetiva – opera em dois⁸ planos distintos: em um primeiro momento, pelo legislador ou pelo Poder Executivo em seu exercício de criação normativa; e também em outro momento, no exercício da atividade interpretativa praticada no momento em que se aplicam as leis, tanto pelo poder público, na forma de julgamentos judiciais ou administrativos,⁹ como também pelos particulares.¹⁰

No momento em que o legislador cria as normas – a palavra “norma” aqui aplicada no sentido *lato*, ou seja, qualquer espécie de instrumento normativo – ele deve respeitar a igualdade, tratando todos aqueles destinatários da norma de maneira proporcional e isonômica. É um requisito, portanto, do processo legislativo.

Já no momento de aplicação das leis, a Administração Pública deve praticar seus atos administrativos com o método isonômico, respeitando tanto as igualdades como as diferenças dos destinatários da norma, em respeito ao interesse público e também de acordo com os interesses dos administrados.

A igualdade e a vedação à discriminação desarrazoada devem ser observadas tanto pelo poder público, no momento de elaboração das leis e nos julgamentos dos dissídios individuais e coletivos, como pelos particulares, sejam pessoas naturais humanas ou pessoas jurídicas, sobretudo aquelas que prestam serviço à população em geral, fornecem produtos, ou que tenham contato com um sem número de pessoas, mesmo que de forma filantrópica.

Assim, durante a vida em sociedade, o ser humano não pode sofrer qualquer tipo de desequiparação desarrazoada, afinal todos são seres humanos do mesmo jeito. Cada um deve tratar seus semelhantes igualmente, em respeito mútuo.

Com o passar dos anos, e com o desenvolvimento da doutrina a respeito da igualdade, percebeu-se que o conceito de igualdade formal é incompleto, devendo todo homem ser equiparado com aqueles que possuem as mesmas características e desequiparados daqueles que não possuem os mesmos atributos. Em outras palavras, os iguais devem ser tratados igualmente e os desiguais desigualmente.

⁸ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p.36

⁹ Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno - Mandado de Injunção nº 58/DF. Relator: Carlos Velloso. Ano: 1991.

¹⁰ SILVA, José Afonso da. *Op.cit.*, 2015, p 220

Veja, este novo – não tão novo assim, já que remonta à época de Aristóteles¹¹ – conceito doutrinário é amplamente aceito e conduz a uma ideia de discriminação: segrega-se aqueles indivíduos que possuem as mesmas características e particularidades de outros que não as têm. Daí já se percebe que a discriminação, via de regra, não é um comportamento vedado pelo ordenamento jurídico constitucional.

A discriminação de pessoas está intrinsicamente presente na ciência do Direito. Quando uma lei determina uma consequência jurídica aquele que executa um ato semelhante com o preceito primário de uma norma, sem se atribuir o mesmo valor aqueles que não agem da mesma forma, há uma discriminação no plano abstrato.¹²

Assim, por exemplo, quando a Constituição Federal garante prerrogativa de foro ao Presidente da República quando este estiver envolvido em eventual processo jurisdicional, ela está segregando aquele que ocupa tal cargo do poder executivo das demais pessoas. Tal situação representa nada mais nada menos que uma discriminação.

A norma está determinando que a pessoa exercente do cargo máximo do poder executivo da República Federativa do Brasil nunca poderá ser julgada de acordo com os mesmos procedimentos que um homem médio comum. Ou, quando a lei civil prevê, em um outro exemplo, que o devedor solidário de uma obrigação responderá diferentemente daquele que assumiu outra obrigação de forma solitária, esta traz o entendimento de que a natureza diversa das obrigações tem o condão de trazer consequências jurídicas diversas, e assim será também para aqueles que estiverem envolvidos noutras situações jurídicas desprovidas de semelhança.

Em resumo, a produção legislativa, mesmo aquela que não apresenta nem vícios materiais como também os de natureza formal – esta lei perfeita material e formalmente é o foco deste raciocínio aqui presente, já que sobre as normais eivadas de vícios não se há interesse, já que possuem, desde o seu nascimento, inadequação jurídica –, é discriminatória em sua própria essência. Legislar é, antes de tudo, escolher situações jurídicas e discriminar estas do restante e, por conseguinte, segregar pessoas que se envolvam nessas situações jurídicas hipotéticas.

(...), a lei erigiu algo em elemento diferencial, vale dizer: apanhou, nas diversas situações qualificadas, algum ou alguns pontos de diferença a que atribuiu relevo para fins de discriminar situações, inculcando a cada qual efeitos jurídicos correlatos e, de conseguinte, desuniformes entre si.¹³

¹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. São Paulo: Editora Malheiros, 2010, p.10

¹² *Ibidem*, p.13

¹³ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Editora Malheiros, 2015, p 13

Partindo-se dessa premissa, é cabido indagar quem é igual e quem é desigual, no mundo dos fatos e na hora em que são aplicadas as leis. Ou, em outras palavras, é necessário se procurar saber qual o elemento normativo que permite haver tal diferenciação, e como esta se opera. Procurar também qual a justificativa jurídica, então aceita pelo ordenamento, para se operar as discriminações, e como a norma constitucional permite essa diferenciação. Assim, é imperioso se saber como e quando a discriminação será legítima.

A primeira vista, a resposta seria “a lei determinará como se fará esta discriminação, no caso concreto”. Porém, de maneira abstrata e ampla, o próprio princípio da igualdade determina também que o Estado não poderá impor normas discriminatórias, caindo por terra esta afirmativa.

Assim, a problemática gira em torno dos limites do que a própria Constituição estabelece para o Princípio da Igualdade, afinal, como é sabido no mundo jurídico, não há princípio totalmente absoluto que supere sempre, de forma inexorável, a aplicação de qualquer outro.

E mais: a própria CF/88, em seu artigo 3º, inciso IV, repulsa qualquer tipo de discriminação.¹⁴

É importante lembrar mais uma vez, porém, que a lei, em sua função originária, discrimina fatos e pessoas e aplica uma destinação específica a estes elementos escolhidos. Em seu preceito primário, seleciona objetos especiais aos olhos da lei, e assim, em seu preceito secundário, determina as consequências jurídicas aplicáveis toda vez que os fatos selecionados anteriormente aconteçam ou quando as pessoas que carregam as características ali previstas se envolvam na prática de atos. Aqui se excetua, logicamente, as normas procedimentais e programáticas, que apenas preveem formalidades. Nas palavras de Celso Antônio:

O princípio da igualdade interdita tratamento desuniforme às pessoas. Sem embargo, consoante se observou, o próprio da lei, sua função precípua, reside exata e precisamente em dispensar tratamentos desiguais. Isto é, as normas legais nada mais fazem que discriminar situações, à moda que as pessoas compreendidas em umas ou em outras vêm a ser colhidas por regimes diferentes. Donde, a algumas são deferidos determinados direitos e obrigações que não assistem a outras, por abrangidas em diversas categorias, regulada por diferente plexo de obrigações e direitos.¹⁵

¹⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Editora Malheiros, 2015, p. 214

¹⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. São Paulo: Editora Malheiros, 2010, p.12.

Nesta esteira, percebe-se que é em verdade permitido ao Legislador criar leis que discriminam, já que esta é a própria função da norma. É importante, porém, se saber quais os limites dessa discriminação e como esta deva se operar.

Muito se diz que o primeiro grande limite à discriminação de pessoas encontra-se nos artigos 3º, 5º e 7º da Constituição Federal Brasileira de 1988. No artigo 3º há a previsão do inciso IV, que veda a discriminação em razão da origem, sexo, cor e idade. Já no primeiro inciso do artigo 5º, há a vedação expressa da discriminação por gênero. Após, no artigo 7º, veda-se a discriminação salarial em razão de deficiência física. Por conta da existência de tais dispositivos constitucionais, comumente se diz que é expressamente defeso se discriminar as pessoas por estes motivos, em qualquer ocasião, independente das particularidades do caso concreto.

Porém, este entendimento não está correto.

Inicialmente é relevante se explicar que tais vedações foram inseridas no texto constitucional por conta do processo histórico de perseguições e preconceitos sofridos pelas ditas minorias sociais, tanto no contexto evolutivo social brasileiro como no resto mundo.

Interpretar tais vedações desta maneira é fugir da *real mens legis* desses dispositivos. Em realidade, tais disposições visam assegurar que a sociedade que viria a ser construída sob a égide dessa Constituição seria calcada na justiça e na igualdade material dos particulares. O que se busca com esses dispositivos é proibir a discriminação com o fim em si mesmo, ou, nas palavras de Celso Antônio, tenta-se afastar a discriminação “*só por só*” baseada apenas nessas temáticas. Houve uma seleção das discriminações mais recorrentes no meio social, daquelas que são criadas e utilizadas com o único intuito de alimentar o ódio às diferenças, e vedou-se a sua prática.¹⁶

Destarte, “é certo que *fator algum pode ser escolhido aleatoriamente, isto é, sem pertinência lógica com a diferenciação procedida.*”¹⁷ Não é possível se discriminar de maneira aleatória, sem a sua correspondência com o fator natural usado como discriminem. O que o princípio da igualdade visa evitar é a aplicação de discriminações “*fortuitas e injustificadas*”¹⁸

Esta tese se corrobora com o próprio texto constitucional, que prevê situações de discriminação em razão de gênero ou de idade, como por exemplo, quando prevê em seu

¹⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. São Paulo: Editora Malheiros, 2010, p.18

¹⁷ *Ibidem, loc.cit.*

¹⁸ *Ibidem, loc.cit.*

artigo 5º, inciso XLVIII, que haverá tratamento diferenciado para aqueles que forem condenados por pena de reclusão, de acordo com a idade e o sexo do apenado. Ou seja, a própria norma constitucional prevê uma discriminação em razão de gênero e de idade, determinando que pessoas de sexo distinto, ou de idades avançadas, não poderão ser expostas em mesmo ambiente, e em iguais situações que outras mais novas e do sexo masculino. Outro exemplo que demonstra a discriminação em razão de gênero seria a previsão de aposentadoria em razão da idade de maneira distinta, de modo que a mulher se aposenta mais cedo que pessoas do sexo masculino.

Assumir que não se pode criar instrumentos normativos, sejam estes de natureza pública como as leis, ou de natureza privada, como os contratos, que prevejam discriminações em razão de gênero ou idade é assumir que há dispositivos internos na própria Constituição que são conflitantes entre si. Obviamente este não pode ser o entendimento, já que não pode haver antinomia entre duas normas presentes, ao mesmo tempo, no próprio texto constitucional. Como se sabe, a antinomia em muitas das vezes se resolve através da interpretação sistêmica das normas. Aplicar-se uma interpretação que gera uma antinomia é interpretar de maneira equivocada.

Superado este ponto, cumpre-se entender quais são os critérios que devem ser utilizados para se identificar quando uma discriminação fere a isonomia das situações que não.

Para se saber se uma discriminação é legítima deve-se analisar três elementos pertinentes a ela: a) inicialmente deve-se identificar qual o elemento escolhido como fator de desigualação; b) em segundo lugar, se saber se há correlação lógica entre este fator e a consequência jurídica dispare, estabelecida através desse tratamento jurídico diversificado; e por fim, c) se saber se esta correlação lógica está coadunada com os ditames jurídicos, ou em outras palavras, se saber se ela fere algum preceito constitucional ou legal.¹⁹

Esclarecendo melhor: tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impende analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente é, *in concreto*, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional. A dizer: se guarda ou não harmonia com eles.²⁰

¹⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. São Paulo: Editora Malheiros, 2010, p.21

²⁰ *Ibidem, loc.cit.*

O primeiro elemento representa o fator de discriminação. Aqui, não se pode escolher um critério de discriminação de aplicação presente, definitivo, absoluto e que resida em elementos que são externos à pessoa ou objeto discriminado.²¹

A aplicação presente remete à vedação ao tribunal de exceção, tendo aplicação semelhante. Da mesma forma que os jurisdicionados não podem ser julgados por uma entidade escolhida exclusivamente para desempenhar tal atividade de forma individualizada, devendo a pessoa ser julgada por órgão previamente estabelecido de acordo com as regras de competência, sob pena de se ofender a isonomia, uma pessoa não pode ser discriminada por um fator de discriminação criado para ser aplicado isoladamente no tempo presente, para afetar exclusivamente aquela pessoa. A pessoa que fora discriminada não pode ser vítima de perseguição ou favoritismo. Assim, aquele que cria um contrato ou um legislador que cria uma lei, não pode visar atingir pessoas em concreto, mas em verdade atingir pessoas num futuro incerto. O critério de discriminação deve atingir quaisquer pessoas que figurem com as características apontadas.

Também será ilegítimo o critério aplicado de forma absoluta e definitiva, de modo que se uma pessoa fugir das características pertinentes à discriminação e ainda assim se mantiver discriminada, há um flagrante de perseguição contra aquela pessoa.

Por fim, o critério de discriminação deve ater-se a elementos internos às pessoas, fatos da vida ou objetos discriminados, não podendo ser utilizados como critério de discriminação elementos presentes em coisas diversas. A título de exemplo, uma lei ou um contrato não pode tomar o tempo ou a data como fator discriminação, já que estes não podem ser controlados por aqueles que estão sendo discriminados. Assim, o período probatório para se adquirir estabilidade no serviço público não utiliza o prazo de três anos por si só para se diferenciar servidores, mas em verdade são os atos praticados por eles, dentro do período probatório, que os determina comportamento diferenciado.

O segundo elemento, que é a correlação lógica entre o fator de discriminação e a desequiparação pretendida, determina que o critério utilizado na discriminação deva ter coerência lógica. Assim, “tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é erigido em critério discriminatório e, de outro lado, se há justificativa racional para, à vista do traço desigualador

²¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. São Paulo: Editora Malheiros, 2010, p. 23

adotado, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da igualdade afirmada.”²²

Se não faz sentido lógico entre o fator de discriminação e o fim atingido, não há discriminação legítima e razoada. Para ilustrar tal situação, é imperioso se trazer à baila o exemplo dado por Celso Antônio: “suponha-se hipotética lei que permitisse aos funcionários gordos afastamento remunerado para assistir a congresso religioso e o vedasse aos magros”. Tal situação representa uma verdade irracionalidade, não havendo qualquer sentido.

É neste ponto que se percebe que qualquer fator pode ser utilizado como fator de discriminação. O que se exige, em verdade, é que haja correlação lógica entre esse fator adotado com a discriminação que dele resulta. Desta forma, se a forma física for utilizada como fator de discriminação para se prover um cargo militar que necessite de agilidade física e imponência, o fato da pessoa ser obesa ou não faz todo o sentido, ao contrário do que acontece com a supracitada lei que tem como fim a presença em congresso religioso com afastamento remunerado.

Como último elemento, deve-se saber se a discriminação pretendida coaduna com os preceitos jurídicos, tanto constitucionais como legais. Assim, a discriminação deve, além de logicamente possível, visar os interesses sociais protegidos pelo ordenamento jurídico. Citando Pimenta Bueno, Celso Antônio: “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”.²³

Assim, discriminar pequenas e médias empresas das grandes é proporcional, racional e lógico, já que de fato elas têm elementos diferenciados que merecem tal discriminação. Além disso: coaduna com o *mens legis* da Constituição, visando aquilo que se espera do texto constitucional, que é a livre concorrência, evitando-se o domínio de mercado e garantindo uma justiça social.

Portanto, há de haver um fim socialmente relevante aquela discriminação. Neste ponto, também, que a segregação de pessoas pelo critério da roupa que elas usam não pode ser considerado meio legítimo de discriminação.

²² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. São Paulo: Editora Malheiros, 2010, p. 38

²³ *Ibidem*, p. 42

2.2 DO DIREITO DE LIBERDADE: DESDE A PERSPECTIVA INDIVIDUAL ATÉ O INTERESSE DAS SOCIEDADES EMPRESARIAIS

A Liberdade nunca deixou de ser objeto de atividade intelectual do homem: sempre houve um interesse em se entender o seu real sentido e o seu grau de importância, seja esta em sua perspectiva individual, como também nas relações intersubjetivas.

Antes mesmo do homem se reunir em sociedade de maneira sedentária, a sua liberdade individual já era posta em jogo, afinal, muitos dos atos praticados pelo *homo sapiens* primitivo dependia do domínio das incertezas naturais, como as intempéries decorrentes da variação climática, as dificuldades topográficas do meio ambiente, dentre outras limitações.

Assim, antes mesmo de haver restrição à liberdade por meio da subjugação entre os povos, o ser humano enfrentava restrições naturais, fruto da sua relação com o próprio meio ambiente, de modo que não existia plena liberdade para nenhum homem. E esta limitação existe até hoje, independentemente da época em que este viva.

Obviamente que com o advento de novas tecnologias, a cada dia que passa, a sensação de independência e autodeterminação em relação à natureza é maior, e mais patente, tanto que às vezes alguns questionam, de modo leviano e precipitado, a sobreposição dos ditos poderes naturais perante as forças do homem. Porém, essa capacidade humana ainda não chegou, já que a força do homem ainda não é superior à força da natureza.²⁴

Assim, além da liberdade do homem ser limitada pelas leis da natureza, as leis dos homens também a limitam. Afinal, o homem é um ser social e que tende a viver em sociedade – pelo menos até o presente momento, onde se percebe que o comportamento social das pessoas, graças à influência das comodidades tecnológicas como a *internet*, tem se modificado em direção ao isolamento presencial, com prevalência das interações virtuais. Mas, de qualquer maneira, ainda vem sendo preservada a relação entre as pessoas.

