

ISSN 2236-0859

DIREITO & DESENVOLVIMENTO

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

A (I) LICITUDE DA COBRANÇA DE PREÇOS DISTINTOS
ENTRE HOMENS E MULHERES: UMA ANÁLISE DO PRIN-
CÍPIO DA IGUALDADE NOS CASOS EM QUE HÁ OFERTA
DE BENS E SERVIÇOS AO PÚBLICO

THIAGO PENIDO MARTINS
ALISSON ALVES PINTO

A (I) LICITUDE DA COBRANÇA DE PREÇOS DISTINTOS ENTRE HOMENS E MULHERES: UMA ANÁLISE DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE NOS CASOS EM QUE HÁ OFERTA DE BENS E SERVIÇOS AO PÚBLICO

THE LAWFULNESS OR THE UNLAWFULNESS OF DIFFERENT COLLECTION BETWEEN MEN AND WOMEN: AN ANALYSIS OF THE PRINCIPLE OF EQUALITY IN CASES WHERE GOODS AND SERVICES ARE OFFERED TO THE PUBLIC

Recebido: 30/07/2018
Aprovado: 02/01/2022

Thiago Penido Martins¹
Alisson Alves Pinto²

RESUMO:

Uma das temáticas mais controversas e que tem despertado o interesse de inúmeros estudiosos é aquela relativa à eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações jurídicas entre particulares, em especial, quando a finalidade é definir a extensão da eficácia dos direitos fundamentais nessas relações jurídicas. O presente artigo objetiva verificar se seria lícito ao proprietário do estabelecimento aberto ao público estabelecer distintas condições de admissão, cobrando preços diferentes para homens e mulheres, de modo a incentivar o maior comparecimento de pessoas de determinado sexo, a partir da análise da eficácia do princípio da igualdade nas relações entre particulares e sua relação com a autonomia privada, liberdade contratual e livre iniciativa.

Palavras-chave: Dignidade da pessoa humana. Livre iniciativa. Princípio da igualdade. Autonomia privada. Proibição de discriminação.

ABSTRACT:

One of the most controversial topics that has aroused the interest of many scholars is that of the effectiveness of fundamental rights in the context of legal relationships between individuals, especially when the purpose is to define the extent of the effectiveness of fundamental rights in these legal relationships. The present article aims to verify if it would be lawful for the owner of the establishment open to the public to establish different conditions of admission, charging different prices for men and women, in order to encourage the greater attendance of people of a certain sex, from the analysis of the effectiveness of the principle of equality in relations between private individuals and their relation to private autonomy, contractual freedom and free initiative.

¹ Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2015). Mestre em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos (2010). Especialista em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos (2008). Graduado em Direito pela Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2007). Professor de Cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito. É Procurador Autárquico do Município de Belo Horizonte, onde exerceu o cargo de Gerente do Departamento de Desapropriações e Contencioso (2013-2017). Professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Universidade de Itaúna. Email: thiagopenido@yahoo.com.br

² Mestrando em Direito pela Universidade de Itaúna. Email: alisson.pinto@tjmg.jus.br

Key words: Dignity of the human person. Free Initiative. Principle of equality. private autonomy. Prohibition of discrimination.

1 INTRODUÇÃO

Uma das questões mais complexas e de difícil resolução, que será objeto de análise no presente artigo, é estipular e definir se seria lícito aos estabelecimentos abertos ao público, amparados no exercício da autonomia privada e no direito da livre iniciativa, cobrarem preço distintos para ingresso baseadas no sexo do contratante, cobrando, por exemplo, preços inferiores para contratantes do sexo feminino.

Analisar-se-á se seria lícito aos proprietários dos estabelecimentos abertos ao público estabelecerem diferentes condições de admissão, cobrando preços diferentes para homens e mulheres ou outros tratamentos diferenciados, de modo a incentivar o maior comparecimento de pessoas de determinado sexo. Trata-se de prática corriqueira em boates e casas noturnas o estabelecimento de preços distintos em razão do sexo contratante, cobrando preços inferiores para as mulheres, mesmo em situações em que os serviços disponibilizados sejam idênticos a ambos os sexos.

Os proprietários dos estabelecimentos abertos ao público normalmente invocam seu direito de admissão, amparados no exercício da autonomia privada, da liberdade de contratação e no direito de livre iniciativa, para justificarem a liberdade para estabelecerem critérios distintos para permitir o ingresso dos pretensos clientes. Ocorre, todavia, que em pese o alegado direito de admissão, há que se analisar em que medida a prática deverá sofrer limitações pela incidência do princípio da igualdade e de sua correlata proibição de discriminação.

Para a realização do referido estudo, utilizou-se metodologia com base na pesquisa bibliográfica e jurisprudencial acerca do tema, sobretudo na Constituição da República, no Código Civil de 2002 e no Código de Defesa do Consumidor, bem como nas obras doutrinárias, nacionais e estrangeiras que tratam da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares, em especial, da eficácia do princípio da igualdade nas relações jurídicas entre particulares e sua conformação com os princípios da autonomia privada, da liberdade contratual e da dignidade da pessoa humana.

O artigo, portanto, tem por objetivo analisar a eficácia do princípio da igualdade e da proibição de discriminação no âmbito das relações jurídicas em que há a oferta e o fornecimento de bens e serviços ao público em geral, a partir do estudo dos princípios da livre iniciativa, da autonomia privada, sugerindo quais são os critérios poderão ser adotados para se aferir quando o tratamento diferenciado ilícito, além de proceder a uma análise dos argumentos favoráveis e contrários à cobrança diferenciada nos preços dos ingressos para acesso aos estabelecimentos abertos ao público em razão do sexo.

2 EFICÁCIA DOS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE E DA NÃO DISCRIMINAÇÃO NOS CASOS EM QUE HÁ OFERTA DE BENS E SERVIÇOS AO PÚBLICO EM GERAL

Ao se analisar a eficácia do princípio da igualdade e da correlata proibição de discriminação no âmbito das relações jurídicas entre particulares, indispensável distinguir, em um primeiro momento, duas espécies de relações jurídicas, quais sejam, as relações jurídicas estritamente privadas, conformadas entre particulares em situação de relativa igualdade, cujas características dão relevo aos contratantes; e as relações jurídicas em que há oferta

e o fornecimento de bens e serviços ao público em geral, em regra relações de natureza consumerista, nas quais a pessoa do contratante é irrelevante ou pouco relevante, uma vez que o contrato se aperfeiçoará com qualquer indivíduo que aceite as condições propostas pelo ofertante.

Essa distinção se apresenta relevante uma vez que, a depender da natureza jurídica da relação jurídica entre particulares, o grau de eficácia do princípio da igualdade e a correlata proibição de discriminação será completamente distinto. No presente trabalho analisar-se-á apenas as relações jurídicas nas quais há oferta de bens e serviços ao público em geral, ou seja, aquelas situações jurídicas em que o proprietário de um estabelecimento aberto ao público emite uma vontade geral e indistinta de contratar com qualquer sujeito que aceite as condições de contratação previamente estabelecidas ao público em geral, fixadas de acordo com sua autonomia e liberdade contratual.