O Direito então tem limitado a liberdade individual, já que, infelizmente, o ser humano tende a exercer dominação sobre outras pessoas, seja de maneira intelectual, moral, ideológica, como também de maneira econômica ou até por meio da força física.

²⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Editora Malheiros, 2015, p 233

A história da humanidade revela que a criatividade humana de como se exercer a dominação sobre outras pessoas é ilimitada. Em Roma se diferenciava os homens através de aspectos de gênero, como a dominação do masculino sobre o feminino, como também havia o critério político, onde aqueles ditos cidadãos romanos deveriam se sobrepor aqueles que não guardavam tal alcunha, como os estrangeiros e aqueles que nasciam escravos.

Havia também a dominação sob o aspecto econômico, já que aquele que, mesmo nascendo livre, poderia ser reduzido à condição de escravo pelo endividamento.

Ainda na antiguidade, não faltam exemplos de dominação por meio da força, quando povos eram dominados e subjugados através da guerra, a exemplo da tentativa de dominação Persa sobre a Grécia, sendo que aquela acabou fracassando em seu intento.

Percebe-se então que para se garantir a liberdade do homem concomitantemente com a paz social é necessário controle. Com isso se introduz o conceito de autoridade ao de liberdade, que em primeiro momento parece ser algo contraditório com a própria ideia de liberdade, mas que, em verdade, surge para se garantir o mínimo permitido socialmente de liberdade a cada indivíduo e se respeitar o livre arbítrio daqueles que o cercam, sendo necessária a limitação desse direito subjetivo. Essa limitação é também contida e controlada, de preferência de modo prévio, através da criação de normas específicas para tanto.²⁵

Por isso que se diz que a liberdade tem íntima relação com a legalidade. Não é a lei que cria a liberdade, afinal ela é considerada, nos dias de hoje, um direito fundamental de todo ser humano que já nasce livre²⁶, independente de posituação, mesmo esta sendo garantida primordialmente pela CFB/88 em seu artigo 5º. Mas é a lei que a limita, tornando-a possível de coexistir com outros direitos fundamentais. A limitação faz com que o detentor do direito subjetivo conviva de maneira pacífica com seus semelhantes, também detentores do mesmo direito.²⁷

A Constituição Federal Brasileira de 1988 trata de diversas espécies de liberdade, como a liberdade de opinião, a liberdade de informação, a liberdade religiosa, dentre outras. Porém tratar de todas elas foge dos objetivos principais do presente trabalho. Algumas, em especial,

²⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Editora Malheiros, 2015, p 234

²⁶ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica Na Constituição de 1988**. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 205

²⁷ SILVA, José Afonso da. *Op.cit.*, 2015, p 237

merecem cuidado, como a liberdade de contratar, a livre iniciativa e a liberdade de ação.²⁸ Afinal, estas espécies relacionam-se diretamente com a Economia e com o exercício da atividade empresarial.

A liberdade de contratar é considerada um grande passo dado pela sociedade durante o surgimento do mercantilismo e evolução em direção ao capitalismo. A consolidação dessa espécie de liberdade transferiu à classe burguesa do século XVIII a garantia de que o Estado não interferiria nas negociações entre mercadores e consumidores.

Assim, em um liberalismo puro, a celebração de contratos refletiria exclusivamente a vontade das partes envolvidas, sem a interferência externa de poderes alheios às vontades dos contratantes, como a vontade estatal ou os interesses da sociedade.

É possível, portanto, se dizer que esta espécie de liberdade nasceu ideologicamente do interesse subjetivo dos mercantilistas. Não seria possível se negociar, se esta negociação não fosse livre e dependesse direta e exclusivamente da capacidade de negociação das partes envolvidas. E mais: não haveria viabilidade na exploração de qualquer atividade comercial se pessoas alheias ao gerenciamento do próprio negócio interferissem, por exemplo, no valor monetário do objeto em discussão.

Era garantido ao mercantilista, em um elevado grau, o poder de autorregulação do negócio jurídico, de acordo com a sua vontade, dependendo este apenas com a concordância da parte contrária, sem a devida preocupação com as repercussões sociais que aquele contrato viria a produzir.

Porém, foi-se se percebendo, com o tempo, que, de fato, o contrato produz efeitos extra partes, havendo um interesse coletivo concomitante ao interesse daqueles que se envolvem diretamente com o instrumento obrigacional. Atribuiu-se importância a este efeito reflexo com a criação de instrumentos legislativos em favor deste interesse público, havendo, desta forma, uma migração do voluntarismo ao dirigismo contratual.^{29 30}

Incutiu-se a ideia da função social ao contrato, de modo que este deve sempre respeitar a boa-fé e a probidade. Este entendimento inclusive está positivado no Código Civil Brasileiro de 2002, no artigo 421: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função

²⁸ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica Na Constituição de 1988**. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 199

²⁹ *Ibidem*, p. 92

³⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, Volume 3: Contratos e Atos Unilaterais**. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p 33

social do contrato.” Há, portanto, uma relação de subordinação dos interesses individuais em relação aos interesses coletivos.³¹ Se houver colisão entre o interesse das partes e o interesse coletivo, este último deve prevalecer.³²

Logo, o Estado deve atuar de forma mais incisiva para que haja adequação entre os negócios jurídicos e as leis e princípios reguladores. Isto porque tais instrumentos obrigacionais têm o condão de moldar a estrutura econômica de uma sociedade, sendo de grande relevância para uma economia de mercado – essencialmente capitalista.³³ Devem estes ser utilizados como instrumento de justiça social, além de precipuamente garantir a vontade das partes.

Como resultado, a liberdade de contratar enseja ao contratante: a) a faculdade de ser parte em um contrato, como também não ser; b) a faculdade de se escolher com quem realizar o contrato, como também de não realizar; c) a faculdade de escolher o tipo e o modo de negócio a realizar; e d) a faculdade de estabelecer o conteúdo e o objeto do contrato segundo a conveniência das partes.³⁴

Há instrumentos normativos que regulam cada um desses elementos da liberdade de contratar, limitando-a. Sobre como o particular estipulará os elementos de seus contratos, há alguns casos no ordenamento jurídico brasileiro em que se percebe que nem sempre o contratante tem a plena liberdade na escolha do objeto e da forma contratual. Logo de início pode-se pensar nas cláusulas gerais previstas nas leis civis, que regulam de forma abstrata a maneira como se poderá contratar. A desobediência a estas normas geram a invalidade do contrato e sua posterior ineficácia. A título de exemplo, para se consumir um contrato que verse sobre a transferência de tecnologia para empresas do exterior é necessária a aprovação e registro no INPI e no Banco Central.³⁵ Contratos que tenham como objeto o mútuo financeiro, ou operações financeiras de grande porte, ou contratos de seguro, por exemplo, devem respeitar formalidades específicas, além de dever ser autorizados pelo Banco Central. Sobre a liberalidade de contratar com quem lhe convier e também, de plano diametralmente oposto, a possibilidade de recusa de contratação, há a figura do contrato coativo.³⁶ Tal espécie de contrato traz ao exercente de atividade a obrigação de celebrar contratos, independente de sua

³¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, Volume 3: Contratos e Atos Unilaterais**. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p 34

³² *Ibidem*, p 53

³³ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica Na Constituição de 1988**. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 92

³⁴ TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo: Editora Método, 2011, p. 236

³⁵ GRAU, Eros Roberto. *Op.cit.*, 2012, p. 93

³⁶ *Ibidem*, p. 96

vontade em não fazê-lo. “Neles, sempre, *apenas uma das partes é vinculada*, cabendo à outra optar por contratar ou não contratar.”³⁷ Como exemplo, tem-se a hipótese do artigo 39, inciso II do Código de Defesa do Consumidor que determina estar obrigado o fornecedor de serviço ou mercadoria atender às demandas dos consumidores, não podendo aquele recusar atendê-los, respeitando-se a medida de suas disponibilidades de estoques e a conformidade com os usos e costumes. Em relação a esta última hipótese, o presente trabalho aprofundará a questão, em razão da alta relevância com o tema aqui discutido, em linhas futuras.

Sobre a livre iniciativa, ela está prevista em dois momentos da Constituição Federal Brasileira de 1988: primeiro como um fundamento da República Federativa do Brasil, no artigo 1º, inciso IV, revelando um caráter essencialmente capitalista da sociedade brasileira que estará sob a égide deste texto constitucional; e em um segundo momento, no *caput* do artigo 170, compreendido no capítulo da ordem econômica brasileira, que determina, em linhas gerais, como deverá se desenvolver a economia deste país.

Tal princípio deve ser entendido sob duas perspectivas. Uma que determina uma imposição positiva e outra negativa, de forma secundária. Primeiro ela garante aos particulares, sejam eles pessoas físicas ou jurídicas, a possibilidade do exercício de qualquer atividade econômica produtiva, de acordo com os seus desejos e sua maneira de administrar. É a forma de garantir aos particulares o exercício de qualquer tipo de trabalho socialmente relevante que vise garantir a sua subsistência e de seus familiares. De forma reflexa, tal princípio garante um não fazer, ou uma imposição negativa, por parte do Estado, de não interferir na economia, restringindo, senão por meio de lei, esta atividade produtiva do homem. Assim, a intervenção estatal deve ser condicionada à lei, que, por conseguinte, deverá respeitar os demais princípios constitucionais, tanto em seus requisitos materiais como em suas formalidades.³⁸

Exercício de qualquer atividade econômica deve ser entendido aqui como a possibilidade de exercer qualquer tipo de profissão, seja como empregado, autônomo ou avulso, da maneira como convir ao homem, que a exercerá de maneira individual ou associada, devendo ser respeitados os limites das leis infraconstitucionais e da Constituição. Também integra este conceito a liberdade de empreender, criar novas atividades, ou exercer atividades já

³⁷ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica Na Constituição de 1988**. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 97

³⁸ TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo: Editora Método, 2011, p. 235

consolidadas, da maneira como lhe convier, sem sofrer a subordinação de qualquer tipo de gerência estatal.^{39 40}

Assim, sinteticamente, é possível estabelecer a liberdade de iniciativa no campo econômico como constituída pela liberdade de trabalho (incluindo o exercício das mais diversas profissões) e de empreender (incluindo o risco do empreendimento: o que produzir, como produzir, quando produzir, qual o preço final), conjugada com a liberdade de associação, tendo como pressupostos o direito de propriedade, a liberdade de contratar e de comercializar.⁴¹

Deve-se garantir, portanto, a liberdade de decisão ao empreendedor, que deverá escolher, de acordo com a sua conveniência, a maneira como deverá gerir seu próprio negócio.

Porém, a livre iniciativa não deve ser entendida apenas na perspectiva individual, mas também – e principalmente – de acordo com os interesses sociais.⁴² Até mesmo no início do liberalismo clássico, a ideia de livre iniciativa já sofria limitações⁴³, mas foi no período de exacerbação do Estado Social que esta recebeu um viés mais social, restringindo ainda mais o direito em sua esfera subjetiva.

Assim, há um limite ao direito de livremente exercer uma atividade econômica. Há a necessidade de se atribuir uma função social, tanto ao trabalho quanto ao empreendimento, a fim de se atingir uma justiça social, objetivo máximo da CF brasileira.

É importante lembrar, porém, que a limitação da livre iniciativa será sempre feita por lei, havendo o limite imposto pelo princípio da legalidade. Mas é importante se ter em mente que, “na falta de lei condicionadora, a liberdade será ampla, apenas devendo ater-se aos princípios constitucionais.”⁴⁴

Com isto não se quer dizer que a sociedade econômica brasileira modificou suas características, afastando a sua natureza capitalista para se aproximar de um modo de ser socialista. O capitalismo é ainda o modelo econômico adotado pelo Brasil, até porque a livre iniciativa, em conjunto com a livre concorrência e com a liberdade contratual, é a base de toda sociedade capitalista. Porém, vive-se um capitalismo neoliberal, com o devido cuidado com a perspectiva social dos direitos subjetivos.

³⁹ TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo: Editora Método, 2011, p. 237

⁴⁰ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica Na Constituição de 1988**. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 203

⁴¹ TAVARES, André Ramos. *Op.cit.*, 2011, p. 237

⁴² GRAU, Eros Roberto. *Op.cit.*, 2012, p. 198

⁴³ TAVARES, André Ramos. *Op.cit.*, 2011, p. 239

⁴⁴ *Ibidem*, p. 239

Por fim, há a liberdade geral de ação, que garante que todos os cidadãos serão livres para agir de acordo com seus livres arbítrios, desde que em conformidade com a lei. Esta liberdade se relaciona diretamente com o direito de legalidade, já que a lei haverá de limitá-la também.

Aqui é importante se diferenciar a maneira como este instituto se relaciona com o princípio da legalidade. Na perspectiva pública, ou seja, quando o sujeito de direito examinado é da esfera do Direito Público – ou, em outras palavras, quando é um ente público – a liberdade de agir é condicionada estritamente à legalidade. Ou seja, ao ente público é permitido apenas agir exatamente nos moldes de previsão da lei. Cada ato administrativo deve ter a sua permissão existente em algum instrumento normativo de forma prévia. Já na esfera privada, quando o sujeito de direito sub examine é um particular, é permitido agir de maneira livre, apenas sendo vedada a prática de atos ilegítimos, que não atentem à Constituição Federal nem às leis infraconstitucionais.

Percebe-se que a esfera de Direito pertinente à liberdade é muito maior do particular que do ente público.

Assim, diante do exposto acerca do direito de liberdade, pode o poder público limitar a liberdade gerencial do empreendedor que não esteja atento com as imposições legais e constitucionais. Se este impuser contrato com cláusulas abusivas ao seu consumidor, o Estado, pelos meios adequados de controle, deverá modificar essa situação danosa, sempre em razão do interesse público, que deverá se sobrepor aos interesses do particular empreendedor.

3 A APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: O SOPEAMENTO DE NORMAS EM MESMO PLANO HIERÁRQUICO

Em um ordenamento jurídico democrático moderno, as normas são criadas por aqueles que representam o povo, eleitos por meio de um processo de votação. Tais representantes agem pelo Estado, que por sua vez deve agir de acordo com os interesses da comunidade.

Desta forma, os instrumentos júri-normativos são, desde o seu nascimento, públicos. São criados diretamente pelo Estado que é ao mesmo tempo detentor do poder de legislar, como também aquele que atribuirá eficácia máxima aos institutos normativos criados, através da atuação do Poder Judiciário, do Ministério Público, e porque não dizer também do Poder Executivo.

Quando se fala em norma aqui, está se restringindo o objeto de estudo às normas jurídicas exclusivamente, já que o mundo humano está repleto de normas não jurídicas. Assim quando, por exemplo, uma mãe determina que em sua casa nenhum filho seu possa usar preto, há o exercício produtivo normativo. Mesmo que não jurídico.

Há de se dizer que a atividade jurídica-normativa é sobretudo institucionalizada⁴⁵. A norma é criada e aplicada por um terceiro desinteressado, através de um rito predeterminado, de forma clara e precisa, reproduzindo – *a priori* abstratamente para depois de forma concreta – os atos da vida comum.⁴⁶

Acontece que as normas são criadas ao longo do tempo, a medida que a democracia vai se consolidando. Este desenvolver histórico é verificado com diferentes características, de diversos modos, de acordo com o país em que o ordenamento evolui. O que se pode observar é que o ponto em comum a todos os ordenamentos jurídicos democráticos é que todos eles nasceram de uma Constituição aceita e adotada pelo povo. Esta inaugura uma ordem normativa.

Isso levou Kelsen⁴⁷ a desenvolver o escalonamento de normas presentes no ordenamento jurídico. De acordo com a sua teoria, as normas de um país poderiam ser agrupadas e classificadas hierarquicamente de acordo com a potencialidade de seus efeitos. Assim, o fundamento de validade de uma norma qualquer, com exceção da norma fundamental

⁴⁵FERRAZ JR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 82

⁴⁶KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011, p 5

⁴⁷*Ibidem*, p 229-230

hipotética, é a existência de uma norma superior que permite a sua existência.⁴⁸ A norma superior representa o fundamento imediato de validade da norma inferior.⁴⁹

Para este pensador, há características comuns presentes nas normas, desde o procedimento adotado para a sua criação, como o quórum das casas legislativas necessário para a promulgação e aceitação política de determinada lei, como também o tipo de controle de legalidade que poderia ser aplicado ao tipo da lei, como também a sua eficácia no mundo jurídico. “A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas.”⁵⁰

E de fato, assiste razão a esta teoria.

E mais: além das normas poderem ser agrupadas em espécies, estas possuem um grau hierárquico de eficácia, de modo que, normas superiores podem revogar outros tipos de normas inferiores, ou de maneira geral, afastar as suas eficácias.

E como dito linhas acima, geralmente a base, o alicerce, o início de todo ordenamento jurídico é a Constituição de seu país. Esta é a lei inicial. É a exordial de todos os procedimentos. É onde tudo começa: a *genesis* jurídica.

Há uma discussão acerca da legitimidade das cartas constitucionais, ou em outras palavras, dos pressupostos de fundamentação das Constituições, mas tal entendimento foge um pouco do objeto de estudo do presente trabalho. Em síntese, a Constituição então vigente de um Estado Soberano tem sua legitimidade contida ou em uma outra Constituição anterior, que legitima o novo texto constitucional, ou esta surge por meio de um ato revolucionário que inaugura uma nova ordem normativa. Mas, de qualquer sorte, a Constituição deve sempre obedecer à norma fundamental de um ordenamento, que será sempre a base interpretativa aplicada a todas as normas.⁵¹

Ao mesmo tempo em que a Constituição representa o começo, esta também é o fim de todas as coisas. Todas as outras normas que são produzidas depois devem respeito lógico-normativo a ela. Isso é óbvio, já que se a Lei Magna inaugura uma nova ordem, todas as normas que vierem depois devem coadunar com aquilo que foi dito inicialmente. Se o contrário fosse aceito, se estaria iniciando uma nova ordem jurídica.

⁴⁸ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011, p 215

⁴⁹ *Ibidem*, p 246

⁵⁰ *Ibidem*, p 247

⁵¹ *Ibidem*, p 223-224

Superado esse ponto, sobre duas normas de mesmo grau hierárquico, se duas leis (portanto, regras) de mesmo grau hierárquico versarem sobre um mesmo assunto, mas de maneira antagônica, a norma mais nova afastará a eficácia da norma mais antiga⁵², ou então a lei mais específica cumprirá esse papel se comparada com a norma de natureza geral. Há também a hipótese de se criar uma cláusula de exceção, onde a lei contraditória excepciona a aplicação desta em apenas um caso específico⁵³. Por isso que se diz que a antinomia, ou conflito de norma, é sempre aparente, já que o próprio sistema jurídico cria meios de sanar tal defeito. Com isto se quer dizer que não há exatamente uma contradição lógica, já que, de acordo com a própria lógica, uma afirmativa ou será necessariamente verdadeira, ou necessariamente falsa. Mas não é exatamente isso que ocorre com todas as normas que aparentam ser conflitantes entre si. Elas não passam a possuir um valor verdadeiro ou um valor falso por conta deste conflito, de modo que elas podem coexistir. O que está em jogo é a validade ou não da norma.⁵⁴ Na falta do controle de antinomia pelo Estado, este controle se faz automaticamente pelas próprias leis, aplicando-se as regras de revogação. E ainda assim, na falta delas, há a interpretação como instrumento saneador residual de possíveis contradições.

Retornando, a regra mais atual é presumidamente mais adequada para o ambiente em que está inserida. Isto porque, como se sabe, as regras são fixas em suas disposições, mas a sociedade é mutável ao longo do tempo. Muitas vezes a regra não acompanha os interesses da sociedade depois do transcorrer temporal da sua criação, sendo este o motivo da prevalência da norma posterior à anterior.

Quanto à regra específica, esta é presumidamente melhor elaborada para o caso concreto pertencente à sua especificação que a regra geral. Se o contrário fosse, esta não seria específica. Se esta carrega essa característica é porque passou por um processo legislativo que tinha o intuito de regulamentar uma situação especial e única, do contrário da norma geral que é feita propositalmente com o grau mais elevado de generalização para abarcar um maior número de fatos jurídicos geradores de direitos ou obrigações.

Pois bem. Mas há casos em que há um conflito – sempre aparente, como dito linhas acima – entre as disposições constitucionais. Como, por exemplo, uma situação em que litigia duas partes, ambas assistidas por direitos expressamente constitucionais, vide aquele famoso caso

⁵² KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011, p 230

⁵³ ALEXY, Robert. **Teorias dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Malheiros, 2008, p. 93

⁵⁴ KELSEN, Hans. *Op.cit.*, p 229

de embate entre o direito de liberdade de expressão, associado ao direito à informação, contra o direito de imagem das pessoas que têm suas vidas expostas em biografias não consentidas.

Veja, é um conflito entre normas que estão dentro da Constituição. Leia-se, lei máxima de um ordenamento.

A situação se agrava quando uma das normas objeto de conflito é o princípio da igualdade, que prevê que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”⁵⁵. Esta é a previsão do direito de igualdade do ordenamento jurídico brasileiro. Da leitura do *caput* do artigo 5º, entende-se claramente que não há a menor possibilidade de se distinguir as pessoas, sendo expresso que tal conduta é vedada, independente da natureza da distinção. Pergunta-se se é possível afastar tal princípio, mesmo com tão elevado grau de aplicabilidade.

E como se pode perceber ao longo desse trabalho, no que se refere ao princípio da igualdade, as próprias leis infraconstitucionais exercitam distinções, segregando pessoas com determinadas características do grande resto.

Assim, resolver o conflito de instrumentos normativos baseados nos mandamentos de eficácia constitucional, ou resumidamente, das normas presentes no texto da Constituição, é um exercício que não tem resposta imediata.

O problema não gira em torno do conflito entre duas regras constitucionais, mas em verdade quando há o embate entre princípios, também constitucionais.

Como é cediço, do gênero norma jurídica se depreende duas espécies: *regras* e *princípios*.⁵⁶ Ambos são normas, mas estas espécies têm suas peculiaridades, com semelhanças e diferenças.

Regras possuem um grau de generalidade baixo, sendo a aplicação do seu dever-ser restritamente aos fatos da vida previstos em seus mandamentos. Em outras palavras, incidem apenas aos fatos geradores previstos em suas hipóteses de incidência.⁵⁷

Já os princípios, por sua vez, possuem um grau de generalidade máximo. Nas palavras de Alexy, são chamados também de mandamentos de otimização⁵⁸, já que têm como finalidade a máxima tutela do direito previsto aos seus destinatários. Devem ser postos em prática da

⁵⁵ Art. 5º *caput*, CF/88

⁵⁶ ALEXY, Robert. **Teorias dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Malheiros, 2008, p. 86

⁵⁷ *Ibidem*, p. 88

⁵⁸ *Ibidem*, p. 90

melhor e máxima maneira possível, dentro dos limites fáticos e jurídicos da situação concreta. No plano abstrato, são absolutos.

Enquanto as regras são aplicadas pelo método do tudo ou nada, sendo plenamente satisfeitas ou absolutamente desobedecidas, os princípios guardam um maior grau de flexibilização, podendo ser aplicados em parte, sempre em favor da razoabilidade. A depender do caso concreto, um determinado princípio pode prevalecer sobre outro, enquanto que em um outro caso específico, o mesmo princípio que outrora prevaleceu, poderá ser vencido pelo mesmo que vencera, em casos diametralmente opostos.

Sobre a razoabilidade, ela está em evidência em momentos distintos quando se fala em aplicação de regras e princípios. Na utilização da regra, aquela deve ser obedecida no momento da produção legislativa, enquanto que, na aplicação do princípio, a razoabilidade deve ser verificada a todo tempo, principalmente pelo julgador do caso concreto, sendo ela o balizador da proporcionalidade. Em outras palavras, esta quem define o quanto que se deve avançar ou retroceder na aplicação de um mandamento de otimização.

Assim, em um princípio, a razoabilidade é utilizada pelo magistrado que julgará o caso concreto, enquanto que na regra, aquela é ferramenta utilizada pelo legislador na produção das leis – ou, para manter a linha de nomenclatura, regras.

Deste modo, os princípios deverão ser aplicados por meio de sopesamento, quando estes se mostrarem conflitantes no caso concreto.⁵⁹ Isto quando tais espécies de norma, se isoladamente consideradas, traduzem resultados contraditórios entre si. Mas é importante notar que nenhum dos dois é inválido e nem tem precedência absoluta entre si. Devem apenas ser preteridos, apenas e unicamente, no caso concreto, em meio a um julgamento entre partes litigantes.⁶⁰

Assim, “um princípio é uma restrição a um direito fundamental se há casos em que ele é uma razão para que, no lugar de uma liberdade fundamental *prima facie* ou de um direito fundamental *prima facie*, surja uma não-liberdade definitiva ou um não-direito definitivo de igual conteúdo.”⁶¹ É o que acontece com o princípio da livre iniciativa conflitante com algum direito individual também de peso constitucional.

⁵⁹ ALEXY, Robert. **Teorias dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Malheiros, 2008, p 95

⁶⁰ *Ibidem*, p 101

⁶¹ *Ibidem*, p 285

Voltando ao caso de conflito entre aquele que presta o serviço de entretenimento – não essencial – contra o consumidor que busca gozar deste serviço. Há um embate de princípios constitucionais neste fato da vida.

De um lado há aquele que é protegido pela livre iniciativa, pelo direito de liberdade e pela igualdade de tratamento que o poder público deve dispensar ao empresário, dentro de seu contexto como exercente de atividade; enquanto que de outro lado há o consumidor que também é destinatário do direito de igualdade, sendo vedada a discriminação desarrazoada contra ele, de modo que deve ser sempre tratado igualmente perante seus semelhantes.

Assim, a proporcionalidade e razoabilidade devem servir de balizadores da decisão que dirá a quem deverá prevalecer o direito. A norma, em uma perspectiva hipotética e abstrata, não é capaz de determinar previamente a quem assiste a razão, já que ambos os direitos aqui tratados possuem o mesmo grau de importância e relevância jurídica. Tanto no aspecto material, quando se percebe a importância de ambos os institutos, quanto no aspecto formal, já que ambas as normas estão em mesmo plano hierárquico de eficácia.

Em uma convivência social adequada, o empresário que exerce a sua liberdade gerencial deve ter em mente que, no momento em que este define suas escolhas administrativas, estas devem respeitar os direitos respectivos daqueles que participam da sua atuação empresarial, como os empregados, os clientes, o fisco ou demais empresários contraentes. Nestas linhas, a liberdade da livre iniciativa restará assegurada, como também a liberdade, igualdade de tratamento e dignidade da pessoa humana das pessoas envolvidas neste ambiente negocial.

Há então, ao menos em teoria, um embate entre princípios na própria Constituição. Em um primeiro momento, a Carta Magna expõe que há a livre iniciativa empresarial, e que o exercente de uma atividade econômica, em plenos poderes, poderá praticar qualquer tipo de atividade, de acordo com a sua vontade, e de acordo com suas diretrizes empresariais, ou seja, em total aplicação do seu Poder Gerencial; porém, em um segundo plano, esta mesma Carta garante que nenhum cidadão poderá ser vítima de discriminação de qualquer natureza, devendo o Poder Público e também todos os particulares respeitarem a condição de ser humano de qualquer sujeito, independente de cor, credo, gênero, classe social.

Não parece que há, à primeira vista, antinomia de normas, porém imagine-se o caso de algum proprietário de estabelecimento de lazer resolver negar, a um cidadão qualquer, a prestação do serviço ofertado por ele, ao público em geral, por qualquer que seja o motivo, exceto casos de força maior, greve de empregados, falta de matéria prima ou estoque, ou falência empresarial.

De pronto, vale ressaltar que, nesta hipótese suscitada, este cidadão, que está em busca desse atendimento, tem plena capacidade de arcar com os requisitos financeiros impostos pelo ofertante do serviço.

Então, é preciso se saber como se resolveria esse caso, já que este consumidor, ao buscar gozar de um serviço, não obstante praticado por um particular, publicado através de uma oferta e anúncio de forma aberta, visto por todos, tem o direito de ser tratado igualmente perante outros também consumidores que tiveram seus direitos garantidos, e que estão em pé de igualdade com o consumidor preterido.

Deve-se indagar acerca da negativa do serviço ao consumidor que, ao menos *prima facie*, correspondeu aos requisitos apresentados na oferta para o gozo daquele serviço, sobretudo quando a Constituição Federal veda a discriminação dos cidadãos.

Não poderia, deste modo, um fornecedor de serviço proibir a entrada de um cidadão em seu estabelecimento simplesmente porque aquele não gostara da aparência deste último. Poder-se-ia dizer que o empreendedor estaria no exercício de sua liberdade de contratar e liberdade gerencial de seu próprio negócio (livre iniciativa), podendo a qualquer tempo negar a prestação de seu serviço a qualquer pessoa. Mas não é esse comportamento que o ordenamento jurídico espera que seja praticado pelos particulares. O consumidor também tem o seu direito constitucional de não ser discriminado injustamente.

Portanto, a negativa de prestação de serviço deve obedecer aos limites constitucionais. A proporcionalidade deve ser observada no caso concreto, para que não haja desrespeito a nenhum direito da esfera subjetiva dos consumidores. E negar a prestação de um serviço comum de lazer, de livre acesso, ao consumidor que esteja vestindo uma roupa que seja respeitosa e aceita no ponto de vista dos bons costumes sociais, mas que não é exatamente da marca ou modelo desejado pelo fornecedor é uma atitude desarrazoada e deve ser rechaçada do meio consumerista.

4 DOS DIREITOS E OBRIGAÇÕES CONSUMERISTAS E CÍVEIS

Hans Kelsen doutrinou de forma brilhante a teoria do escalonamento das normas pertencentes a um mesmo ordenamento jurídico. Conforme dito em capítulos anteriores deste presente trabalho, as normas jurídicas são dispostas em um sistema hierárquico, de modo que comumente se representa o ordenamento jurídico por uma pirâmide, onde a Constituição Federal de um país ocupa seu topo, representando o grau máximo de eficácia normativa.

Abaixo desta Constituição, encontram-se as normas ditas infraconstitucionais, que são subdivididas em diversas espécies. Explicar cada uma dessas espécies é irrelevante para este trabalho, mas é imperioso se dizer que a eficácia destas leis, ou seja, a produção de seus efeitos no mundo real, é vinculada diretamente aos preceitos jurídicos presentes no texto constitucional. Em outras palavras, há uma relação de dependência lógico-jurídica entre as leis infraconstitucionais e as normas previstas constitucionalmente.

E tais leis preveem obrigações e direitos aos sujeitos jurídicos. É importante se ter em mente que, apesar de haver o escalonamento entre as normas, estando a Constituição Federal acima das demais leis, as disposições infraconstitucionais vinculam os particulares e os entes públicos da mesma forma que a lei máxima constitucional. Ou seja, é devido respeito tanto à Constituição como às demais leis infraconstitucionais. Só porque uma lei é considerada inferior à Carta Magna não quer dizer que o grau de obediência dado a ela, pelos sujeitos de Direito, será também menor. Aquele que deve respeito à Constituição deve respeito também às demais normas jurídicas.

Tradicionalmente as normas infraconstitucionais são mais específicas que as normas constitucionais, justamente por regulamentarem situações mais concretas, de forma mais minuciosa. Enquanto que o elevado grau de abstração garante às normas constitucionais um poder de abrangência maior, garantindo a possibilidade de envolver mais fatos juridicamente relevantes, uma menor vagueza semântica presente nos conceitos jurídicos previstos nas normas infraconstitucionais garante uma maior segurança jurídica aos destinatários destas normas.

Na situação jurídica específica do consumidor, há algumas leis que regulamentam de modo mais específico a relação jurídica travada entre o fornecedor de serviços e aquele que o adquire. Assim, é imperioso se debruçar sobre o Código de Defesa do Consumidor (lei

8.078/90), sobre o Código Civil e sobre a Lei de Proteção à Ordem Econômica (lei 12.529/11).

O Código Civil é a lei que regulamenta as relações civis como um todo, de maneira geral, e prevê os contratos em espécies que poderão ser celebrados entre os particulares. Já a lei de proteção à ordem econômica é uma lei que prevê a proteção aos elementos desta ordem, inclusive a relação de consumo.

O Direito do Consumidor é hoje em dia considerado um campo autônomo dentro da ciência jurídica devido, principalmente, a expansão das relações de consumo e ao aumento do número de contratos celebrados com tal natureza. Após a Revolução Industrial, que ocorreu no século XVIII, e com o maior desenvolvimento do capitalismo, houve uma exacerbação do consumo, atribuindo-se este à qualidade de vida das pessoas. Com o aumento do número de relações jurídicas, houve em paralelo, um aumento substancial do número de litígios travados com esta temática sendo obrigado o Direito a acompanhar esta necessidade social. Para garantir ao consumidor, parte sempre hipossuficiente desta relação, o acesso a bens e prestação de serviço de qualidade, surgiram diversas ordenações dos países ocidentais.⁶²

O Brasil acompanhou essa tendência com a criação da CF/88 e posteriormente com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor.

4.1 DISPOSIÇÕES PRESENTES NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O Código de Defesa do Consumidor foi consolidado com a aprovação da lei 8.078 de 1990. Apesar de ser uma lei específica, que regulamenta as situações de consumo, esta tem aplicabilidade horizontal, do modo que os princípios e regras nela presentes têm aplicação cogente nos mais diversos ramos do Direito, bastando simplesmente que fique demonstrada a relação de consumo.⁶³

Para que fique caracterizada a relação de consumo, basta haver a presença dos elementos elencados pelo próprio código, que são: a figura do consumidor, que é definida pelo artigo 2º, *caput*; a figura do fornecedor, definida pelo artigo 3º, também *caput*; e, como objeto desta

⁶² CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Direito do Consumidor**. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p 7

⁶³ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Direito do Consumidor**. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p 17

relação jurídica, a presença de um produto ou serviço, definidos nos parágrafos primeiro e segundo, do artigo 3º, respectivamente.⁶⁴

Então, em tese, não há antinomia entre o CDC e os demais institutos de Direito Civil, em especial o Código Civil de 2002, já que aquele apenas derrama suas disposições nos demais institutos previstos nas mais diversas leis civilistas, regulamentando apenas em razão dos sujeitos de Direito envolvidos nos objetos jurídicos. Assim, o CDC será aplicado em razão das pessoas envolvidas, resguardando a regulamentação do negócio jurídico às leis que versem especificamente sobre eles.^{65 66}

O Código de Defesa do consumidor, além das disposições constitucionais, também prevê princípios gerais de aplicação imediata, sendo o de maior relevância o princípio da vulnerabilidade do consumidor, com o reconhecimento da desigualdade entre fornecedores e consumidores, com a busca pela igualdade material entre as partes envolvidas. Este está previsto no artigo 4º, inciso I da supracitada lei.