Inquestionavelmente, uma das temáticas mais controvertidas acerca da eficácia do princípio da igualdade e da proibição de discriminação nas relações jurídicas entre particulares é o atinente ao direito de admissão em estabelecimentos abertos ao público. Recorrentemente, os meios de comunicação noticiam que boates, restaurantes, e outros estabelecimentos abertos ao público estariam adotando práticas discriminatórias ao estabelecerem como condições de admissão, critérios relacionados ao sexo, idade, aparência, condição econômica, dentre outros, demandando que os estudiosos do direito analisem em que medida tais práticas são lícitas e, portanto, admissíveis no ordenamento jurídico brasileiro.

Constitui prática comum entre casas de show e boates a fixação de preços distintos entre homens e mulheres para o ingresso no estabelecimento, normalmente se cobrando preço mais elevado para os homens do que para as mulheres. Além da cobrança de preços diferenciados, também constitui prática comum assegurar às contratantes femininas condições favorecidas de ingresso ao estabelecimento, mediante entrada preferencial ou exclusiva, inobservando, inclusive, a ordem de chegada dos demais pretendentes contratantes, obtendo condições favorecidas para usufruir dos serviços disponibilizados ao público em geral, tão somente em razão de serem do sexo feminino.

A questão torna-se polêmica uma vez que, além de haver notória oferta pública de bens e serviços ao público em geral, decorrente da emissão, pelo proprietário do estabelecimento aberto ao público, de uma vontade de contratar com quem esteja a aceitar as condições contratuais previamente estabelecidas, os serviços e bens disponibilizados são idênticos para toda e qualquer pessoa que ingresse no estabelecimento. O que se percebe é que os critérios de sexo e idade, em regra, são explicitamente exigidos, enquanto que, outros critérios, como aparência, condição econômica, orientação sexual, raça, são veladamente exigidos, em razão de sua maior reprovabilidade social.

A questão está em se definir se a prática de cobrança de preços diferenciados constitui prática lícita sob a perspectiva dos princípios da igualdade, autonomia privada e liberdade contratual, análise que deverá perpassar necessariamente pela verificação se o tratamento diferenciado praticado pelo estabelecimento aberto ao público implica em tratamento vexatório, humilhante ou degradante ao contratante, ao ponto de configurar lesão à dignidade daquele a quem foi dispensado, haja vista que nessa hipótese não poderá ser considerado lícito, ou se configura prática contratual lícita, amparada pela autonomia privada, liberdade contratual e pela livre iniciativa.

Diaz de Valdéz (2014, p. 149), ao dissertar sobre a eficácia do princípio da igualdade e do postulado da proibição de discriminação nas relações jurídicas entre particulares, estabelece alguns tratamentos diferenciados que tendem a ser proibidos. De acordo com o autor, devem ser proibidos os tratamentos diferenciados que afetem de forma relevante a dignidade da pessoa

ou que causem sua estigmatização ou da categoria a que ela pertença, considerando também ilícitos os tratamentos diferenciados que estejam baseados em características imodificáveis, historicamente utilizadas para reduzir a condição das pessoas, tais como a raça e a origem étnica.

Nestes casos, somente em hipóteses excepcionais, desde que haja justificativa racional e legítima, o critério poderia ser adotado. Diaz de Valdéz (2014, p. 149) também sustenta a necessidade de se analisar os motivos ou causas que justificam o tratamento diferenciado. Nessa perspectiva, devem ser rechaçados os tratamentos diferenciados alicerçados em estereótipos ou convenções sociais, construídos irracionalmente em prejuízo de determinada categoria de pessoas, que dão azo a discriminações caprichosas ou não racionalmente justificáveis, tal como aparência.

Por outro lado, será considerado lícito o tratamento diferenciado quando este for indispensável para proteger o núcleo, a essência de outro direito ou bem constitucional, tal como a liberdade de contratação, enquanto importante expressão da autonomia privada. Nesse caso, a licitude do tratamento diferenciado decorre da essencialidade desse direito fundamental inter-relacionado, o que torna mais intensa a necessidade de se proteger a autonomia privada face ao princípio da igualdade e da proibição de discriminação, até mesmo como forma de se assegurar ao particular que possa livremente fazer escolhas, tomar decisões acerca de gestão de seu estabelecimento empresarial.

Sarmento (2008) destaca a necessidade de que seja considerado o caráter existencial ou patrimonial das escolhas individuais, sem se olvidar que o comportamento humano pode envolver simultaneamente aspectos patrimoniais e existenciais, ao assim prelecionar que “de fato existem certas ações humanas que envolvem apenas escolhas de caráter existencial, e neste campo a liberdade de agir deve ser protegida mais intensamente pela ordem jurídica. Outros comportamentos referem-se exclusivamente a questões patrimoniais e econômicas, e nestes casos a tutela constitucional à autonomia privada não deve se fazer tão forte. Nos casos em que a autonomia privada estiver alicerçada apenas ou preponderantemente em aspectos de natureza patrimonial ou econômica, a proteção da autonomia privada se dará de forma menos intensa face ao princípio da igualdade e sua correspondente proibição de discriminação.

Mas, entre extremos, há um *continuum* de situações em que o comportamento humano envolve, simultaneamente, aspectos patrimoniais e existenciais, em maior ou menor grau. Nestes casos, o nível de proteção constitucional conferido à ação do agente vai depender da posição dentro daquela escala: quanto mais o comportamento se aproximar da esfera das opções e valorações exclusivamente existenciais, maior será o nível de defesa constitucional da autonomia privada; quanto mais ele se afastar deste campo e se aproximar do universo exclusivamente econômico-patrimonial, menor será a tutela.

Não se deve admitir tratamentos diferenciados caprichosos, desprovidos de qualquer justificativa, que tenham por objetivo tão somente discriminar a pessoa, de modo a reduzi-la, colocá-la em situação vexatória, degradante ou humilhante. Isso não significa que o particular tenha que justificar todas as suas escolhas ou comportamentos, porque a liberdade do agir humano também é tutelada pelo ordenamento jurídico. Não devem ser toleradas escolhas ou comportamentos dissociados do exercício legítimo de direitos fundamentais. Tendem a ser igualmente considerados lícitos os tratamentos diferenciados, não baseados na raça ou origem étnica, praticados de forma ocasional e esporádica desde que não possuam repercussão ou transcendência social.

A eficácia do princípio da igualdade e da correlata proibição de discriminação face à autonomia privada dependerá, portanto, das especificidades da relação jurídica privada, dos direitos fundamentais em conflito, dos bens constitucionais cujo tratamento diferenciado

se restringiu, se existenciais ou patrimoniais, das circunstâncias, do grau de simetria entre as partes, da autenticidade da vontade externada pelos contratantes, da transcendência ou repercussão social da diferenciação, e da análise da possível afetação da dignidade da pessoa humana discriminada.

Observando-se, pois, os critérios propostos para se aferir o grau de eficácia do princípio da igualdade no âmbito das relações jurídicas em que há a oferta e o fornecimento de bens e serviços ao público em geral, procurar-se-á responder se seria lícito às casas de show e boates estabelecerem distintos preços para o ingresso de homens e mulheres, normalmente cobrando preço mais elevado para os homens do que para as mulheres. Assim, serão analisados os dois principais argumentos invocados por aqueles que entendem que se trata de prática ilícita, bem como o entendimento dos que dizem ser uma prática lícita.