A vulnerabilidade existe em razão do desconhecimento, por parte do consumidor, das etapas produtivas inerentes ao processo de fabricação, distribuição e consumo do objeto de mercancia, o que pode levar ao sofrimento de danos de ordem patrimonial ou moral por aquele que goza do produto ou serviço.⁶⁷

Tal disposição não deve ser confundida, portanto, com as diferenças econômicas, intelectuais, morais, sociais entre consumidores e fornecedores. Tais elementos não devem fazer parte da análise da vulnerabilidade, de modo que está é presumida de forma absoluta, bastando apenas uma das partes seja enquadrada como consumidora e a outra como fornecedora de algum produto ou serviço.⁶⁸ Deste modo, não há como afastar a vulnerabilidade apenas porque o consumidor é considerado um ser de notório intelecto ou possuidor de vastas economias, bastando apenas que este ignore os segredos do negócio discutido.

Consumidores desprovidos de intelecto, riqueza, ou quaisquer outras manifestações de poder, são, além de vulneráveis, hipossuficientes e estão em situação pior de desequiparação. Em outras palavras, estão mais distantes daquilo que se pode chamar de igualdade material.

⁶⁴ BENJAMIN, Antonio Herman V; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p 97

⁶⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op.cit.*, 2011, p 18

⁶⁶ BENJAMIN, Antonio Herman V; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Op.cit.*, 2014, p 96

⁶⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op.cit.*, 2011, p 47

⁶⁸ *Ibidem*, p 47

“A hipossuficiência é um agravamento da situação de vulnerabilidade.”⁶⁹

O Direito do consumidor tem o condão de instituir o consumidor como um ente de direito, um sujeito que além de ter importância econômica tem importância jurídica como ser humano. Houve um resgate, deste modo, da condição humana do consumidor, além de se perceber a sua importância econômica.⁷⁰

E o artigo 6º do CDC elenca alguns direitos de maneira expressa, conferindo um maior grau de segurança à esfera de direitos resguardados ao consumidor. Estes direitos são conhecidos como direitos básicos, porque são o mínimo garantido para todo e qualquer consumidor. Porém, entender que o rol deste artigo é taxativo, ou seja, um rol que prevê todos os direitos exaustivamente é um erro, de modo que, se futuramente se fosse discutido acerca de um direito não pertencente a esse artigo, esta sua ausência não poderia ser utilizada como argumento para a sua afastabilidade. É, portanto, um rol exemplificativo.

Dentre os incisos previstos no artigo 6º, merecem atenção os incisos III, IV e V.

O inciso III prevê o direito à informação. É devido a todo consumidor a informação minuciosa de todos os bens e serviços ofertados no mercado consumidor, a fim de se evitar o cometimento de atividades danosas contra os adquirentes destes serviços ou bens, inibindo atos temerários por parte dos fornecedores. Há também o dever de informar, por parte do fornecedor, acerca dos riscos inerentes à utilização daquele bem ou serviço.⁷¹

Já o inciso IV prevê a proteção contra a publicidade enganosa ou abusiva, contra os métodos comerciais coercitivos ou desleais e contra as práticas e cláusulas contratuais abusivas. Aqui o Código presa pela proteção ao consumidor por conta do alto grau de vulnerabilidade que esse apresenta frente ao fornecedor. Como aquele é ignorante acerca das etapas produtivas referentes aquele produto ou serviço, ele pode ser enganado facilmente. O comerciante tem alto grau de conhecimento da praxe comercial, do modo de lidar com clientes, pessoas, produtores, dentre tantas outras relações comerciais, fazem parte da sua atividade desempenhada diariamente, estando em um nível de maturidade comercial muito acima que o seu consumidor. Logo, este último merece proteção.

Por fim, o inciso V confere ao consumidor o direito de modificar ou revisar cláusulas que prevejam obrigações excessivas ou desproporcionais. Aqui é importante um cuidado extra. A

⁶⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Direito do Consumidor**. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p 47

⁷⁰ *Ibidem*, p 90

⁷¹ *Ibidem*, p 96

proporcionalidade deve ser observada sob uma ótica macro, ou seja, não apenas durante a execução do contrato que a obrigação poderá se tornar desproporcional, mas esta pode nascer com tal característica desde a consolidação do contrato e o nascimento da obrigação.⁷²Então, o consumidor lesado poderá revisar o contrato para que sane uma onerosidade excessiva superveniente, ou poderá modificar o contrato para que extinga uma obrigação, que desde o seu nascimento, é abusiva e desproporcional.

Além de prever princípios e direito inerentes à personalidade do consumidor, o CDC regulamenta a situação jurídica do consumo. Determina, portanto, quais situações podem ser enquadradas como relação de consumo e também determina os elementos dessa relação.

4.1.1 Situação jurídica de consumo

Primeiramente é importante se entender o que é o consumidor.

O conceito de consumidor está previsto no artigo 2º do CDC. Poderá ser pessoa física ou jurídica, desde que utilize o objeto de mercancia de forma não comercial, retirando-o da escala de produção e comercialização, sendo portanto um destinatário final. É aquele que utilizará o produto ou o serviço da maneira como este fora proposto, sem auferir lucro através desta utilização. Esta aquisição não poderá ser inserida em nenhuma etapa produtiva de outra atividade ou produto, senão restará descaracterizada essa relação consumerista. Familiares ou amigos do real adquirente do produto ou serviço poderão ser considerados consumidores finais também, desde que prove a relação fática entre eles.⁷³

Há também os consumidores por equiparação (parágrafo único do artigo 2º, CDC) que são os terceiros alheios à relação contratual de consumo, mas que por algum motivo sofreram interferência do negócio jurídico consumerista. Podem ser a coletividade de pessoas, de forma indeterminada, referindo-se esta norma ao aspecto difuso dos direitos de consumidor, em especial os que decorrem da publicidade em massa, por exemplo, ou pode ser todas as vítimas do fato de produto ou de serviço, que sofrem algum tipo de dano decorrente do exercício da atividade de consumo (art. 17, CDC).⁷⁴

⁷² CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Direito do Consumidor**. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p 103

⁷³ *Ibidem*, p 66

⁷⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Direito do Consumidor**. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p 70

Já os fornecedores são aqueles que, sendo pessoas físicas ou jurídicas ou até entes despersonalizados, produzam algum tipo de produto ou serviço, conforme exposto no artigo 3º, do CDC.

Sobre os elementos objetivos da relação de consumo, há os produtos e serviços.

Produtos são todos os bens negociáveis, ou seja, aqueles que podem ser inseridos no comércio, sejam móveis ou imóveis, materiais ou imateriais, conforme entendimento extraído do artigo 3º, parágrafo 1º do CDC. Resultam do processo de produção ou fabricação, resultado de uma atividade empresarial.⁷⁵

Por fim, os serviços são atividades fornecidas de forma profissional e empreendedora em troca de pagamento, com exceção das prestações de serviço de natureza trabalhista, segundo esclarece o artigo 3º, parágrafo segundo do CDC. Quanto ao requisito da remuneração, este não deve ser entendido no sentido de afastar da aplicação do CDC serviços que são ofertados aparentemente gratuitos, mas que tem a sua contraprestação diluída em serviços principais, como a prestação de serviço de manobrista por restaurante.⁷⁶

Após a caracterização da relação jurídica específica de consumo, cumpre-se explicar como que esta se consolida no mundo real, ou seja, qual o instrumento que consolida esse negócio jurídico.

4.1.2 A expressão da situação jurídica de consumo

A relação de consumo é consolidada através de contratos, que podem ser de compra e venda, prestação de serviço, mútuo, etc.

Acontece que os contratos em espécie não estão previstos no CDC, mas em verdade no Código Civil de 2002. O que o CDC faz é prever cláusulas gerais que serão aplicadas naqueles contratos, que são regulamentados pelo CC/02, utilizados nas relações de consumo.

Logo, as disposições do CC/02 que não forem conflitantes com as regras gerais do CDC serão aplicadas ao caso concreto.

⁷⁵ *Ibidem*, p 75

⁷⁶ *Ibidem*, p 77

Deste modo, para que se possa entender exatamente como a situação jurídica de consumo é tratada pela legislação, se faz necessário invocar o entendimento tanto das disposições do Código Civil como as do Código de Defesa do Consumidor, em aplicação mista.

Em regras gerais, o CDC prevê o direito de arrependimento para contratações efetuadas fora do estabelecimento comercial do fornecedor (art. 49), também determina um rol de cláusulas abusivas (art. 51), dentre outras disposições que devem ser aplicadas no momento da estipulação do contrato.

Sobre a fase pré-contratual, que é o momento que antecede a assinatura do contrato de prestação de serviço ou venda de produto, o CDC traz importantes determinações. Dentre elas, é imperioso se falar sobre a oferta, a publicidade dos bens ou serviços ofertados e as práticas abusivas.

A oferta é o início de todo contrato, que se consumará com a aceitação da outra parte.⁷⁷ Esta tem íntima relação com a publicidade, já que as relações de consumo se tornaram cada vez mais massificadas, voltadas para uma coletividade cada vez maior de consumidores.

Esta deve ser séria, onde o consumidor possa confiar; completa, onde traz todos os elementos do negócio jurídico; e receptível, em que seja possível sua aceitação pelo consumidor.⁷⁸

Assim, é importante ressaltar que o ofertante deve sempre agir com clareza e seriedade quando este mantiver contato com o seu mercado consumidor. Contato aqui neste contexto, não apenas o feito de modo direto, durante a relação de consumo e enquanto se executa o contrato de prestação de serviço ou alienação de bens, mas em verdade, em qualquer situação que o empresário vise se comunicar, principalmente de forma extensiva, com o público em geral.⁷⁹

O Código de Defesa do consumidor⁸⁰ determina como Política Nacional das Relações de Consumo a prática de atos de consumo de forma transparente, em respeito a diversos princípios gerais, alguns inclusive previstos na Carta Magna.

Assim, o fornecedor de serviços deve expor de maneira clara aos consumidores de seus serviços as reais condições de contrato, as disposições do contrato de adesão, as

⁷⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Direito do Consumidor**. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p 145

⁷⁸ *Ibidem*, p 146

⁷⁹ MARQUES, Claudia Lima Marques. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.650.

⁸⁰ Art 4º do Código de Defesa do Consumidor (Lei Ordinária número 8.078 de 11 de Setembro de 1990).

características dos produtos utilizados, as formas de pagamento, e eventuais condições especiais determinadas pelo ofertante.⁸¹

A oferta então é a declaração daquele que presta serviço de que deseja contratar com algum consumidor, nos moldes e nas condições por este prevista. Então, se o ofertante deseja estipular qualquer tipo de obrigação ao consumidor, para que este desfrute do prazer de contratar o serviço, esta deve estar prevista na oferta, conforme entendimento do artigo 30, do CDC.⁸²

Da mesma forma, o prestador de serviço ficará obrigado também aquilo que prometer na oferta, ficando vinculado as obrigações ali previstas. Isto ocorre porque a oferta é irrevogável, ou seja, a existência desta não depende unicamente da vontade unilateral do fornecedor.⁸³

Percebe-se que as condições da oferta representam uma limitação à livre iniciativa, já que o prestador de serviço poderá escolher como realiza-lo, porém este se vinculará a esta forma se por acaso exteriorizar ela na forma pública ao mercado de consumidores dispostos a desfrutar dos seus serviços.

Importante também é lembrar que a boa-fé será sempre o norte das relações de consumo, devendo ambas as partes evitar a sua violação, agindo sempre de acordo com os bons costumes. A boa-fé determina que as partes deste negócio jurídico deverão agir em cooperação e respeito.

A oferta integra o contrato nas relações de consumo. Isto decorre do princípio da vinculação.⁸⁴

O fornecedor que não cumprir a oferta poderá sofrer as consequências do artigo 35 do CDC, de acordo com a conveniência do consumidor, que poderá obrigar o cumprimento forçado da obrigação, escolher outro produto ou serviço similar ou requerer a devolução da quantia paga atualizada.

Com a massificação das relações de consumo, se faz mister que o fornecedor se utilize de meios de comunicação de massa para atrair um maior número de consumidores de seus bens ou serviços.

⁸¹ BENJAMIN, Antonio Herman V; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p 263

⁸² Art. 30, CDC.

⁸³ MARQUES, Claudia Lima Marques. *Op.cit.*, 2010, p.653.

⁸⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Direito do Consumidor**. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p 147

O principal fim da publicidade é informar o público em geral acerca de determinado bem ou serviço e o posterior convencimento daqueles que são público alvo para a efetiva compra ou utilização daquilo que fora publicado.⁸⁵

O CDC disciplina a publicidade nos artigos 36 a 38, não se permitindo o exercício dessa atividade de forma livre e incondicionada, já que, como é sabido, o poder de persuasão de uma ação publicitária sobre o público em geral é forte, podendo levar uma massa de consumidores a um específico comportamento.⁸⁶

A publicidade também vincula o fornecedor naquilo que fora publicado. Ela obriga o fornecedor e integra o contrato que virá a ser celebrado.⁸⁷

A publicidade deve ser também transparente, ou seja, deve informar de forma expressa e direta quais as condições do negócio, quais as características do produto ou serviço, se há ou não a presença de particularidades, como um modo especial de cumprimento de obrigação que diverge à praxe comercial local, dentre outros elementos.⁸⁸

Aquele que publica seu produto ou serviço sem informar as reais características dele comete uma publicidade enganosa por omissão, conforme entendimento expresso do artigo 37, do CDC.^{89 90}

A publicidade enganosa leva o consumidor ao erro. Não necessariamente levará este ao erro, mas a simples potencialidade poderá caracterizar a publicidade com esta ilegalidade. Assim, a “enganosidade é aferida *in abstracto*”.⁹¹

Não poderá também ser abusiva, a publicidade praticada pelo fornecedor⁹². Prevista no parágrafo segundo do supracitado artigo 37, esta será a publicidade que incitará a violência, a discriminação, dentro outros comportamentos vedados pelo ordenamento jurídico pátrio.⁹³

Assim, aquele que fornece uma prestação de serviço não essencial de lazer deverá, se por acaso e pontualmente resolver estabelecer condições especiais ao consumidor, publicar aos consumidores em geral, de maneira clara, a sua intenção em impor condições diversas aquelas

⁸⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Direito do Consumidor**. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p 131

⁸⁶ BENJAMIN, Antonio Herman V; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p 279

⁸⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op.cit.*, 2011, p 133

⁸⁸ *Ibidem*, p 134

⁸⁹ *Ibidem*, p 136

⁹⁰ BENJAMIN, Antonio Herman V; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p 286

⁹¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Direito do Consumidor**. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p 138

⁹² BENJAMIN, Antonio Herman V; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Op.cit.*, 2014, p 281

⁹³ *Ibidem*, p 289

que comumente se pratica pela praxe comercial local para a prestação daquele determinado serviço.

Como exemplo, se se pretende realizar uma festa temática onde todos os participantes deverão usar roupa branca – as famosas *White Party* são um exemplo destas festas temáticas – obrigatoriamente, ficando expressamente veiculado que quem não vestir roupas com tais características não será autorizado de adentrar ao local da festa, deverá o fornecedor publicar exaustivamente tal condição especial. O mesmo se aplicaria às festas à fantasia onde não fosse permitido o acesso de pessoas não fantasiadas.

Se não houver a publicação de tal informação, estará cometendo, o proprietário da festa, uma publicidade enganosa por omissão, devendo haver a responsabilização deste fornecedor por cometimento de ato ilícito, tanto na perspectiva individual do consumidor lesado, como de maneira difusa, com a aplicação de sanções administrativas.

Práticas abusivas são atos praticados pelos fornecedores que vão de encontro com os princípios e regras adotados pelo Código de Defesa do Consumidor.⁹⁴

Não necessariamente uma prática abusiva é um ato ludibrioso, enganoso, praticado de forma oculta e dissimulada contra o consumidor, mas em verdade, este conceito abrange todo e qualquer ato praticado pelo fornecedor que viole a boa-fé e a boa praxe comercial.

As práticas abusivas nem sempre se mostram como atividades enganosas. Muitas vezes, apesar de não ferirem o requisito da veracidade, carregam alta dose de imoralidade econômica e de opressão. Em outros casos, simplesmente dão causa a danos substanciais contra o consumidor. Manifestam-se através de uma série de atividades, pré e pós-contratuais, assim como propriamente contratuais, contra as quais o consumidor não tem defesas, ou, se as tem, não se sente habilitado ou incentivado a exercê-las.⁹⁵

A previsão das práticas abusivas não é feita de modo taxativo, ou seja, não há uma previsão concreta e absoluta de todo tipo de ato comercial praticado pelo fornecedor que poderá ser enquadrado como abusivo. O motivo para tal escolha legislativa é que, primeiro, não havia a necessidade de se estabelecer um rol taxativo de práticas abusivas, já que, por conta da natureza civilista da defesa do consumidor, não há a necessidade de previsão de tipos fechados. Como segundo argumento, pode-se dizer que a previsão exemplificativa de atos

⁹⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Direito do Consumidor**. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p 149

⁹⁵ BENJAMIN, Antonio Herman V; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p 296

considerados abusivos dá um maior grau de abrangência e aplicabilidade à lei consumerista, possibilitando uma tutela mais efetiva aos consumidores lesados.⁹⁶

O Código elencou algumas situações especiais de proteção no artigo 39, de modo que é interessante se comentar acerca de alguns de seus incisos, como os incisos II e IX.