Para tanto, discorrer-se-á sobre o princípio da livre iniciativa a partir do modelo de organização econômica adotado pelo ordenamento constitucional, o qual, embora autorize a intervenção estatal na economia, não autoriza restrições demasiadas ao princípio da livre iniciativa, bem como analisar-se-á o princípio da livre iniciativa sob o enfoque da tutela dos direitos do consumidor e da necessidade em se proibir práticas discriminatórias ilícitas, atentatórias à dignidade da pessoa humana.

3 CONSIDERAÇÕES SOBRE O PRINCÍPIO DA LIVRE INICIATIVA

Depois do reconhecimento da propriedade privada dos meios de produção, podem-se esquematizar três sucessivos modos de produção. Observadas as nuances próprias da história, de modo geral, seguiram-se o modo de produção escravagista, o feudalismo e o capitalismo. No escravismo, a classe detentora dos meios de produção é dona, também, dos escravos. Estes nada têm, nem mesmo sua própria força de trabalho. No feudalismo, vassalos e servos lavram as terras do senhor feudal e cumprem as tarefas de organização doméstica em troca de segurança, abrigo e alimentação. No capitalismo, os trabalhadores, donos de sua força de trabalho, não mais a trocam diretamente pelos bens ou comodidades básicas de que necessitam para viver, passando a vendê-la aos detentores dos bens de produção – agora, não mais só a terra e os instrumentos agrícolas, mas também indústrias cada vez mais sofisticadas.

A liberdade de iniciativa é elemento essencial do capitalismo; diga-se, do próprio modo de produção e não somente de sua ideologia. Diferentemente da igualdade e da fraternidade, valores com os quais compôs o mais conhecido slogan revolucionário, a liberdade não é apenas uma palavra de ordem que poderia, depois da vitória sobre a ordem feudal, ser olvidada. O capitalismo depende, para funcionar com eficiência, de um ambiente econômico e institucional em que a liberdade de iniciativa esteja assegurada, em que os agentes econômicos tenham assegurada a liberdade de ação e decisão, obviamente, observadas as limitações estabelecidas pela ordem jurídica.

A liberdade de iniciativa, por outro lado, está entre as causas de muitas injustiças sociais. Como a quantidade e qualidade da produção são definidas, em última instância, pelas perspectivas de lucratividade de sua exploração econômica, bens essenciais (comida, por exemplo) podem não ser produzidos na escala necessária ao atendimento de todos; enquanto a produção de bens inteiramente fúteis, a seu turno, consome não pouca “energia social”. Segundo Fábio Ulhôa Coelho (2014, p. 32), “o princípio da liberdade de iniciativa é inerente ao modo de produção capitalista, em que os bens ou serviços de que necessitam ou querem as pessoas são fornecidos quase exclusivamente por empresas privadas”.

O capitalismo é, assim, um sistema de crises periódicas e injustiças permanentes. Mas enquanto for o modo de produção predominante, será proveitoso para todos que ele possa funcionar da maneira mais eficiente possível. Daí a importância de a ordem jurídica assegurar a liberdade de iniciativa. Só os que acreditam numa solução definitiva advinda da substituição do capitalismo por outro modo de produção, e que adotam, por estratégia, a radical piora nas condições de vida dos trabalhadores, podem ver sentido no solapar dos pressupostos de eficiência do sistema, no dificultar do seu melhor funcionamento.

O princípio da liberdade de iniciativa é, portanto, um princípio constitucional, geral e explícito (CR, art. 170, *caput*). Ocorre, todavia, que complexa sociedade contemporânea, a liberdade de iniciativa não pode ser absoluta, como nenhum outro princípio constitucional o é. O direito do consumidor fornece um exemplo significativo de limitação à liberdade de iniciativa. Na visão da doutrina liberal clássica, a lei não precisaria assegurar aos consumidores nenhuma proteção. Se determinado empresário não o respeitasse, vendendo a preços abusivos ou enganando na pesagem, bastaria ao consumidor trocar de fornecedor.

Por outro lado, se, em determinado mercado, não houver nenhum fornecedor que atenda satisfatoriamente os consumidores, isto despertará a atenção de um empresário, que identificará uma excelente oportunidade de lucro em estabelecer naquele segmento uma empresa diferenciada, correspondente às expectativas dos seus clientes. Obviamente, esta solução para os conflitos no mercado de consumo, indicada pela doutrina liberal clássica, é insuficiente para assegurar os interesses legítimos dos consumidores. O Estado, então, precisa intervir, não somente por meio de leis que definam os direitos destes, mas também por organismos que os defendam das práticas abusivas.

4 PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES JURÍDICAS CONTRATUAIS

O princípio da autonomia privada pressupõe, originariamente, a garantia de liberdade e de discricionariedade, assegurando ao seu titular a liberdade para fazer ou deixar de fazer algo. No âmbito das relações jurídicas contratuais, assegura ao indivíduo, a liberdade para contratar, eleger outro sujeito contratual, bem como para delimitar o conteúdo do contrato a ser celebrado. Conforme destaca Díez Picazo:

A autonomia privada no campo contratual é, antes de tudo, liberdade de contratação, o que significa a livre opção do indivíduo entre contratar e não contratar, é dizer, significa a liberdade de constituição das relações contratuais, com liberdade, inclusive de eleição do outro contratante. Significa, ademais, a eleição do tipo contratual. Os indivíduos não necessitam limitar-se aos tipos contratuais regulados pelas leis, pois podem construir livremente outros distintos. Significa, por último, a possibilidade de modificar livremente, nos contratos regulados pela lei, o seu conteúdo legal, substituindo-se por outros distintos. (2014, p. 160)

De forma ampla, é capacidade de autodeterminação individual, o direito assegurado ao indivíduo para agir segundo sua vontade ou necessidade, como forma de manifestação subjetiva de sua liberdade. É o poder atribuído ao indivíduo para que, de forma livre e soberana, autorregulamente os próprios direitos, interesses, pretensões, atribuindo-lhe a capacidade de autodeterminação e autovinculação. A autonomia privada confere ao seu titular a liberdade para realizar escolhas existências e patrimoniais, realizando-se enquanto pessoa.

Por vezes, será necessário que o poder público intervenha na relação jurídica contratual para corrigir ou compensar desequilíbrios entre os contratantes, corrigir distorções na

formação da relação jurídica contratual, garantindo a igual liberdade entre eles para definir se irão contratar e sob que condições irão contratar. Há a preocupação de que o contrato seja instrumento para a realização do interesse dos sujeitos contratuais e não apenas de um deles ou de exploração de um pelo outro. Mais do que exigir ou condicionar a eficácia do contrato à plena igualdade entre os contratantes, busca-se garantir que exerçam de forma livre, autêntica e consentida a sua autonomia. O contrato é funcionalizado para promover a dignidade dos sujeitos contratuais. Ao dissertar sobre o conteúdo da autonomia privada, Prata assevera que

(...) a autonomia privada ou liberdade negocial traduz-se, pois no poder reconhecido pela ordem jurídica ao home, prévia e necessariamente qualificado como sujeito jurídico, de juridicizar a sua atividade (designadamente, a atividade econômica), realizando livremente negócios jurídicos e determinando os respectivos efeitos. (1982, p. 67)

O ordenamento jurídico, ao mesmo tempo em que assegura a liberdade de contratação, preceitua que esta será exercida na promoção da função social do contrato e da propriedade. O Código Civil preceitua em seu artigo 421, que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social e, no parágrafo único, do artigo 2.035, que nenhuma convenção entre os sujeitos de direito poderá prevalecer se contrariar preceitos de ordem pública ou violar a função social da propriedade e dos contratos.