No inciso II, o Código determina que:

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

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

O entendimento adotado pela doutrina jurídica é que o fornecedor não pode se negar a prestar um serviço quando este o oferta de forma pública, salvo quando não houver disponibilidade em estoque. Assim, é irrelevante a razão alegada pelo fornecedor, que deverá prestar o serviço, com exceção aos casos de impossibilidade previstos no inciso.⁹⁷

Assim, independente do que for alegado pelo fornecedor, este deverá executar o serviço, mesmo que contra a sua própria vontade, respeitando a vontade e a necessidade do consumidor em fruí-lo.

Não poderá o fornecedor determinar, portanto, obrigações desarrazoadas contra o consumidor para que aquele execute o serviço em favor a este. Como por exemplo, o motorista de taxi não pode se negar a prestar o serviço ao saber que a distância que irá percorrer, em favor do consumidor, é pequena.

Agora, é importante ressaltar que, a exigência que este inciso determina a ambas as partes é que estas deverão respeitar os usos e costumes locais durante a execução do serviço, podendo o fornecedor se negar a prestá-lo se o consumidor não se atentar a estas exigências.

Assim, por exemplo, o dono de um restaurante poderia se negar a prestar o seu serviço se algum de seus consumidores estiver trajando roupas íntimas, como cuecas, ou roupas de natureza erótica, ou camisetas com estampas ofensivas. Deve o consumidor também respeitar os bons costumes locais.

O Código de Defesa do Consumidor também veda a negativa de prestação de serviço pelo ofertante por meio do seu inciso IX. Veja:

⁹⁶ BENJAMIN, Antonio Herman V; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p 296

⁹⁷ *Ibidem*, p 301

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

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;

Pela leitura do texto normativo se percebe que, o prestador de serviço, ao publicar sua atividade empresarial, não pode se negar a prestá-lo aquele que pretende adquiri-lo mediante pronto pagamento.

Ou seja, aquele que possui condições financeiras para arcar com o ônus do preço tem o direito incondicional ao gozo do serviço. É este o entendimento expresso da Lei. A norma entende que o único empecilho enfrentado pelo consumidor para desfrutar do serviço ofertado por qualquer prestador de serviço é o pagamento do preço.

A norma veda a possibilidade do fornecedor de serviços de criar qualquer outro tipo de obrigação que, em tese, deveria ser cumprida pelo consumidor para desfrutar destes serviços. A análise destes dois incisos é uma questão complicada porque envolve uma proibição expressa da lei consumerista em contra ponto com os princípios da livre iniciativa, que confere o Poder Gerencial ao empresário, seja este sócio ou administrador de uma sociedade empresarial, e da liberdade de contratar.

Seria este, então, um caso de inconstitucionalidade do artigo 39, incisos II e IX, do Código de Defesa do Consumidor? Se este for o caso, o remédio previsto pela própria Constituição Federal seria a Ação Direta de Inconstitucionalidade, proposta perante o Supremo Tribunal Federal, no artigo 102, inciso I, alínea “a”.⁹⁸

Com esta ação, a lei federal que tem a presunção de legalidade, já que foi criada por um rigoroso processo legislativo pelo Congresso Nacional, teria afastada essa presunção e seria declarada a sua nulidade, expurgando tal norma do direito positivo.⁹⁹

Se não fosse o caso de inconstitucionalidade desse trecho do Código de Defesa do Consumidor, como se resolveria esta aparente antinomia?

Parece que, na verdade, se trata de um caso de limitação aos Princípios constitucionais, e não de antinomia. O artigo 39, incisos II e IX, apenas limitaria um direito constitucional, sem negar a liberdade negocial do empresário.

⁹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira Mendes. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p.186.

⁹⁹ *Ibidem*, p.549.

Determina este artigo que o empresário poderia gerir como bem entendesse sua atividade empresarial, porém, quanto à oferta e a aceitação do consumidor desta, este não poderia impor limites a esta prestação, exceto se o consumidor não tiver condições financeiras para arcar com os ônus do preço.

É o que se entende em uma interpretação sistêmica do dispositivo legal.

Mas no caso concreto, não é essa a prática recorrente no mundo corporativo. Muitos empresários têm limitado a entrada de potenciais clientes por diversos motivos que em nada tem a ver com o inadimplemento contratual relacionado ao preço.

Sobretudo quando se faz o recorte das atividades, selecionando apenas aquelas de natureza supérflua, ou seja, aquelas que não são essenciais à vida humana.

Quando se pesquisa o exercício de atividades voltadas para o entretenimento humano, principalmente nas grandes capitais brasileiras, percebe-se que muitos criam obrigações extras aos consumidores para que desfrutem de seus serviços.

Como exemplo, pode-se citar as boates noturnas. Algumas delas vedam a entrada de homens menores de 21 anos, mas permite a entrada de mulheres com idade entre 18 e 21 anos. Não há motivo para discriminar seus clientes de acordo com o gênero nesse caso. Esta seria uma prática ilegal, ou seja, uma prática abusiva, seguindo o vocabulário do Código de Defesa do Consumidor.

Outras boates acertam o preço da entrada masculina maior que o preço da entrada feminina. Indaga-se pelo mesmo sentido: qual o sentido de tal diferenciação? Por que o homem deve pagar um valor superior se comparado com o valor da entrada feminina?

Alguns restaurantes vedam a entrada de homens vestidos de bermudas. É possível discriminar as pessoas que estão vestidas de bermudas nesse caso? Qual a diferença de uma pessoa vestida de bermuda para outra vestida de calça? E mais: nega a entrada de pessoas de bermudas, muitas vezes por conta do grau de exposição que o traje representa, porém aceita-se que mulheres vestidas de saia, ou até vestidos curtos, possam entrar naquele estabelecimento. Onde está o critério? Se o uso de bermuda é bem visto socialmente, de modo que respeita os bons costumes.

Alguns estabelecimentos vedam a entrada de mulheres vestidas com sandálias rasteiras, que são aquelas que não apresentam um salto alto. Esta vedação é totalmente arbitrária e desarrazoada.

Há outros casos, esses menos gravosos, em que são realizadas festas em que todas as pessoas que participem da festa deverão vestir roupas completamente brancas, as já citadas *White Party*. E se uma pessoa comprar um ingresso dessa festa e não for avisada que deverá vestir branco, e for vestida de outra cor. Poderá ser barrada a sua entrada?

Todos esses questionamentos fazem parte de discussões em que se conflitam princípios constitucionais e algumas leis infraconstitucionais, sendo de longe um tema não pacífico e não solucionado pelos intelectuais do Direito.

No caso das *White Party* e das festas à fantasia, esta discriminação é possível e legítima, com base no entendimento do presente trabalho. O que se busca, tanto pelos organizadores da festa como também pelo interesse de todos que ali participam, é a realização de uma festa temática onde todos se encontrem, de uma forma ou de outra, em um mesmo padrão de comportamento: ou vestido de branco ou vestido à fantasia. É plenamente possível a todo e qualquer homem médio cumprir com estas especificações sem se ferir qualquer tipo de direito fundamental humano.

O mesmo se aplica às associações sem fins lucrativos ou encontros programados de lazer de pessoas possuidoras de bens de mesmas características. A título de exemplo, pessoas que possuem carros personalizados com *tunning* comumente se encontram em eventos regionais ou nacionais, de modo que é apenas possível exibir o seu veículo se este apresentar estas características. Se algum carro for considerado padrão, da igual maneira como este é feito em série pelas fábricas das montadoras sem qualquer modificação personalizada, não será possível participar da exibição. O mesmo se aplicaria, por exemplo, ao Encontro Nacional de Possuidores de Rolex (nome fictício e criado apenas para ilustrar o exemplo suscitado). Simplesmente quem não possuir um Rolex não poderá participar das reuniões.

Essas práticas descritas acima são bem diferentes da proibição de se entrar em qualquer boate não vestindo calças, vestidos *bandage*, ou salto alto: o que se quer em verdade é excluir do ambiente pessoas com um menor poder aquisitivo, ou pessoas que estão fora de determinado padrão de beleza. E, nesse sentido, este comportamento é vedado pelo CDC, pelos incisos supracitados.

E diante do cometimento de qualquer das práticas abusivas cabe a aplicação de sanções, que podem ser de natureza administrativa, como a cassação de licença, interdição e suspensão de atividade; as de natureza penal; como também a estipulação de pagamento de indenização por eventuais danos sofridos pelos consumidores, tanto em perspectiva individual como coletiva.

4.2 O CONTROLE DA ATIVIDADE EMPRESARIAL PELO PODER PÚBLICO

O Estado exerce controle sobre a atividade empresarial de duas maneiras: a) através da tutela administrativa, onde o controle é exercido pelo Poder Executivo, por meio do seu poder de polícia; ou b) através da tutela jurisdicional, com a atuação do Poder Judiciário, com aplicação de leis penais e civis, seja na esfera individual como na coletiva.

4.2.1 A tutela administrativa

O Poder Executivo, por meio da atuação da União, dos Estados, Distrito Federal e Municípios realiza o controle da prestação de serviço praticado pelos particulares, no âmbito de suas atribuições de competência administrativa, com aplicação de leis federais, decretos e portarias administrativas.

Antes de se falar sobre a atuação efetiva dos entes estatais no exercício de poder de polícia, é importante se entender acerca do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor.

O SNDC visa a conciliação entre o consumidor e o fornecedor de produtos e serviços, com o intuito de evitar a jurisdicionalização do litígio, sendo decomposto em órgãos federais, estaduais e municipais.¹⁰⁰ Dentre eles, os PROCONs merecem destaque no âmbito estadual, estando presentes em cada estado da República Federativa do Brasil.

O Ministério Público também tem atuação administrativa, além de, obviamente ser o defensor da legalidade, na figura de *parquet*.

De maneira geral, estes órgãos exercitam a fiscalização da atividade empresarial voltada ao consumo, com aplicação de sanções, estipulações de acordos entre fornecedores e consumidores, sempre resguardando o interesse dos consumidores, considerados parte hipossuficiente desta relação, com a proteção à saúde, integridade e dignidade de todos.

Quando os fornecedores violam alguma disposição legal, estes órgãos atuarão em defesa do consumidor lesado, tanto em sua perspectiva individual, com a possibilidade de pagamento de indenização com o intuito de reparar danos sofridos, como também na perspectiva coletiva e difusa.

¹⁰⁰ ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p 192.

As leis preveem então a possibilidade de aplicação de sanções, que nada mais são que uma obrigação decorrente do inadimplemento normativo cometido por parte do fornecedor de produto ou serviço. Cada vez que o empresário descumprir alguma determinação legal, caberá uma sanção, desde que esta seja prevista em momento anterior à sua aplicação.

O que possibilita a aplicação de sanção pela Administração Pública contra o particular é que aquela é detentora do poder de polícia, que, em linhas simplórias, é um poder de restringir o direito de liberdade e propriedade do particular, em nome de um interesse coletivo, geral e público. Evita-se assim o cometimento de um mal, por parte do particular, contra a coletividade. O poder de polícia impõe, então, uma abstenção por parte do particular, e no estrito caso de cometimento daquela atitude proibida, aplica-se a sanção contra este.¹⁰¹

O Código de Defesa do Consumidor prevê, em seu artigo 56, um rol de sanções que poderiam ser aplicadas ao caso concreto contra o fornecedor que não respeitasse qualquer dos direitos dos consumidores.

Dentre as várias sanções, a multa é a primeira sanção pecuniária prevista pelo artigo. Esta deve ser determinada de acordo com a gravidade da infração e a condição econômica do fornecedor.¹⁰² Os valores pagos a título de multa serão revertidos para o Fundo de Defesa dos Direitos Difusos da União, ou dos municípios ou dos estados, a depender de qual ente que realizou a fiscalização e aplicação da multa.

O Decreto 2.181/97 regulamenta de forma mais específica a aplicação da multa, de modo que o CDC se demonstra uma disposição muito superficial e incompleta. Assim, caberá multa nas hipóteses previstas no artigo 19 e 22 deste dispositivo. O artigo 19 cuida da aplicação de multa em caso de propaganda enganosa ou abusiva, enquanto que o artigo 22 trata da utilização de cláusulas e práticas abusivas. Dentre duas disposições, destaca-se:

Art. 22. Será aplicada multa ao fornecedor de produtos ou serviços que, direta ou indiretamente, inserir, fizer circular ou utilizar-se de cláusula abusiva, qualquer que seja a modalidade do contrato de consumo, inclusive nas operações securitárias, bancárias, de crédito direto ao consumidor, depósito, poupança, mútuo ou financiamento, e especialmente quando:
IV - estabelecer obrigações consideradas iníquas ou abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

¹⁰¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Malheiros, 2009, p 823.

¹⁰² ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p 206

Tal sanção enquadra perfeitamente aquele prestador de serviço que estipula uma obrigação desarrazoada, como a imposição de adequação de vestimenta às exigências do estabelecimento.

Outra sanção que ao tema do presente trabalho tem pertinência é a suspensão de fornecimento de serviço. É uma paralisação temporária da prestação de serviço a fim de se averiguar as reais condições dessa prestação. Diante de alguma denúncia, o ente público fiscalizador aplicará esta sanção, que tem natureza cautelar investigatória.¹⁰³

A interdição do estabelecimento ou de atividade é uma terceira figura sancionatória de alta relevância. Aqui, a Administração Pública proíbe o funcionamento da atividade que considera nociva à coletividade, causando lesão ao direito dos consumidores.¹⁰⁴ Esta dependerá da avaliação discricionária do ente público.

Todas essas sanções deverão ser aplicadas mediante processo administrativo, respeitando o contraditório da parte contrária e com a utilização de profunda investigação acerca dos elementos presentes na relação de consumo.¹⁰⁵

4.2.2 A tutela jurisdicional

De pronto, o CDC determina em seu artigo 81 o seguinte: “Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.”

Decompondo em seus elementos, este artigo determina que, aquele que adquire produto ou serviço na figura de consumidor, ou mesmo figurando como uma das vítimas envolvidas na cadeia de fatos relacionados a esta prestação ou venda de produto – inclusive na negativa de prestação de serviço, conforme o tema do presente trabalho – poderá requerer a tutela de seus direitos e interesses perante o Poder Judiciário, seja de forma individual e solitária, ou de forma coletiva. O termo defesa, empregado neste *caput*, está no sentido de requerer pedido em seu interesse, e não apenas se figurar no polo passivo de qualquer demanda judicial.¹⁰⁶

¹⁰³ ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p 208

¹⁰⁴ *Ibidem*, p 209

¹⁰⁵ *Ibidem*, p 221

¹⁰⁶ *Ibidem*, p 249

No plano individual, esta ocorre de forma regular e ordinária, nos moldes do Código de Processo Civil, com aplicação conjunta com a Lei dos Juizados Especiais Cíveis, a lei 9.099/95, nas causas cujo valor não exceda 40 salários mínimos. Desta forma, se algum consumidor, ou pretense consumidor, se sentir lesado por alguma prática abusiva de algum fornecedor, este deverá manejar ação autônoma e individual contra ele, requerendo o pagamento de indenização.

Na tutela coletiva, há a possibilidade de manejo de ação civil pública – prevista pela Lei 7.347/85 –, também da ação civil coletiva presente nas disposições do Código de Defesa do Consumidor, a ação popular – prevista pela Lei 4.717/65 – e o mandado de segurança coletivo.¹⁰⁷

Tais ações visam defender os direitos relacionados ao consumo, tanto de natureza difusa – que são aqueles indeterminados, indivisíveis, transindividuais, que têm como titulares não pessoas em específico mas em verdade uma coletividade indeterminada –, também aqueles de natureza coletiva – direitos também transindividuais, mas que estão presentes na esfera de direito de um grupo de pessoas que apresentam mesmas características, ligadas a uma relação jurídica base –, e por fim, os direitos individuais homogêneos – que são interesses determináveis, em que é possível se determinar quanto e como cada sujeito envolvido na relação faz jus na relação jurídica.

Geralmente estas ações tem sua legitimidade ativa, ou seja, atribuição conferida por lei para iniciar tais processos judiciais, definidas pelas leis que as instituem, conferindo a órgãos de proteção à coletividade, como o Ministério Público e as Defensorias Públicas, tal competência.

Como objeto desses processos, há a possibilidade de se guerrear pelo pagamento de indenizações, condenações às obrigações de fazer, de não fazer, ou realizar pedidos cautelares. Tudo em busca da proteção do consumidor em sua perspectiva coletiva.

Dentre as diversas medidas previstas para estas ações, destaca-se o TAC, que é o Termo de Ajustamento de Conduta, previsto no artigo 5º da lei 7.347/85. Com o TAC, os órgãos públicos interessados poderão firmar compromisso de ajustamento de conduta com os particulares infratores e este documento terá eficácia de título executivo extrajudicial. Tal determinação legal confere maior celeridade e efetividade ao cumprimento das decisões que visam proteger consumidores lesados.

¹⁰⁷ ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p 251

Assim, não faltam instrumentos que visam coibir a prática de condutas abusivas por partes dos fornecedores de serviço, sobretudo aqueles que determinam a obrigação arbitrária e injusta contra o consumidor, acerca de suas vestimentas.