Não se pode olvidar, ainda, dos preceitos contidos no artigo 187, do Código Civil, segundo os quais comete ato ilícito o titular de um direito que ao exercê-lo se excede, violando seus limites sociais, econômicos, a boa-fé ou os bons costumes. Trata-se do instituto do abuso de direito, que constitui relevante cláusula geral do direito privado, destinada a invalidar atos jurídicos decorrentes do exercício abusivo de um direito, contrários à ordem pública, boa-fé e aos bons costumes.

Sarmento desenvolve relevantes considerações acerca da compatibilização do princípio da autonomia privada com a tutela dos interesses da coletividade, ao prelecionar que:

(...) parece-nos equivocada a afirmativa corrente na doutrina, de que as limitações à autonomia privada derivam do reconhecimento da primazia dos interesses coletivos sobre os individuais. Na nossa opinião, esta tese não se compatibiliza com uma ordem constitucional centrada na pessoa humana, em que o homem, e não a sociedade ou o Estado, continua sendo a medida das coisas. Não é lícito falar nem na primazia absoluta do individual sobre o coletivo, que conduziria à anarquia jurídica e impediria a organização da via em sociedade, nem na supremacia do coletivo sobre o individual, que é liberticida, e, com seu irredutível organicismo, pode asfixiar a pessoa humana e abrir as portas para totalitarismos de variados matizes. Na verdade, em casos de colisão de interesses individuais e coletivos, cumpre proceder a uma atenta ponderação, que prescreve ao máximo cada um deles, e que se oriente para a promoção da dignidade da pessoa humana. (2008, p. 232)

O princípio da autonomia privada não pode servir para justificar a violação de direitos fundamentais, principalmente se o exercício da autonomia privada implicar em violação a dignidade da pessoa humana. A despeito da possibilidade de que o exercício da autonomia privada implique em restrição a direitos fundamentais alheios, essas restrições nem sempre serão consideradas lícitas, em razão da possibilidade de exercício abusivo da autonomia privada, situações nas quais a restrição contratualmente estabelecida tornar-se-á ilícita.

Um dos aspectos que deverá ser considerado para determinar a maior ou menor tutela a autonomia privada é o grau de autenticidade da vontade externada pelos contratantes quando da celebração do negócio jurídico, se a autonomia é real ou aparente. Esse critério, adotado por diversos estudiosos da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas

entre particulares, tais como Sarmento, Steinmetz e Silva, dentre outros, tem como finalidade avaliar se a externalização da vontade ocorreu de forma livre, espontânea e consentida, ou se foi maculada por fatores externos de pressão decorrentes, principalmente, da desigualdade entre os contratantes.

Silva (2009) destaca que a aferição da autenticidade da vontade externada não pode se limitar a verificação da simetria entre os contratantes, ou seja, ausência de pressões internas, devendo abranger também a verificação da existência de pressões externas à própria relação jurídica contratual. Vale (2004), por sua vez, destaca a necessidade de que seja assegurada a ausência de coações, seja física, moral ou econômica, de modo a evitar que a vontade externada caracterize-se apenas como um consentimento meramente tolerado, uma sujeição de um contratante ao poder negocial do outro.

Deve-se, dessa forma, analisar se a vontade teve sua autenticidade maculada por quaisquer dos vícios do consentimento disciplinados na parte geral do Código Civil, tais como o erro, dolo, coação, fraude, simulação ou lesão. Conforme destaca Novais, ao tratar da renúncia ou restrição a direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares:

(...) a declaração de vontade só é válida quando emitida conscientemente e voluntariamente, numa situação em que quem renuncia está em condições de avaliar todas as consequências da sua decisão e decide tanto quanto possível livre de constrangimentos, ameaças ou coações, mas, mais ainda, quando as partes da relação jurídica se encontram numa situação de poder negocial equilibrado, em que, no fundo, a renúncia a uma posição de direito fundamental signifique um exercício autônomo de liberdade e não um mero disfarce de uma restrição heterônoma não admissível. (2007, p. 186)

A análise da autenticidade da vontade estará, todavia, prejudicada nos casos em que se estiver diante de ato unilateral do particular que se recusa a celebrar um negócio jurídico em razão da raça, origem, étnica, sexo, orientação sexual, religião, ou outra característica inerente ao outro particular, uma vez que nessa situação sequer haverá vontade para ser analisada. É por esse motivo que Sarmento (2008) entende ser mais adequado analisar a existência de desigualdades fáticas entre os contratantes, pois segundo argumenta, aferir a autenticidade da vontade somente é possível nos casos em que ambos contratantes a expressam.

Tecidas essas considerações acerca do princípio da autonomia privada, procurar-se-á demonstrar quais são os pontos a serem considerados para a definição da licitude da discriminação, verificando-se, para tanto, quando o tratamento diferenciado é apto a ensejar a violação da dignidade da pessoa discriminada.

5 AFETAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O princípio da dignidade da pessoa humana tem sido um dos mais debatidos ao longo dos três últimos séculos. Hodiernamente, a luta no que diz respeito à dignidade da pessoa humana não está mais centrada no seu reconhecimento, mas sim na sua efetiva aplicação prática. Trata-se de um princípio universal, reconhecido até mesmo por aquelas nações que minimizam a sua aplicação, ou o interpretam de maneira restrita, como é comum acontecer nos países onde existia um regime ditatorial, seja ele de esquerda ou de direita. Sobre o conceito de dignidade humana, Peces-Barba Martinez enfatiza:

que não é um conceito jurídico, como podem ser os direitos subjetivos, o dever jurídico ou o delito, nem tampouco político, como Democracia ou Parlamento, senão uma construção

da filosofia para expressar o valor intrínseco da pessoa, derivado de uma série de traços de identificação, que a fazem única e irrepetível, que é o centro do mundo e que está centrada no mundo. (1999, p. 101)

Pode-se adotar o conceito proposto por Sarlet, que procurou condensar alguns dos pensamentos mais utilizados para definição do conceito de dignidade da pessoa humana, para defini-la como:

[...] a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem à pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venha a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (2012, p. 89).

Pois bem. Fez-se necessário conceituar o princípio da dignidade da pessoa humana porque o aspecto mais importante a se analisar para a definição da licitude da discriminação está em se verificar se o tratamento diferenciado viola a dignidade da pessoa discriminada, haja vista que, constatada a existência de lesão à dignidade da pessoa, em razão de sua exposição a uma situação degradante, vexatória ou humilhante, o tratamento diferenciado será considerado ilícito. Nessa toada, Alfaro Aguila-Real (1993, p.98) indica três circunstâncias que se verificadas no caso concreto aumentam a probabilidade de que o tratamento diferenciado seja considerado ilícito.

A primeira se verifica quando a negativa de contratação ou a contratação sob condições distintas se basear em uma característica pessoal imodificável ou muito dificilmente modificável como, por exemplo, a raça ou origem étnica. A segunda se verifica quando a negativa de contratação ou a contratação sob condições distintas se basear em uma característica que tenha sido historicamente utilizada para definir a condição social de uma pessoa, tais como raça, sexo ou religião. A terceira se verifica quando a discriminação é pública, tal como nos casos em que há oferta de bens e serviços ao público em geral, situação na qual, uma recusa de contratação ou contratação sob condições diferentes será conhecida por diversas pessoas, conduzindo o discriminado à vexação pública.

Bilbao Ubillos sugere dois critérios que poderiam ser utilizados para definir a medida da eficácia do princípio da igualdade nas relações jurídicas entre particulares. Segundo o autor, além de analisar a existência de assimetria entre os contratantes, deve se verificar se houve afetação da dignidade da pessoa humana:

Existem dois critérios que poderiam ser úteis na hora de medir a incidência dos direitos fundamentais no tráfico jurídico privado. Em primeiro lugar, a presença de uma relação assimétrica, na qual uma das partes ostenta uma posição de clara superioridade frente a outra. Quanto maior seja a desigualdade de fato entre os sujeitos da relação, maior será a margem de autonomia privada cujo sacrifício é admissível. Dito de outro modo, quanto menor seja a liberdade da parte débil da relação, maior será a necessidade de proteção. Em segundo lugar, essa incidência será mais intensa quando a própria dignidade da pessoa humana se ver diretamente afetada. (2007, p. 156)

Contrapondo o princípio da autonomia privada ao princípio da igualdade, Alfaro Aguila-Real (1993), analisa a proibição de discriminação sob a perspectiva da liberdade de contratação, aduzindo que o exercício da autonomia privada não pode ser abusivo, de modo que a liberdade contratual encontra limite na cláusula geral do abuso de direito, a qual impede e rechaça o uso antissocial do direito, bem como na necessidade de tutela da dignidade da pessoa humana.

O autor destaca que a diferenciação realizada pelo contratante não pode conduzir o outro sujeito a uma condição de indignidade, de modo a violar o princípio da dignidade da pessoa humana, traduzindo-a em exercício abusivo e antissocial da autonomia privada e da liberdade de contratação. Sustenta que o princípio da igualdade não vincula diretamente os particulares em suas relações jurídicas privadas, uma vez que somente considerar-se-á ilícito o tratamento diferenciado quando, para além de contradizer com o princípio da igualdade, violar o princípio da dignidade da pessoa humana. Destaca Alfaró Aguila-Real que

o que se sucede é que o risco de tratamento vexatório ao qual temos aludido se atualiza especialmente em relação à negativa a contratar discriminatória (em particular por razão de sexo ou raça), pela especial conexão que o direito à igualdade tem com a dignidade humana, porém isso não significa que uma negativa de contratar seja ilícita por ser discriminatória. A negativa é ilícita porque atenta contra a dignidade de outro particular, de maneira que discriminações (na seleção de co-contratante) que não sejam vexatórias são perfeitamente lícitas. (1993, p. 59)

Percebe-se, portanto, a intrínseca relação existente entre o princípio da igualdade e a tutela da dignidade da pessoa humana, haja vista que existem esferas da vida social e das relações particulares nas quais a liberdade não pode ser causa de justificação para tratamentos diferenciados. Trata-se dos campos em que se compromete a dignidade das pessoas, como por exemplo: educação, saúde, lugares de acesso público, dentre outros. Nestes casos, se diz que não se trata de dar prevalência ao postulado da liberdade sobre o da igualdade, ou da igualdade sobre o da liberdade, mas sim, de compatibilizá-los.

O ordenamento jurídico não pode coadunar com tratamentos diferenciados que afetem diretamente a dignidade daquele que é discriminado, conduzindo a situações vexaminosas, degradantes ou humilhantes. O exercício da autonomia privada não pode servir de justificativa para legitimar violações à dignidade das pessoas. O contrato, além de ser corporificador dos interesses individuais dos contratantes, deve ser instrumento para promoção do livre desenvolvimento da personalidade e da dignidade dos envolvidos.

Vieira de Andrade (2009, p. 231) salienta que “a dignidade da pessoa humana, enquanto conteúdo essencial absoluto do direito, nunca pode ser afetada, essa é a garantia mínima que se pode extrair da Constituição”. Nesse sentido, destaca Moraes que:

“assim é que qualquer norma ou cláusula negocial, por mais insignificante que pareça, deve se coadunar e exprimir a normativa constitucional. Sob essa ótica, as normas de direito civil necessitam ser interpretadas como reflexo das normas constitucionais. A regulamentação da atividade privada, porque regulamentação da vida cotidiana, deve ser, em todos os seus momentos, expressão da indubitável opção constitucional de privilegiar a dignidade da pessoa humana. Em consequência, transforma-se o direito civil: da regulamentação da atividade econômica individual, entre homens livres e iguais, para a regulamentação da vida social, da família, nas associações, nos grupos comunitários, onde que a personalidade humana melhor se desenvolva e sua dignidade seja mais amplamente tutelada”. (1993, p. 25)

Vieira de Andrade (2009) sustenta que a tendência, não só no ordenamento jurídico português, mas em outros ordenamentos jurídicos europeus, considerar ilícitas, nas relações jurídicas particulares, as restrições aos direitos fundamentais que atinjam o núcleo da dignidade da pessoa humana, sem, entretanto, se olvidar da necessária proteção à autonomia privada e a liberdade contratual, resguardando a capacidade de autodeterminação individual para a conformação de suas relações contratuais.

Aduz, ainda, que deverá prevalecer a eficácia do princípio da igualdade sobre a autonomia privada nos casos em que for constatado que um dos contratantes é de fato detentor de poder que o coloque em posição favorável em relação aos demais, como ocorre nos casos de relações jurídicas em que um dos contratantes detém posição monopolística, especialmente, se fornecer bens considerados essenciais, bem como naqueles casos em que sujeitos privados exerçam atividades de natureza pública, como concessionários ou permissionários de serviços públicos, hipótese na qual, os particulares se equiparam ao poder estatal, ao exercerem atividades tipicamente públicas.

Conforme destaca Vieira de Andrade,

porém, as situações de poder social são muitas e diferenciadas e o grau e a medida da aplicabilidade imediata dos direitos, liberdades e garantias têm necessariamente de variar conforme os tipos de situações e as circunstâncias que só em concreto podem em última análise determinadas. Assim, não pode ser tratada da mesma maneira a relação de poder que existe dentro da família entre menores e os pais ou tutores, e aquela que liga um empregador a um empregado numa empresa, ou o utente de uma instalação privada e a respectiva administração, ou os consumidores e empresas oligopolistas, tal como merecem tratamento diferenciado as relações entre grupos e os membros, conforme forem os institutos religiosos e igrejas, sindicatos, partidos ou outros tipos de associações. (2009. p. 91)

Em regra, nas relações jurídicas entre particulares, deve-se garantir o exercício da autonomia privada, desde que o seu exercício não afete o conteúdo da dignidade da pessoa humana. Sob a perspectiva da eficácia do princípio da igualdade nas relações jurídicas entre particulares, nos casos em que um particular se recusa a celebrar um contrato ou estabelece condições diferentes entre contratantes, indispensável analisar se o tratamento diferenciado conferido implica à dignidade da pessoa discriminada.