5 A PROTEÇÃO DO ESTABELECIMENTO COMERCIAL E SUA FUNÇÃO ECONÔMICA

5.1 A IMPORTÂNCIA DOS BENS DE PRODUÇÃO E SUA PROTEÇÃO JURÍDICA

Quando se pensa nas condições de vida do ser humano em sociedade, o primeiro ponto que emerge a lembrança daquele que exerce esta atividade intelectual são as questões de saúde. E há uma razão para isto: a saúde é a necessidade mais básica de todo ser humano, de modo que não há vida em paz sem ela.

Tão importante quanto a própria vida, – ou, dentro da ciência jurídica, do direito à vida – a saúde é sua correlata. Assim, não há o que se falar em direito à vida sem se falar no direito à saúde.

Mais do que uma simples relação de causalidade, tais institutos são intrinsecamente condicionados, de maneira que se assemelham como se um só fossem, não havendo o que se falar em vida sem saúde, em uma perspectiva individual, já que ninguém deseja manter uma vida desgarrada de um bem-estar físico, psíquico, mental e emocional.

Porém, a análise da vida humana em comunidade requer uma percepção de estudo muito além dos limites da fisiologia humana.

Com isso não se quer dizer que a saúde não deva ser um dos objetos de estudo das Ciências Sociais. Muito pelo contrário. Assume-se aqui que, além de ser prerrogativa natural de cada indivíduo – prerrogativa aqui no sentido de direito –, há também a perspectiva difusa e coletiva de tal instituto, que deve ser observada por uma democracia condizente com os princípios do Estado de Bem-estar Social. Já aqui se percebe a íntima relação que a saúde tem com o Direito, sendo desnecessário, para não se dizer cansativo, trazer o objeto de estudo das outras ciências sociais.

Mas, nesse momento, é conveniente deixar a saúde para as ciências correspondentes à área deste objeto de estudo e focar no aspecto intersubjetivo da sociedade, ou seja, nas relações entre seres humanos, presumidamente, em condições normais de saúde e força física. Tal atitude é necessária para se buscar o entendimento que se busca no foco deste trabalho.

Em sociedade, o homem se entende cada vez mais necessitado, seja de bens, ou até de serviços, que este não consegue desempenhar ou produzir por si só. Isto, de certa forma, revela a sua fragilidade como indivíduo, buscando sempre a ajuda de seus semelhantes em sua comunidade.

Destarte, percebe-se que o ser humano além de ter que saciar suas necessidades fisiológicas, que são as suas necessidades básicas, também busca a realização de suas aspirações consumistas, desde o gozo de um bom café, até o investimento em um curso de graduação.

E a propriedade tem íntima relação com a satisfação destes seus anseios.

O homem primitivo percebeu, durante o engatinhar da humanidade, que ter o domínio sobre determinado bem garantiria a ele a perpetuidade da fruição deste objeto, dentro dos limites de durabilidade do próprio bem, trazendo-lhe segurança e conforto. Com isso ele percebeu a importância da propriedade, e deste modo, associou tal instituto à sua própria segurança: a sua subsistência.

Isto por que:

o proprietário de uma coisa (...) impõe sua vontade; o poder sobre as coisas engendra um *poder pessoal*; a propriedade, assim, de mero título para dispor de objetos materiais, se converte em um *título de poder* sobre pessoas e, enquanto possibilita o exercício do poder no interesse privado, converte-se em um título de domínio.¹⁰⁸

Nesse contexto que surge o conceito de propriedade individual. E é impossível se entender o que significa a propriedade sem ter ao seu lado a figura do proprietário. Ela é então “o poder jurídico atribuído a uma pessoa de usar, gozar e dispor de um bem, corpóreo ou incorpóreo, em sua plenitude e dentro dos limites estabelecidos na lei, bem como reivindicá-la de quem injustamente o detenha.”¹⁰⁹

Inclusive, o Código Civil de 2002 traz a definição de quem é o proprietário, sendo este atrelado ao conceito de propriedade. Veja: “Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.”

¹⁰⁸ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica Na Constituição de 1988**. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 22

¹⁰⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas**. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 209

Assim, a propriedade é um elemento essencial na existência e no convívio humano, desde os primórdios até os dias atuais, de modo que seria impossível se pensar na vida em sociedade sem a existência do instituto da propriedade privada.

E esta condição é a normalidade, afinal o que é de ninguém algum dia será de alguém, já que o ser humano tem a natureza de explorar alguma coisa em busca de algum proveito próprio, seja econômico, intelectual ou simplesmente consumista. E é mais do que sabido que os recursos, sejam eles naturais ou artificiais, são escassos.¹¹⁰

Quando essa propriedade está adstrita a bens consumíveis pelo seu detentor, em atuação na sua esfera individual e privada, não há qualquer problema em sua conduta, desde que não prejudique terceiros com o não cometimento de ilicitudes, tanto na esfera penal quanto na esfera civil. Este poderá dar a destinação que julgar necessária aos seus bens, em exercício livre de suas escolhas e aspirações, sempre utilizando sua propriedade como lhe convier durante o transcorrer de sua vida útil.

A problemática surge quando o objeto de estudo é um bem de produção.

Sobre este ponto, requer-se do leitor um esforço que vai além do conhecimento jurídico, adentrando um pouco nos conhecimentos da Economia.

Fugindo um pouco da classificação clássico-jurídica dos bens, que divide os bens em móveis ou imóveis, aqui se faz a reserva de uma classificação econômica deste objeto de estudo, que diferencia os: a) bens de produção; dos b) bens de consumo. Com isso não se quer afastar a importância doutrinário-jurídica da diferenciação entre os bens semoventes daqueles que não tem esta característica; apenas se traz outra perspectiva, de outra ciência, tão humana quanto o Direito.

Apesar da relação dicotômica entre bens móveis e imóveis ter íntima relação com o conceito de fatores de produção da Economia, já que esta tem origem no período medieval, onde se determinava o poderio político-econômico de uma pessoa pela quantidade de terras (ou bens imóveis) que esta possuía, sendo a moeda ou qualquer outro meio de troca de mercadorias (bens móveis) meio complementar¹¹¹, para não se dizer residual, de utilização de riquezas, esta classificação é inócua para o presente trabalho.

¹¹⁰ ROSSETTI, José Paschoal. **Introdução à Economia**. São Paulo: Editora Atlas, 2008, p. 95

¹¹¹ COMPARATO, Fábio Konder. **Função Social da Propriedade dos Bens de Produção**. REVISTA DE DIREITO MERCANTIL, INDUSTRIAL, ECONOMICO E FINANCEIRO, v. 63, 1986, pag 72

E há uma forte relação entre a Economia e o Direito, já que o bom economista deve estar sempre atento com o ordenamento jurídico vigente, de uma determinada situação social, para não incorrer em erro, evitando chegar a conclusões equivocadas daquele espaço amostral.

Já o Direito estabelece regras que influenciarão comportamentos que são de relevância econômica, como as celebrações contratuais, as estipulações de obrigações e as relações mercantis.¹¹²

Para a Economia, os bens são “produtos tangíveis, resultantes de atividades primárias e secundárias de produção. É a denominação genérica dos produtos que provêm das atividades agropecuárias e das diferentes categorias de atividades industriais, de transformação e construção.”¹¹³ Enquanto que os serviços são produtos intangíveis e que derivam do setor terciário da economia.

Pois então, os bens de consumo são aqueles que têm por finalidade cessar uma necessidade momentânea – e por vezes até protelada pela durabilidade do próprio bem – daquele que o detém, por meio da consumação do mesmo, atingindo-se a sua finalidade específica. Como exemplos tem-se os vestuários, que servem para vestir, a água mineral que serve para hidratar, dentre tantos outros bens consumíveis. Como dito, a finalidade deste objeto é apenas suprir uma necessidade daquele que o detém, e não gerar riquezas, via de regra. Se o seu detentor o utiliza com o intuito de auferir lucros, este não está mais figurando como consumidor do seu próprio bem, mas em verdade como comerciante, praticando um ato negocial em torno daquele objeto.

Inclusive, voltando ao âmbito do Direito do Consumidor, essa prática transforma a figura do consumidor final em mais um fornecedor na cadeia de consumo de um determinado bem, configurando uma nova situação jurídica para aquele sujeito.

Por outro lado, os bens de produção, que também são chamados de bens de capital, compreendem um conjunto de bens que têm uma destinação de gerar lucros, produzir riquezas, transformar insumos, administrados por aqueles que exercem atos comerciais de uma atividade específica. Podem ser imóveis, como exemplo a terra, como móveis, a exemplo das matérias-primas e das máquinas. A associação e a conjugação de bens de produção

¹¹² ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAKN, Rachel. **Direito e Economia: análise econômica do direito e das organizações**. São Paulo: Editora Campus, 2005, p 3

¹¹³ ROSSETTI, José Paschoal. **Introdução à Economia**. São Paulo: Editora Atlas, 2008 p 146

possibilita ao empresário ofertar produtos necessitados pela sociedade, economicamente ativa ou não, de acordo com a sua demanda.¹¹⁴

Se aplicado corretamente, o investimento destinado à expansão dos bens de produção gera uma adição geral do número de bens de produção, em termos líquidos, no estoque de capital de uma sociedade – aqui como sinônimo de comunidade humana –, se esta for superior à depreciação.¹¹⁵

Assim, os bens de produção, administrados empresarialmente, geram os bens de consumo. Infere-se que, para que os bens de consumo existam, é necessário o investimento suficiente na faixa produtiva da economia, com o proporcional investimento nos bens de produção, seja na expansão da quantidade de máquinas, como também na compra de mais insumos que serão destinados à produção de novos bens de consumo, ou então com o investimento no trabalho.

É importante se ter em mente também que a defasagem dos investimentos em bens de produção em um setor específico da economia gera a diminuição da oferta, na perspectiva microeconômica, e consequente aumento de preço, se a demanda for sempre crescente, ou ao menos constante.

Esta classificação econômica dos bens, em bens de produção e de consumo, decorre de uma análise funcional, sendo utilizado como critério de diferenciação entre um ou outro bem a destinação e a finalidade que cada um exerce no cenário econômico.¹¹⁶

É salutar, portanto, entender a diferença entre os tipos de bens e os reflexos gerados por eles no cenário econômico, em perspectiva macroeconômica. É patente que, o instituto da propriedade na perspectiva do consumidor é uma mera satisfação de necessidades enquanto que, por outro lado, ela na perspectiva do empresariado – que são aqueles que detêm os meios de produção – corresponde à possibilidade de produzir aquilo que a sociedade almeja, sendo garantida a possibilidade de lucro, ao menos em sua potencialidade, no exercício desta atividade produtiva.

Assim, “nenhuma economia pode prescindir da capacidade empresarial como fator de produção, seja esta atribuída preponderantemente a agentes e a grupos privados, seja a organismos governamentais.”¹¹⁷

¹¹⁴ ROSSETTI, José Paschoal. **Introdução à Economia**. São Paulo: Editora Atlas, 2008 p 146

¹¹⁵ *Ibidem*, p 125

¹¹⁶ COMPARATO, Fábio Konder . **Funcao Social da Propriedade dos Bens de Producao**. REVISTA DE DIREITO MERCANTIL, INDUSTRIAL, ECONOMICO E FINANCEIRO, v. 63, 1986, p. 72

¹¹⁷ ROSSETTI, José Paschoal. *Op.cit.*, 2008, p. 141

Neste fluxo econômico, de um lado se encontra o consumidor, que demanda certa quantidade de produtos que serão fruídos ao longo da sua vida, de acordo com suas necessidades, enquanto do outro se encontra o empresário-produtor, que oferta aquilo que é procurado, com a perspectiva da obtenção do lucro. Assim funciona a relação econômica entre oferta e demanda.

Vale a pena lembrar que o lucro é uma expectativa aleatória de remuneração. Este difere dos salários e pagamentos comerciais, que geralmente decorrem de obrigações contratuais. O lucro é eventual e residual, não havendo qualquer garantia ao empresário de seu recebimento.¹¹⁸

Em uma análise microeconômica, com maior proximidade às etapas produtivas, percebe-se que o fenômeno da produção de bens é muito mais complexo do que o simples ato de comprar aquilo que se necessita, com a sua posterior fruição.

Enquanto que ao consumidor é necessário apenas possuir o capital mínimo para a aquisição da mercadoria ou do serviço que procura, além de despender o tempo necessário para buscar aquilo que deseja, o produtor tem um maior grau de comprometimento com a atividade produtiva.

Os agentes dotados de capacidade empresarial reúnem um conjunto de qualificações que os diferenciam em relação aos contingentes economicamente mobilizáveis. As principais, destacadas por Leibenstein, são as seguintes: a) ter visão estratégica, orientada para o futuro, capaz de antever novas realidades e seus desdobramentos; b) ter baixa aversão aos riscos inerentes ao ambiente de negócios; c) ter espírito inovador, quebrando paradigmas, abrindo novas fronteiras, propondo novas soluções para satisfazer as ilimitáveis necessidades humanas; d) ter sensibilidade para farejar oportunidades de investimento ou de reunir e processar informações que os levam a descobri-las; e) ter energia suficiente para implantar projetos de empreendimento, animando tanto investidores quanto sejam necessários para a sua execução; f) ter acesso aos outros quatro fatores de produção, bem como a capacidade de combiná-los e motivá-los, levando adiante projetos implantados¹¹⁹

O fornecedor de serviços ou mercadorias precisa investir na cadeia produtiva, ou em outras palavras, gastar capital com a aquisição do terreno imobiliário onde se assentará seu negócio, investir na construção do prédio, ou paralelamente gastar o valor de alugueres para se estabelecer em um imóvel de outra pessoa, investir em maquinário, objetos de escritório, remunerar os serviços de colaboradores, contratar com fornecedores de matéria prima, investir na criação de uma marca ou nome empresarial, pensar em um conceito diferenciador da

¹¹⁸ NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: Introdução ao Direito Econômico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p 250

¹¹⁹ ROSSETTI, José Paschoal. **Introdução à Economia**. São Paulo: Editora Atlas, 2008 p. 141

concorrência, investir em segurança, capacitação de empregados, assumir riscos da atividade, garantir um mínimo de capital de giro, dentre tantas outras necessidades.

Há também de se levar em consideração que, no exercício da atividade empresarial, o empresário estipula e pratica uma série de atos que engrandecem a macroeconomia de um país, como a contratação de mais empregos, maior aplicação de investimento em outros setores microeconômicos, e estipulação de novos contratos com outras sociedades empresariais. Quando os setores produtivos estão em boas condições, há uma expansão do produto, possibilitando a criação de novas empresas, novas atividades, e uma maior concorrência é verificada, aumentando a qualidade geral dos serviços e mercadorias, com potencial redução de preços.

Em verdade, o crescimento econômico ocorre quando há uma expansão na disponibilidade de bens e serviços finais por habitante. Assim, quando as taxas de crescimento de produto são superiores às taxas de crescimento demográfico, há um maior volume de bens e serviços ofertados ao consumo por pessoa, elevando a qualidade destes bens e serviços e favorecendo o bem-estar econômico de uma sociedade.

Desta forma, em um cenário de crise e dificuldades financeiras, o polo que enfrenta um maior risco econômico é o correspondente aos produtores, se comparados com os consumidores, já que aqueles têm um maior grau de comprometimento de capital. O tempo necessário para uma reação dos empresários frente a essas crises é muito maior que dos consumidores, que diante de qualquer tipo de dificuldade financeira, subitamente parariam de consumir e poupariam qualquer capital que lhes fosse oferecido, enquanto que uma indústria, por exemplo, não pode simplesmente parar sua atividade, sob pena de haver perdas incalculáveis de matéria-prima e gastos desnecessários com pessoal.

Afinal, como é sabido, uma atividade empresarial possui gastos fixos diários, independente de estar em atividade ou não. Por mais que a sociedade empresarial esteja inoperante, esta possui contratos para honrar, sejam os de natureza comercial, como também os de natureza trabalhista. Sem contar com os ônus tributários.

E se as instituições empreendedoras não tiverem possibilidade de honrar com seus compromissos contratuais, haverá repercussões jurídicas para tal inadimplemento, afetando diretamente a economia e a postura gerencial dos detentores dos bens de capital.¹²⁰ Quando

¹²⁰ ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAKN, Rachel. **Direito e Economia: análise econômica do direito e das organizações**. São Paulo: Editora Campus, 2005, p 7

um número significativo de empresários do mesmo segmento tomam atitudes semelhantes, tal comportamento se torna relevante para a Economia.

Enquanto que o cidadão prudente, diante de eventuais crises econômicas nacionais – como a que o Brasil está preste a viver neste primeiro semestre do ano de 2015 – ou até as de âmbito familiar de natureza financeira – como a perda de emprego de um dos membros da família – acumularia qualquer capital que tivesse acesso, com o fim de poupar e evitar endividamentos, as sociedades empresariais não têm tal regalia. Há o custo mínimo da atividade, e este é constante.

Ainda sobre a gestão do próprio negócio, o empresário então deve preocupar-se com o futuro deste, e com a sua potencialidade financeira, traçando metas para o vencimento dos custos. Sobre este assunto, a economia reserva uma parte de seus ensinamentos, correspondentes à Economia dos Custos de Transação.

A ECT ensina que no âmbito dos contratos empresariais, durante as suas execuções, existe a possibilidade do surgimento de problemas futuros e que estes devem ser previstos em sua totalidade, ou ao menos em sua maior parte, no momento presente pelo empreendedor, ou em outras palavras, no momento de estipulação contratual.¹²¹

Tais custos devem sempre ser previstos em etapa de planejamento e elaboração contratual, de modo que seja possível ao empresário ter capacidade de escolha entre alternativas e que este seja capaz de escolher aquela que representa um cenário mais favorável financeiramente para a sua atividade. Assim, até o inadimplemento contratual pode ser uma opção financeiramente viável muitas vezes, mesmo sendo tal ato considerado ousado, arriscado e contrário aos ditames sociais e jurídicos.

Mas o que se deve ter em mente é que, na perspectiva do empresário, a elaboração de contratos completos, sem lacunas e perfeitos, é uma atividade impossível, mesmo com o maior esforço destinado e com altos investimentos no estudo da ECT.

Aqui encontramos uma primeira aproximação com a Análise Econômica do Direito. Os agentes abster-se-ão de quebrar os contratos se os custos de rompimento forem maiores que os benefícios de fazê-lo, de acordo com a tese sugerida por Benjamin Klein, que discute a existência de um intervalo de autocontrole, *self enforcing range*, dentro do qual os contratos são automaticamente honrados.¹²²

¹²¹ ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAKN, Rachel. **Direito e Economia: análise econômica do direito e das organizações**. São Paulo: Editora Campus, 2005, p 8

¹²² *Ibidem*, p 9

Percebe-se, desta forma, que o ordenamento jurídico então vigente tem interferência direta na postura do corpo empresarial de um país, ditando comportamentos não através da coerção direta, mas em verdade incentivando comportamentos economicamente viáveis.

Se a situação econômica do segmento de mercado explorado é relevante e é amplamente estudada pelo empresário no momento em que este pratica suas escolhas gerenciais, tocando seu próprio negócio, é salutar perceber que a livre iniciativa e a concorrência, evidenciadas pelas leis naturais do mercado (oferta e demanda), têm determinante influência em como o empresário age na sua administração.

A livre iniciativa no sentido de que o empresário tem a liberdade gerencial de sua empresa, podendo este escolher qual caminho traçar, dentro obviamente da legalidade assegurada pelo ordenamento jurídico.

Já a concorrência influencia nas decisões do administrador no momento em que este percebe uma forte interferência de outras sociedades empresariais atuantes no mesmo setor econômico que ele, alterando o seu poder de decisão, forçando comportamentos e condutas, criando a necessidade de investimentos em itens que talvez nunca fossem necessários em uma situação real de monopólio.

Aqui reside a importância de se saber até que ponto pode um ordenamento jurídico interferir no comportamento dos empresários, detentores de bens de produção, em uma perspectiva econômica. Ou, em outras palavras, se questionar: é saudável economicamente se interferir indiretamente na economia, restringindo a livre iniciativa empresarial, através de leis e princípios jurídicos?

Sobretudo quando se sabe que o empresariado deve inovar a cada dia o seu objeto de exploração comercial. Afinal, o mundo capitalista está sempre em evolução. A maneira como se presta um serviço atualmente diverge substancialmente da maneira como se praticava o mesmo serviço há cinquenta anos, na maioria dos setores da economia. Até porque as necessidades e aspirações humanas vêm mudando com o tempo: o que se desejava há cinquenta anos não se deseja mais atualmente.

Desta forma, o empresário deve estar atento à demanda do seu mercado consumidor, sendo este a principal fonte de receita de sua atividade. E para monitorar este mercado, é imprescindível o investimento em marketing.

Sobre esta ciência, “o marketing é uma função organizacional e um conjunto de processos que envolvem a criação, a comunicação e a entrega de valor para os clientes, bem como a administração do relacionamento com eles, de modo que beneficie a organização e seu público interessado”.¹²³ Em outras palavras, é a arte de vender produtos e serviços.

No setor administrativo incumbido pelo marketing da empresa, o gerente responsável pela análise do mercado consumidor, ou até o próprio sócio, tentará detectar as necessidades apresentadas pelos seus clientes, com o intuito de satisfazê-las, fazendo com que estes retornem aos seus estabelecimentos. Ou então buscará ler as necessidades de potenciais clientes que ainda não foram desfrutar do seu serviço ou produto, na tentativa de captá-los como novos consumidores não eventuais.

O problema é que para se fazer uma leitura de mercado efetiva, identificando estas necessidades, é necessário uma quantidade razoável de investimento, o que muitas vezes torna esta atividade muito complicada, onerosa e que requer um alto grau de comprometimento.

Porém, quando estes investimentos são realizados, o empresário fica apto a entender melhor o seu mercado consumidor, podendo traçar objetivos de venda e, com os projetos que julgar necessários, selecionar qual público alvo se encaixa mais perfeitamente com o tipo de produto ou serviço que pretende ofertar.

Ao contrário do que se pensa, muitas vezes não é possível satisfazer a totalidade dos possíveis consumidores dentro de um setor econômico. Às vezes se faz necessário selecionar apenas um nicho em especial.

É o que se chama de segmentação, posicionamento ou escolha de mercado-alvo.

Após examinar diferenças demográficas, psicográficas e comportamentais entre os compradores, eles identificam e descrevem grupos distintos, que podem preferir ou exigir vários mixes diferentes de produtos ou serviços. Então, decidem quais segmentos apresentam a maior oportunidade – quais são seus mercados-alvo. Para cada mercado-alvo escolhido, a empresa desenvolve uma *oferta de mercado*.¹²⁴

Tal atividade consiste, em outras palavras, em selecionar, dentre todos os possíveis consumidores de um mercado, aqueles que se encaixam em determinados parâmetros comportamentais, com específicos gostos e características, para poder então dar aquilo que

¹²³ KOTLER, Philip; KELLER, Kevin. **Administração de Marketing: a Bíblia do Marketing**. São Paulo: Editora Prentice Hall, 12ª Edição, 2006, p 4

¹²⁴ *Ibidem*, p 22

estas pessoas precisam. Por isso que comumente se diz que uma empresa é voltada para o público “classe A, B ou C”.

Isto é o exercício puro da livre iniciativa, instituto protegido pela Constituição Federal de 1988 e explicitada linhas acima, no presente trabalho. Esta se revela aqui, onde o empresário determina de forma livre a sua escolha de como, onde e quando exercerá a sua atividade comercial.

E tal exercício tem se mostrado cada vez mais criativo, com a utilização de novas técnicas de vendas, em uma comunicação maior com a clientela e satisfação das mais variadas necessidades dos públicos-alvo. Isto porque a economia se mostra cada dia mais competitiva, com consumidores cada dia mais exigentes.

É nesse contexto que se encaixa o marketing estratégico: define-se o valor do produto ou serviço antes mesmo de sua elaboração, através de pesquisas de opinião, identificação de necessidades do mercado de consumo, dentro outras atividades. Valor aqui não está no sentido de preço, ou valor financeiro, mas em verdade significa aquilo que representa perante aqueles que o consomem, ou aquilo que inspiram naqueles que o procuram ou adquirem.¹²⁵

E a criação e posterior consolidação de um valor muitas vezes se demonstra uma atividade de suma importância na estabilidade de uma empresa. O que diferencia um produto ou um serviço de tantos outros muitas vezes é aquilo que o público acha daquele empresário, ou daquela marca, ou daquilo que estes representam para aqueles que os consomem perante seus amigos ou familiares.

De certo modo, é possível se afirmar que o valor que determinado produto ou serviço possui perante a sociedade é uma espécie de propriedade, inerente aquele que o produziu: o próprio empresário. Se assim não fosse, não haveria a proteção à propriedade intelectual e às marcas. E como toda propriedade, esta comporta proteção pelo ordenamento jurídico, mas também possui limites, não sendo direito absoluto.

Ao mesmo tempo em que este valor tem proteção jurídica contra eventuais turbações e desrespeitos, há proteção também contra eventuais abusos que possam ser cometidos em nome desta inovação ideológica, se por acaso aquele valor ferir algum instituto jurídico, seja de natureza administrativa, como cível, penal, ou correspondente aos direitos fundamentais individuais ou coletivos.

¹²⁵ KOTLER, Philip; KELLER, Kevin. **Administração de Marketing: a Bíblia do Marketing**. São Paulo: Editora Prentice Hall, 12ª Edição, 2006, p 34

Afinal, a função social não tem a finalidade de anular a livre iniciativa nem de inibir as inovações na órbita empresarial, mas sim de assegurar que o projeto do empresário seja compatível com o igual direito de todos os membros da sociedade de também realizarem os seus respectivos projetos de vida.¹²⁶

Assim, este valor não pode violar direitos alheios, tanto individuais como coletivos.

A própria Constituição Federal prevê uma direção que o empresário deve tomar ao se utilizar da livre iniciativa empresarial, respeitando uma coletividade, inclusive de consumidores, protegidos pelo inciso V do artigo 170 do texto constitucional.

A autonomia, enquanto princípio que justifica o exercício de um direito somente e enquanto este se mostra compatível com o exercício dos direitos dos demais membros da sociedade, respondendo o titular pelos seus excessos e desvios. Daí a importância do art. 170, da Constituição, ao prever as balizas para tal análise na esfera econômica¹²⁷

Esta conclusão parece óbvia em primeiro momento, mas é importante se ter em mente que tal entendimento torna cristalino o fato de que a livre iniciativa e a liberdade gerencial são suprimidas. Não são, também, direitos absolutos. É uma conciliação entre o Direito de Liberdade do empresário, com a proteção dos interesses sociais, garantidos pelo Estado Social.¹²⁸

Então, se mostra essencial saber como pode o empresário segmentar o mercado-alvo de uma prestação de serviço ou do oferecimento de um produto sem violar preceitos jurídicos. Ou em outras palavras, gerir sem violar direitos individuais e coletivos, tanto de seus clientes, como também de toda a coletividade, mesmo que não clientes.

5.2 A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE EMPRESARIAL

Diante da importância dos meios de produção para a economia de um país, que fora discutido nas linhas anteriores, é imprescindível se discutir acerca da função social da propriedade empresarial.

Tal instituto jurídico fora consagrado efetivamente pela Constituição de Weimar, que previu este e tantos outros direitos sociais, consolidando o que se chama de Estado Social, o que

¹²⁶ FRAZÃO, Ana. **Função Social da Empresa: Repercussões sobre a responsabilidade civil de controlares e administradores de S/As**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2011, p 193

¹²⁷ *Ibidem*, p 224-225.

¹²⁸ *Ibidem*, p 94.

seria, em uma breve síntese, uma adaptação do Estado Liberal, com a efetivação de algumas garantias individuais e a criação de outras com características sociais.¹²⁹

Procurou-se uma solução intermediária entre os direitos subjetivos, dentre os quais se destaca o direito à propriedade, com a conformidade destes com os interesses gerais da sociedade. Em outras palavras, se trouxe a dimensão funcional destes direitos, com a preocupação dos efeitos destes com a coletividade, havendo ampla proteção da repercussão social trazida pela prática dos direitos individuais.

Deste modo, a finalidade da função social seria, dentro desse contexto moderno de Estado Social, não apenas limitar os direitos subjetivos através da supressão das condutas contrárias às necessidades sociais, mas se atribuir um norte idealizador de condutas, que deveria ser respeitado pelos indivíduos na prática e execução de seus direitos.¹³⁰

No atual contexto do ordenamento jurídico brasileiro, a função social da propriedade é disposta na Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XXIII, e atua como uma limitação ao direito de propriedade.¹³¹ Assim, este direito não é mais algo absoluto e inviolável como antigamente se doutrinara.

A propriedade deixou de ser um direito estritamente individualista para se tornar um elemento-parte da “ordem econômica” constitucional. Assim, a propriedade, ao cumprir com sua função social, atinge sua finalidade coletiva, atendendo a comunidade ao seu redor.

Com isto, há também o reconhecimento da importância da propriedade privada para a economia da nação, de modo que a função social é prevista também como princípio da ordem econômica, nos incisos II e III do artigo 170 do texto constitucional. Tal artigo prevê outros tantos princípios norteadores desta ordem constitucional, além da função social da propriedade. “É inequívoco que a função social relaciona-se com todos esses princípios, destacando que o fim da empresa é o de proporcionar benefícios para todos os envolvidos com tal atividade (sócios, empregados colaboradores e consumidores) e também para a coletividade”¹³²

É válido lembrar que as prerrogativas da propriedade, como o direito de usar, gozar e dispor do bem, ainda são asseguradas no ordenamento jurídico – artigo 1.228 do Código Civil de

¹²⁹ FRAZÃO, Ana. **Função Social da Empresa: Repercussões sobre a responsabilidade civil de controlares e administradores de S/As**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2011, p 98

¹³⁰ *Ibidem*, p 102

¹³¹ TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo: Editora Método, 2011, p. 148.

¹³² FRAZÃO, Ana. *Op.cit.*, p 194

2002. Apenas há uma mitigação do instituto. Este próprio artigo, em seu parágrafo primeiro consagra a importância social da propriedade, mitigando-a.

A problemática no reconhecimento da função social da propriedade empresarial é que comumente se atribui a função social da propriedade apenas aos bens imóveis, em especial aos imóveis rurais, ou às fazendas improdutivas.¹³³ Isto decorre de alguns motivos. Inicialmente, a Constituição Federal de 1988 prevê expressamente a hipótese de desapropriação de imóveis rurais para fins de reforma agrária, em seu artigo 184. Além disso, a terra sempre foi encarada como sinônimo de riqueza e, economicamente, como um bem de produção. Como se esta fosse a única forma de explorar economicamente uma atividade.

Porém, esta é apenas uma das modalidades de desapropriação administrativa, ou seja, realizada pela administração pública, que são as: a) desapropriação por necessidade pública; b) desapropriação por utilidade pública; e por fim c) desapropriação por interesse social. Todas essas modalidades estão previstas no artigo 5º, inciso XXIV da Constituição Federal. A desapropriação do artigo 184 é uma subespécie da modalidade por interesse social.

Basicamente, a necessidade pública surge quando o Poder Público vê, como única solução de algum problema enfrentado, a aquisição de determinado bem particular. Já a utilidade pública surge quando a Administração necessita de determinado bem privado para exercer suas atribuições constitucionais de maneira plena, como a prestação de algum serviço público de maneira mais satisfatória. Por fim, o interesse social surge sobre o bem, que será futuramente desapropriado, quando este representa para uma coletividade de pessoas a garantia de direitos fundamentais. Eles são escolhidos como a solução dos problemas sociais das classes mais abastadas.¹³⁴

Há também outra espécie de desapropriação, que é a de bem imóvel urbano, prevista no artigo 182 da CF. Esta modalidade de desapropriação ocorre quando o bem não cumpre as exigências de ordenação previstas no plano diretor do município.

Pois bem. Porém, a função social da propriedade não deve ser lembrada e remetida apenas quando se fala em desapropriação, como hoje é feito. Restringir tal instituto apenas para os casos de improdutividade de imóvel rural (que buscará cessar assim uma omissão do particular) ou para as hipóteses de interesse do Poder Público para com o bem (neste caso, o

¹³³ GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012, p. 123

¹³⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas**. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 315

bem não é improdutivo, mas, em nome de um interesse maior, que é o público, concede-se a propriedade à Administração Pública) é negar a real importância deste instituto.

Na realidade, a função social deve ser observada em toda e qualquer modalidade de propriedade, e diante de qualquer desvio de finalidade praticado pelo particular, não apenas nas hipóteses de desapropriação. Esta deve ser considerada apenas como uma última medida, uma *ultima ratio*. Desapropriar deve ser um ato tomado com o devido cuidado, devendo ser efetivado apenas quando não houver qualquer outra solução menos gravosa ao proprietário do bem em discussão.

A desapropriação não deve ser vista como a única medida cabível contra o proprietário que não atende à função social do seu bem. Assim como aquele que comete um crime pode sofrer a pena de prisão, ou o pagamento de multa, ou a prestação de serviços sociais, é conveniente e juridicamente proporcional se imputar penalidades aquele que não cumpre com a função social de seu bem com medidas bem menos gravosas que a desapropriação. Sejam elas de natureza civil, como administrativa.

Óbvio que a desapropriação, ou perda da propriedade, é uma atitude extremada, aplicada em último caso. É a certificação de que a propriedade exercida daquela maneira, em desacordo com a função social, deve ser extirpada do convívio social e a efetivação de uma propriedade que atenda ao interesse coletivo se faz essencial.

A título de exemplificação, no direito há também outras modalidades de institutos limitantes da propriedade que são menos lesivos à esfera de direito do proprietário, como as servidões administrativas ou o tombamento.

E sobre o dono de uma sociedade empresarial deve incidir também tal dever. Afinal, é tão propriedade quanto qualquer outra.

Ora, e neste ponto dando destaque ao ambiente corporativo empresarial, configura-se como o exercício do direito de propriedade ser detentor de uma sociedade empresarial, ou em outras palavras, participar como sócio de uma sociedade empresarial ou exercer a empresa de maneira individual, ou como tantas outras espécies que existem no ordenamento jurídico. A propriedade empresarial é espécie de um gênero em que também se encontram a propriedade imobiliária residencial, a propriedade de bens móveis, a propriedade imobiliária rural, a propriedade do direito do autor, dentre outras.

E como tal, a propriedade empresarial também representa um papel social importante, devendo corresponder com os fins sociais a que é destinada, de acordo com suas peculiaridades.