Analisados os principais critérios propostos pela doutrina para se determinar a (i)licitude da cobrança de valores diferentes para ingresso de homens e mulheres em estabelecimentos de entretenimento, analisar-se-á as distintas interpretações que tem sido atribuídas à temática no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro.

6 CONTROVÉRSIAS ACERCA DA COBRANÇA DIFERENCIADA DE PREÇOS PARA ACESSO AOS ESTABELECIMENTOS ABERTOS AO PÚBLICO EM RAZÃO DO SEXO

No âmbito da ação n.º 0718852-21.2017.8.07.2017, um consumidor requereu a concessão de medida liminar para que ele e qualquer outro cliente pudessem pagar o valor do ingresso mais barato, vendido pela produtora de eventos, tendo em vista que a meia-entrada masculina estava sendo vendida a R\$220,00 (duzentos e vinte reais) e a feminina a R\$170,00 (cento e setenta reais).

Ao apreciar o pedido aduzido na exordial, o juízo do Juizado Especial de Brasília houve por bem indeferir o pedido liminar formulado pelo autor da ação, senhor Roberto Casoli Júnior em face da R2 Produções. No entanto, encaminhou o caso ao Ministério Público a fim de que fosse apurada uma suposta prática abusiva e, em sendo o caso, proposta ação coletiva. Na hipótese, Vejamos, pois, um trecho da decisão:

não há dúvida de que a diferenciação de preço com base exclusivamente no gênero do consumidor não encontra respaldo no ordenamento jurídico pátrio. Ao contrário, o Código de Defesa do Consumidor é bastante claro ao estabelecer o direito à igualdade nas contratações. Nessa linha, o Código de Defesa do Consumidor prevê a nulidade de

cláusulas discriminatórias. E isso ocorre quando a legislação estabelece que são nulas, de pleno direito, as cláusulas contratuais que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada ou que sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade (art. 51, IV); que violem os princípios fundamentais do sistema jurídico (art. 51, IV, § 10, I); assim como, quando declara nula a cláusula estabelecida em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor. Incontroverso que as pessoas são livres para contratarem, mas essa autonomia da vontade não pode servir de escudo para justificar práticas abusivas. Não se trata de um salvo conduto para o estabelecimento de quaisquer critérios para a diferenciação de preços. Com base nesse raciocínio, não é possível cobrar mais caro de um idoso ou de estrangeiros, por exemplo. Nessas situações o abuso seria flagrante e sequer haveria maiores discussões. Ocorre que no caso das mulheres a situação é ainda mais delicada, já que uma prática repetida há tanto tempo pode traduzir uma (falsa) aparência de regularidade, de conformidade. No entanto, felizmente, o tempo não tem o condão de convalidar nulidades de tal porte. Não é 'porque sempre foi assim' que a prática discriminatória haverá de receber a chancela do Poder Judiciário, pois o mau costume não é fonte do direito. De forma alguma. Ora, é incontestável que, independentemente de ser homem ou mulher, o consumidor, como sujeito de direitos, deve receber tratamento isonômico. Deste modo, a partir do momento em que o fornecedor faz a oferta de um produto ou de um serviço, deve oferecê-lo a homens e mulheres de maneira igualitária, nas mesmas condições, salvo a existência de justa causa a lastrear a cobrança diferenciada com base no gênero. Fato é que não pode o empresário-fornecedor usar a mulher como 'insumo' para a atividade econômica, servindo como 'isca' para atrair clientes do sexo masculino para seu estabelecimento. Admitir-se tal prática afronta, de per si, a dignidade das mulheres, ainda que de forma sutil, velada. Essa intenção oculta, que pode travestir-se de pseudohomenagem, prestígio ou privilégio, evidentemente, não se consubstancia em justa causa para o discrimen. Pelo contrário, ter-se-á ato ilícito...Encaminhe-se cópia da presente decisão para a Promotoria de Justiça de Defesa do Consumidor para que apure a prática abusiva e, se for o caso, promova ação coletiva.". (TJDF – Processo Judicial Eletrônico n. 0718852-21.2017.8.07.0016, Juíza Caroline Santos Lima, distribuído em 05-06-2017, decisão interlocutória de indeferimento do pedido de urgência em 06-06-2017).

A referida decisão trata como abusiva a prática de diferenciação do valor do ingresso para acesso aos estabelecimentos públicos. Nos termos do provimento jurisdicional, a cobrança discriminatória no preço do ingresso ofenderia aos princípios fundamentais e direitos básicos do consumidor. A decisão adotou a premissa de que não existe relação lógica entre o sexo feminino e a isenção do pagamento de entrada ou entre concessão de desconto..

Ainda de acordo com decisão proferida, a distinção entre homens e mulheres na hora de se fazer o marketing para atrair os consumidores, para adquirir um serviço de lazer com preço diferenciado, constituiria uma afronta à dignidade da mulher, pois, ao utilizá-la com a forma de atrair consumidores masculinos para aquele ambiente, o mercado as consideraria como produto que pode ser usado para arrecadar lucros, ou seja, obter vantagens econômicas.

Extraí-se, ademais, que nos termos decisão em análise, a equidade entre seres humanos é a regra, e, dentro do sistema de pesos e contrapesos, só deve existir exceções à regra dentro do próprio texto constitucional, como, por exemplo, aquelas relacionadas ao tempo de aposentadoria e à licença maternidade, ou a partir de valores constitucionalmente estabelecidos. Ou seja, tratando a regra constitucional da igualdade entre homens e mulheres, qualquer exceção deveria provir de princípios constitucionais.

No tocante às práticas mercadológicas de diferenciação entre homens e mulheres, a decisão aponta que elas partiram da própria conveniência do mercado e da livre iniciativa empresarial. Essa livre iniciativa, contudo, encontraria limites na própria Constituição da República que, no seu artigo 170, inciso V, condiciona-a ao respeito ao consumidor. Nos termos da decisão, a mulher não pode ser vista no mercado de consumo como "isca", como um objeto e como um instrumento de atração de homens.

A referida decisão, após ser maciçamente divulgada nas mídias sócias, serviu de embasamento para a emissão da Nota Técnica n.º 2/2017, da lavra do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor e pela Secretaria Nacional do Consumidor, em 30 de junho de 2017, com o desiderato de fiscalizar e punir os estabelecimentos do setor de lazer e entretenimento que promovessem a cobrança diferenciada em razão do gênero., tendo sido utilizados praticamente os mesmos argumentos utilizados na decisão judicial analisada.

A Associação Brasileira de Bares e Restaurantes – Secional de São Paulo, diante do ocorrido, propôs ação civil pública em face da União Federal, com pedido liminar, ação de n.º 5009720-21.2017.403.6100, para o fim de obter provimento jurisdicional que determinasse a parte requerida a se abster de autuar ou aplicar punições aos estabelecimentos associados com base na Nota Técnica n.º 2/2017/GAB-DPDC/DPDC/ SENACON, aduzindo a licitude da prática diferenciada de preço em razão do sexo do contratante.

Em síntese, a referida Associação Brasileira de Bares e Restaurantes – Secional de São Paulo, representante dos proprietários dos estabelecimentos de entretenimento abertos ao público, invocou o direito de admissão, o exercício da autonomia privada e o direito de livre iniciativa, para justificar a liberdade de estabelecer critérios diferenciados para permitir o ingresso dos pretensos clientes, principalmente diante da ausência de qualquer finalidade ilícita na diferenciação.

Sustentou que a intervenção do Estado na definição dos preços a serem cobrados pelos estabelecimentos abertos ao público é excessiva e desarrazoada, bem como viola os princípios constitucionais da livre iniciativa, da liberdade econômica e da segurança jurídica dos comerciantes. Ademais, sustentou que, na realidade, a cobrança de ingresso diferenciado teria por objetivo equilibrar o acesso de pessoas de ambos os sexos e, dessa forma, proporcionar um ambiente mais favorável à sociabilidade.

Alegou que, mesmo nos locais onde há esta promoção (cobrança de preços mais baratos para as mulheres), o público masculino é sempre superior ao feminino, muitas vezes maior que 60% (sessenta por cento) do total dos frequentadores. Isto porque, de acordo com a Associação Brasileira de Bares e Restaurante – Secional de São Paulo, culturalmente, o público masculino ainda tem mais liberdade e, infelizmente, maior remuneração do que o público feminino para frequentar casas noturnas.

Por isso, no entender da Associação, ao contrário do público masculino, as contratante do sexo feminino precisam de estímulos para frequentar casas noturnas, pois nenhuma mulher se sentiria à vontade ao frequentar sozinha ou em apertada minoria os locais com ampla presença de homens. Ressaltou, por fim, que os estabelecimentos de entretenimento não cobram mais caro de homens, apenas dão um desconto para mulheres, estratégia de mercado lícita, que, por consequência, ajuda a aumentar o movimento em geral.

O pedido liminar foi acolhido pelo juízo da 17ª Vara Federal Cível de São Paulo. De acordo com a decisão proferida na ação civil pública, cobrar preços diferentes para homens e mulheres não é uma prática abusiva, pois a medida está inserida na livre concorrência e serve como uma forma de incluir a mulher no convívio social. Assim, não se verificaria abusividade por parte dos empreendedores individuais na cobrança de preços diferenciados para homens e mulheres. Nos termos da decisão:

Não vislumbro a questão da diferenciação de preços como uma estratégia de marketing a ponto de desvalorizar a mulher e reduzi-la a condição de objeto, tampouco de inferioridade. É sabido que em nossa sociedade, infelizmente, a mulher ainda encontra posição muitas vezes desigual em relação ao homem, a exemplo da remuneração salarial, jornada de trabalho e voz ativa na sociedade. [...] Nesta realidade social, a diferenciação de preços praticada pelos estabelecimentos pode ter como objetivo a possibilidade

de participação maior das mulheres no meio social. (TJSP, Ação Civil Pública n.º 5009720-21.2017.403.6100)

Ainda, de acordo com a decisão proferida na ação civil pública, o entendimento de que a diferença de preços confere à mulher a conotação de “isca” como meio de proporcionar uma situação que leve o local a ser frequentado por muitos homens (gerando lucro ao estabelecimento) “conduz à ideia de que a mulher não tem capacidade de discernimento para escolher onde quer frequentar, e ainda, traduz o conceito de que não sabe se defender ou, em termos mais populares que não sabe ‘dizer não’ a eventuais situações de assédio de qualquer homem que dela se aproximar”.

A decisão ainda destaca que o Estado brasileiro deve intervir o mínimo possível na vida das pessoas, assegurando a capacidade de autodeterminação individual e o direito de cada pessoa fazer suas escolhas e tomar a suas decisões. “Ou seja, que as pessoas (independentemente do sexo) em suas relações pessoais e individuais sejam as verdadeiras determinadoras do seu agir e do seu conduzir como ser humano consciente de suas atitudes e consequências de suas escolhas pessoais.”

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo teve o objetivo de analisar a licitude de uma prática corriqueira no mercado de entretenimento brasileiro, qual seja, a prática de se estabelecer condições de admissão distintas pelos estabelecimentos abertos ao público em razão do sexo do contratante, cobrando preços diferenciados para homens e mulheres para ingresso.

Após o detido estudo das normas jurídicas vigente no ordenamento jurídico brasileiro, foi possível inferir a inadmissibilidade daqueles tratamentos diferenciados que sejam desprovidos de qualquer justificativa, tratamentos caprichosos que tenham por objeto tão somente discriminar a pessoa, de modo a reduzi-la, colocá-la em situação vexatória, degradante ou humilhante.

Assim, não devem ser toleradas tratamentos diferenciados que estejam dissociados do exercício legítimo de direitos fundamentais, em especial, quando o critério de discriminação estiver baseado na raça, origem étnica ou orientação sexual, os quais, em regra são presumidamente odiosos. O ordenamento jurídico deve rechaçar tratamentos diferenciados que afetem a dignidade daquele que é discriminado.

Ao se analisar a eficácia do princípio da igualdade nas relações jurídicas envolvendo estabelecimentos abertos aos públicos, verificou-se que a recusa em se admitir o ingresso de pessoas em razão de suas características pessoais tende a ser inadmitida, uma vez que, em regra, expõe aquele que não foi admitido a um tratamento público vexatório, principalmente se a recusa se basear na raça, origem étnica ou orientação sexual da pessoa discriminada.

Quando há oferta realizada ao público, o ofertante acaba por renunciar ao direito de selecionar os contratantes sob bases individuais, de modo que a recusa, nessas circunstâncias, evidencia uma conduta discriminatória, um ato de desprezo pela pessoa inadmitida. Ao atuar no mercado, ofertando seus bens e serviços, o proprietário do estabelecimento manifesta e torna pública a sua vontade de contratar, razão pela qual, qualquer pessoa que deseja contratar nas condições previamente fixadas poderá fazê-lo.

Os estabelecimentos abertos ao público, alicerçados na autonomia privada e no princípio da livre iniciativa, poderão estabelecer critérios de contratação e admissão de pessoas diferenciados desde que estes traduzam objetivos legítimos e constituam justificativas razoáveis. É o ocorre em relação aos estabelecimentos de cuidados pessoais, os quais podem estabelecer

restrições à contratação de pessoas em razão do sexo (salões de beleza, barbearias, cuidados pessoais e estéticos).

De igual modo, tendem a ser considerada lícita e, portanto, admitida, a cobrança de preços distintos para admissão de homens e mulheres em estabelecimentos abertos ao público, tendo em vista que, nessas hipóteses, a desequiparação de forma alguma torna a mulher inferior ou tem por intuito qualquer propósito de discriminação em seu sentido negativo – depreciativo – para o gênero feminino, constituindo, inclusive, uma prática amparada pela liberdade de contratação e pela livre iniciativa.

Ora, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, confere à mulher a faculdade de autodeterminar-se, de escolher a forma como irá exercer os seus direitos, inclusive, ao assegurar-lhe a faculdade de abster-se de exercê-los, garantindo a ela a capacidade de decidir, por si só e livremente, sobre o exercício do direito, sem qualquer espécie de vinculação de natureza heterônoma, desde que não contrários aos direitos de terceiros ou à ordem pública.