Logo, não há dúvida de que o reconhecimento da função social dos bens de produção representou uma importante etapa da consolidação da função social da empresa, ao ressaltar que o patrimônio desta não poderia estar comprometido apenas com os interesses do empresário ou dos sócios da sociedade empresária, mas deveria atender igualmente aos interesses da coletividade.¹³⁵

Afinal, como dito linhas acima, a empresa interfere no cenário econômico do país, gerando consequências para a sociedade como um todo. Não pode a atividade empresarial ser exercida de forma completamente livre, alheia às necessidades da coletividade e sem o devido respeito às esferas de direito das outras pessoas, tanto jurídicas, naturais, como públicas e privadas.

Algumas manifestações de propriedade demonstram com facilidade as suas reais finalidades e destinações, como por exemplo, a propriedade rural que tem, de maneira geral, o intuito de produzir insumos agrícolas, ou *commodities*. Não necessariamente o seu proprietário vá produzir bens agrícolas, como frutas, hortifrutigranjeiros ou a criação de animais; porém, de alguma forma, ele deve dar uma destinação produtiva a esta terra, sob pena de desvirtuamento ou inexistência de função social. A função social nesse caso é facilmente identificada, e em caso de seu descumprimento é sabido quais as consequências jurídicas que deverão ser aplicadas: a desapropriação para fins de reforma agrária.

No caso da propriedade rural há lei específica, que é a lei 8.629/93, que regulamenta este caso de não observância da função social nestas propriedades, inclusive havendo disposições expressas na CF/88 acerca da desapropriação de imóvel rural para fins de reforma agrária, como supracitado artigo 184. Porém, no caso da função social da propriedade empresarial, excluídas obviamente aquelas de natureza rural, não há entendimento legal expresso.

E muito pouco se fala na doutrina sobre isso.

Porém, nenhuma propriedade no ordenamento jurídico brasileiro pode ser exercida sem a observância de uma função social, ou uma adequação aos interesses da coletividade, mesmo como um fim mediato.¹³⁶

¹³⁵ FRAZÃO, Ana. **Função Social da Empresa: Repercussões sobre a responsabilidade civil de controlares e administradores de S/As**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2011, p 110

¹³⁶ COMPARATO, Fábio Konder. **Função Social da Propriedade dos Bens de Produção**. REVISTA DE DIREITO MERCANTIL, INDUSTRIAL, ECONOMICO E FINANCEIRO, v. 63, p. 71-79, 1986

Desta forma, o interesse do empresário, ao explorar os meios de produção, deve andar paralelamente aos interesses sociais, de forma harmônica e fundada no princípio do planejamento democrático.¹³⁷

Assim, os direitos dos sócios e dos administradores da sociedade empresarial não devem ser conflitantes com o interesse público geral. Ao se impedir a prática de abusos de direito por parte dos controladores desta modalidade social, o fim público será atingido e respeitado.

Em primeiro plano, a observância e respeito ao objeto social da própria sociedade já configura como um indício à adequação da função social. Este é o primeiro e basilar passo em direção à adequação geral em relação à sociedade como um todo. A prática efetiva do objeto social é apenas um meio de efetivação desta.¹³⁸

Os acionistas e controladores, ao perseguirem e ao realizarem os objetivos contratuais da companhia, estão realizando simultaneamente os objetos do bem comum. São, portanto, constringidos a atender prioritariamente os legítimos interesses contratuais dos acionistas, sem descuidar das exigências que a lei impõe, no interesse da coletividade.¹³⁹

Em uma análise rasa, a função social da propriedade empresária seria atingida apenas com a prática da atividade descrita no objeto social previsto no contrato societário desta empresa. A desatenção a esta atividade geraria, no mínimo, um desvio de finalidade. Este desvio de finalidade, termo emprestado do Direito Administrativo¹⁴⁰, não teria o mesmo efeito prático que o instituto do direito público, porém definiria com rigor qual atividade deveria ser desempenhada pelo empresário.

Porém, atender à função social não é apenas respeitar o contrato social. Envolve outros fatores extracontratuais.

Isto porque, em última instância, as riquezas naturais, ainda que exploradas por forma, conhecimento e com emprego de tecnologia privada, são direito de todos. Principalmente pela consideração de que tais riquezas são escassas e findáveis. Se contrário fosse, não haveria concentração de renda e desigualdades.

¹³⁷ COMPARATO, Fábio Konder. **Função Social da Propriedade dos Bens de Produção**. REVISTA DE DIREITO MERCANTIL, INDUSTRIAL, ECONOMICO E FINANCEIRO, v. 63, p. 71-79, 1986

¹³⁸ FRAZÃO, Ana. **Função Social da Empresa: Repercussões sobre a responsabilidade civil de controlares e administradores de S/As**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2011, p 60

¹³⁹ CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei de Sociedade Anônimas**. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p 13

¹⁴⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Malheiros, 2009, p 400.

Como exposto acerca da importância dos bens de produção para a economia brasileira, a sociedade empresarial tem a importância de garantir emprego, suprir as necessidades consumistas da população, gerar renda e distribuir riquezas. Esta última é alcançada com a efetivação das políticas fiscais sobre a atividade.¹⁴¹

No ordenamento jurídico brasileiro infraconstitucional, a função social da empresa está exposta nos artigos 154 e no parágrafo único do artigo 116 da Lei 6.404 de mil novecentos e setenta e seis, a Lei das Sociedades Por Ações. O artigo 116 determina que a sociedade empresarial deve respeitar a comunidade em que atua. Já o artigo 117 traz a vedação à desconformidade dos atos da empresa com o objeto social do contrato que instituir a sociedade. Por fim, o artigo 154 expõe que os responsáveis pela gerência desta sociedade devem respeitar o bem comum e a função social da empresa.¹⁴²

É o que há de mais específico no que se refere à função social. Há também a previsão desta, no plano constitucional, no artigo 170, inciso III da CF/88, de forma genérica, como foi dito acima. “Com ela, permite-se estabelecer uma série de deveres positivos da empresa em relação aos grupos sociais de interesse afetados (individuais, coletivos ou grupais), limitando os interesses dos sócios.”¹⁴³

Porém, infelizmente, as disposições específicas ainda são bastante genéricas, a ponto de não prever exatamente quais as sanções que seriam impostas àquela sociedade empresarial que não cumprisse com a sua função social. Nem determina exatamente qual a real função social de uma sociedade empresária.

Segundo Eros Roberto Grau, a relação entre a propriedade e a função social é resultante em um poder-dever, o condicionamento do poder a uma finalidade.¹⁴⁴ É a criação de uma obrigação como um requisito para a fruição de um direito subjetivo.

O direito de propriedade deve ser visto, então, de duas formas. Em uma perspectiva estática, este se refere às faculdades do gozo de um bem, e a defesa do proprietário contra turbação alheia (direito subjetivo, poder); e também em uma perspectiva dinâmica, que se refere à

¹⁴¹ GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012, p. 123

¹⁴² CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei de Sociedade Anônimas**. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 14

¹⁴³ PROENÇA, José Marcelo Martins. **Função Social da Propriedade**. Série GVlaw. Direito Societário. Editora Saraiva, 2008, p. 14

¹⁴⁴ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica Na Constituição de 1988**. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 240.

função (dever), entendida como atividade, ou exercício da propriedade, que é mutável ao longo do tempo.¹⁴⁵

Desta forma, a função social empresarial é aplicada para permitir ao proprietário a prática de um fazer em benefício de si mesmo, mas que também deverá trazer, obrigatoriamente, acréscimos a toda coletividade. E este fazer é entendido como algo que se modifica ao longo do tempo, que não é estático, correspondendo às necessidades sociais que não necessariamente perduram com o tempo, mas que em verdade são um reflexo de todas as aspirações sociais. Não é, portanto, apenas um não fazer, ou uma vedação a uma omissão. É também uma imposição positiva, ou seja, obriga o titular do direito a praticar um ato em favor da comunidade.

Em verdade, a desatenção à função social de sua propriedade pelo empresário configuraria um abuso do direito. Este é classificado como ato ilícito pelo Código Civil Brasileiro de 2002 em seu artigo 187, que diz “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”¹⁴⁶

Logo, o abuso de direito se distingue do ato ilícito propriamente dito quando o agente de um determinado ato, considerado abstratamente lícito e aceito pelo ordenamento jurídico, exerce tal direito de forma desproporcional, descabida, em desatenção aos limites econômicos e sociais.

A consagração do abuso de direito não deixa de ser uma limitação aos direitos subjetivos, assim como ocorre com a função social da propriedade. Então, estará praticando um abuso de direito aquele que desrespeitar a função social desta propriedade.¹⁴⁷

Não é nem um pouco inconveniente lembrar que o abuso de direito também poderá ensejar responsabilidade civil e uma devida indenização, que será proporcional ao dano sofrido pela vítima direta do ato ilícito ou do abuso de direito. Este entendimento está compreendido no CCB/2002. “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”¹⁴⁸

¹⁴⁵ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica Na Constituição de 1988**. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 242-243.

¹⁴⁶ Código Civil Brasileiro de 2002, artigo 187.

¹⁴⁷ FRAZÃO, Ana. **Função Social da Empresa: Repercussões sobre a responsabilidade civil de controlares e administradores de S/As**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2011, p 223

¹⁴⁸ Código Civil Brasileiro de 2002. Artigo 927.

De qualquer sorte, além das obrigações no plano individual, no que se refere à reparação de danos, o empresário que não atentar para a função social da propriedade empresarial ao executar a sua prestação de serviço deverá sofrer sanções.

Desrespeitar os direitos dos consumidores, incluindo obviamente aqueles que os são de forma equiparada, é claramente a prática de um abuso de direito.

Portanto, o prestador de serviço, mesmo aquele de natureza recreativa, deve atentar à função social de sua empresa. Dentro daquela comunidade de consumidores locais, regionais ou nacionais, o que vai depender da extensão do seu próprio negócio,

6 CONCLUSÃO

Percebe-se, no presente trabalho, um estudo específico da relação jurídica de consumo.

Ficou notório o entendimento de que, utilizar-se apenas do argumento da vulnerabilidade do consumidor como método de resolução de litígios presentes na relação de consumo é fugir do aprofundamento da questão ora suscitada.

Apoiar-se na vulnerabilidade do consumidor para sempre decidir os litígios a seu favor é, no mínimo, uma atitude que vai de encontro com a Ciência do Direito.

Assim, ao se analisar acerca da legitimidade da conduta que os fornecedores tomam em desfavor de seus consumidores, deve-se analisar o ordenamento jurídico brasileiro desde as suas disposições constitucionais até as leis infraconstitucionais e portarias administrativas, passando também pelos contratos firmados entre os particulares.

Para se saber se é legítimo ou não discriminar consumidores de acordo com a roupa em que estes estão vestidos durante a prestação de serviço, com posterior negação da prestação do serviço ofertado, há a necessidade de se analisar diversas normas presentes no Direito brasileiro.

Inicialmente, é cabido se entender acerca da igualdade entre os homens e o que vem a ser discriminação. Como discutido em laudas acima, a igualdade é direito inerente ao homem, devendo haver respeito à condição do ser humano, seja por parte dos entes públicos, como também pelos particulares. É devido um respeito mútuo entre as pessoas, e entre o poder público e os seus administrados.

Ficou entendido que a discriminação de pessoas, de maneira aberta e abstrata, em sua concepção pura da palavra, não é algo vedado pelo ordenamento jurídico. Entendeu-se que a própria ciência do Direito pratica a discriminação de fatos, pessoas e objetos, sendo tal prática algo inerente ao exercício da regulação, que é o objeto puro do da Ciência Jurídica. A lei, ao elencar preceitos primários e renegar todo um resto de fatos, pessoas e objetos, discrimina um, em desfavor – ou a favor, a depender da consequência jurídica – dos demais. O que há de requisito de legitimidade é que esta discriminação deve ser razoável e proporcional, respeitando os limites impostos pelas próprias leis, Constituição e congruência logico-normativa com o resto do ordenamento jurídico.

Em segundo plano, é cabido se entender se o particular, fornecedor de serviço não essencial, como os de lazer, está exercendo a sua liberdade individual, sem ferir o direito alheio, ao negar a prestação desse serviço.

A liberdade do fornecedor de serviço se revela essencialmente na livre iniciativa e liberdade para contratar. Como se sabe, nos dias modernos, com o advento do Estado de Bem Estar Social, as liberdades, como outros direitos subjetivos, são mitigados em nome do interesse público. Portanto, como exposto no capítulo concernente a tal princípio, entende-se que a liberdade do exercente de atividade econômica sofre limites.

Não pode o fornecedor elaborar contratos como bem entender, de acordo apenas com o seu poder gerencial. Este deve obedecer aos limites impostos tanto pela Constituição Federal, como pelas leis infraconstitucionais, como o Código de Defesa do Consumidor, Código Civil e a Lei de Proteção à Ordem Econômica, assim como às determinações administrativas, como as portarias proferidas pelo Poder Executivo.

Percebe-se então que há um embate entre princípios constitucionais: de um lado o interesse do consumidor em não ser discriminado de forma desarrazoada, e do outro, o fornecedor que, por meio da livre iniciativa, pretender gerir seu negócio da forma de que lhe convir, negando a prestação de serviço quando este entender necessário.

Mas, como é sabido, não há antinomia presente em um ordenamento jurídico de forma concreta. Devem ser aplicadas as regras de solução de antinomia para a solução desse embate, sempre em nome da proporcionalidade e razoabilidade.

A nível infraconstitucional, foram expostas as condições impostas pelo CDC, em específico, acerca da negativa de prestação de serviço. Ficou entendido que não é possível ao fornecedor de serviço, segundo as disposições do CDC, negar prestar um serviço, nas condições reais de oferta, quando este é possibilitado de executá-lo, excetuando, nestes casos, as hipóteses de falta de estoque.

Assim, o fornecedor não poderá decidir pela não prestação de serviço apenas como estratégia de segmentação de mercado. Sobre esta, foi exposto em capítulo referente à importância da sociedade comercial frente ao cenário econômico nacional, trazendo o entendimento de que não se pode impor sanções tão lesivas aos prestadores de serviço por conta de seus efeitos econômicos.

Os fornecedores devem ser entendidos e vistos de acordo com a sua importância, devendo se respeitar também as suas limitações e necessidades, assim como é feito aos consumidores.

Por fim, houve a apresentação das modalidades de controle exercido pelos entes públicos perante os particulares, sobretudo aqueles que prestam serviços à população.

Percebeu-se que há o controle administrativo, por meio da tutela administrativa, com a execução de fiscalização por parte do Poder Executivo, sem a necessidade de iniciativa de qualquer ente lesado, seja particular ou até outro ente público, com posterior aplicação de sanções, sempre respeitando o contraditório e a ampla defesa nos processos administrativos. Tal atribuição é reservada ao poder executivo por conta do poder de polícia presente em sua natureza.

Há também o controle jurisdicional, praticado pelo Poder Judiciário, sempre através de provocação, seja por parte do particular lesado, ou por órgãos públicos com legitimidade para propor ações individuais ou coletivas, como, por exemplo, o Ministério Público.

Desta forma, há a possibilidade de aplicação de sanções tanto administrativas, no intuito de coibir a prática de atitudes abusivas por parte dos fornecedores, como também judiciais, com o fim de reparar danos e se proibir condutas.

Conforme tudo exposto, entende-se que a prática de negar a prestação de serviço não essencial e de lazer, tendo por critério apenas a inadequação da roupa utilizada pelo consumidor de acordo com aquilo que o fornecedor entende como necessário para se poder gozar da aquisição do serviço ofertado mostra-se, em primeiro plano, inconstitucional, por desrespeitar a isonomia e também ilegal, já que ofende o Código de Defesa do Consumidor, cabendo sanções de natureza administrativa e também judiciais.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teorias dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

BENJAMIN, Antonio Herman V; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

BOBBIO, Norberto apud TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo: Editora Método, 2011.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei de Sociedade Anônimas**. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Direito do Consumidor**. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

COMPARATO, Fábio Konder. **Função Social da Propriedade dos Bens de Produção**. **REVISTA DE DIREITO MERCANTIL, INDUSTRIAL, ECONOMICO E FINANCEIRO**, v. 63, 1986.

FERRAZ JR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

FRAZÃO, Ana. **Função Social da Empresa: Repercussões sobre a responsabilidade civil de controlares e administradores de S/As.** Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2011.

GOMES, Orlando. **Direitos Reais.** Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, Volume 3: Contratos e Atos Unilaterais.** São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas.** São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica Na Constituição de 1988.** São Paulo: Editora Malheiros, 2012.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

KOTLER, Philip; KELLER, Kevin. **Administração de Marketing: a Bíblia do Marketing.** São Paulo: Editora Prentice Hall, 12ª Edição, 2006.

MARQUES, Claudia Lima Marques. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** São Paulo: Editora Malheiros, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade.** São Paulo: Editora Malheiros, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira Mendes. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: Introdução ao Direito Econômico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

PROENÇA, José Marcelo Martins. **Função Social da Propriedade**. Série GVlaw. Direito Societário. Editora Saraiva, 2008.

ROSSETTI, José Paschoal. **Introdução à Economia**. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Editora Malheiros, 2015.

Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno - Mandado de Injunção nº 58/DF. Relator: Carlos Velloso. Ano: 1991.

TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo: Editora Método, 2011.

ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAKN, Rachel. **Direito e Economia: análise econômica do direito e das organizações**. São Paulo: Editora Campus, 2005.