Dessa forma, incumbe à mulher, utilizando-se desta faculdade, decidir, por si só, se irá ou não frequentar os estabelecimentos que promovem a diferenciação dos preços, ressaltando-se que não é possível aferir, extreme de dúvidas, de que o desconto concedido para a mulher na entrada do estabelecimento é suportado pelo homem, ou seja, de que o custo repassado ao consumidor do sexo masculino.

A cobrança de valores distintos para homens e mulheres não, por si só, não é conduta apta a ensejar a intervenção estatal, pois esta intervenção só seria legítima se fosse com o intuito de evitar abuso de poder econômico, o que não é o caso. Na verdade, a cobrança de preços diferentes entre homens e mulheres encontra amparo na liberdade de iniciativa e de gestão das empresas que exploram a atividade econômica de entretenimento.

Os estabelecimentos abertos ao público devem ter a cautela de previamente publicizar os critérios de admissão, os quais devem ser aplicados à coletividade de forma geral, abstrata e indistinta. Ao se adotar essa cautela, torna-se lícito que os estabelecimentos abertos ao público, exijam, por exemplo, a observância de idade mínima para ingresso, que proíbam o uso de determinadas roupas ou acessórios, dentre outras condutas, bem como que se estabeleça preços distintos para homens e mulheres, pois, nestas situações, a discriminação se assenta em critérios legítimos, justificáveis como estratégias de mercado, sem violação à dignidade humana das mulheres.

REFERÊNCIAS

AGUILA-REAL, Alfaro. Jesús. Autonomia privada y derechos fundamentales. **Anuario de Derecho Civil**, 1993, p. 57-122.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. José Afonso da Silva (Trad.). São Paulo: Malheiros, 2014.

ALVES, Jones Figueiredo. **Novo Código Civil Comentado**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

ALVIM, Thereza. **Código do Consumidor comentado**. Obra coletiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

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

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Antônio Menezes Cordeiro (Trad.) Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Civilização do Direito Constitucional ou Constitucionalização do Direito Civil? A eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil no contexto do direito pós-moderno. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago. (Orgs.) **Direito Constitucional. Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides**. 1.ed., São Paulo: Malheiros Editores, p. 108-113, 2003b.

_____. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. e. Coimbra: Almedina, 2006.

CARVALHO, Elbruz Moreira de. **Abuso do poder econômico**. Rio de Janeiro: Barrister's Editora, 1986.

CLAPHAM, Andrew. **Human rights in the private sphere**. Oxford, Clarendon Press, 1998.

COELHO, Fábio Ulhoa. **O empresário e os direitos do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. **Curso de Direito Comercial**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014

COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaios e pareceres de direito empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1978

_____. A função social da propriedade dos bens de produção. **Revista de Direito Mercantil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 63, jul-set de 1986.

DIEZ-PICAZO, Luis Maria. **Sistema de derechos fundamentales**. Madrid: Thomson/Civitas, 2007.

DISTRITO FEDERAL. 4º Juizado Especial Cível de Brasília. Processo judicial eletrônico n. 0718852-21.2017.8.07.0016. Autor: Roberto Casali Júnior, Advogado: Augusto Cesar Zuqui Lisboa. Réu: R2 Produções. Juíza Caroline Santos Lima. Brasília, 28 ago. de 2017.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e Diferença. Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2012.

Homem entra na Justiça contra preço menor para mulher em show e balada. Disponível em <<http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2017/06/homem-entra-na-justica-contrapreco-menor-para-mulher-em-show-e-balada.html>>. Acesso em 12 de set. de 2017.

LARENZ, Karl. **Derecho Civil: Parte General.** Miguel Izquierdo y Macias Picaeva (Trad.) 3. ed. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1993.

LIMA, Newton de Oliveira. **O princípio da dignidade da pessoa humana: Análise de sua evolução histórica como abertura para a concretização no âmbito do direito civil brasileiro.** Disponível em: <https://www.diritto.it/pdf_archive/27988.pdf>. Acesso em: 21 de set. 2017.

MARTINEZ, Fernando Rey. La proibición de discriminación racial o étnica em la unión europea y em España: el caso de la minoría gitana. **Revista de Derecho Político**, 2003, p. 63-105.

_____. Igualdad entre mujeres y hombres em la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español. **Revista Derecho del Estado**, 2010, n° 25, p. 5-40.

MARTINEZ-PUJALTE, Carmen Cerdá. El problema de la discriminación em el ámbito privado: una aproximación a las legislaciones recientes em Alemania y España. Universidad Externado de Colombia. **Revista de Derecho Privado**, n° 16, 2009, p. 103-146.

MARTINS, Thiago Penido. **Discriminação nas relações contratuais.** Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do Princípio da Igualdade.** 30.ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. **Revista de Direito Civil**, n. 65. p. 21-32. jul./set., 1993.

MUÑOS, Eduardo Cifuentes. La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. **Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica**, n° 27, Universidad Nacional Autónoma de México, Corte Constitucionalidad de Guatemala, México, 1998.

NOVAIS, Jorge Reis. Os direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares. In: SARMENTO, Daniel Antônio de Moraes (Org.). **A Constitucionalização do Direito.** Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

PECES-BARBA, Gregório Martínez. **Curso de derechos fundamentales.** Madri: Universidad Carlos III de Madri, Boletín Oficial del Estado, 1999.

PERERA, Ángel Carrasco. **El principio de no discriminación por razón de sexo.** *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, 1990, 9-38

PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria geral do direito civil.** 3. ed. actual. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

PINTO, Paulo Mota. **O direito ao livre desenvolvimento da personalidade.** *Separata Portugal-Brasil Ano 2000*, Coimbra, 1999.

PRATA, Ana. **Tutela constitucional da autonomia privada.** Coimbra: Almedina, 1982.

SÃO PAULO. 17ª Vara Cível Federal de São Paulo. Decisão monocrática n. 5009720-21.2017.403.6100. Autor: Associação Brasileira de Bares e Restaurantes - Seccional São Paulo, Advogado: Percival Menon Maricato. Réu: União Federal. Juíz: Paulo Cezar Duran. São Paulo, 30 jul. de 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 9.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SARMENTO, Daniel Antônio de Moraes. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. **Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro**, v. XII, p.297-332, 2003.

_____. A normatividade da constituição e a constitucionalização do Direito Privado. **Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v.6, n.23, p.272-297, 2003.

_____. **Direitos fundamentais e relações privadas.** 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia.** São Paulo: Malheiros, 2009.

UBILLOS, Juan Maria Bilbao. **La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares.** Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

_____. **La eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales en el ordenamento español.** In: MONTEIRO, António Pinto; NEUNER, Jorg; SARLET, Ingo Wolfgang. (Orgs.). *Direitos fundamentais e direitos privados: uma perspectiva de direito comparado.* Coimbra: Almedina, 2007, p. 145-163.

_____. **Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado: la noción de state action em la jurisprudencia norteamericana.** Madrid: McGraw-Hill. 1997.

VALDÉZ, José Manuel Díaz de. La prohibición de una discriminación arbitraria entre privados. **Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.** XLII. 1º Semestre de 2014, Valparaíso, Chile, p. 149-186.

VALE, André Rufino do. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004.