



Apelação Cível - Turma Espec. III - Administrativo e Cível
Nº CNJ : 0005637-39.2018.4.02.5001 (2018.50.01.005637-3)
RELATOR : Desembargador Federal ALUISIO MENDES

APELANTE : SINDICATO DOS RESTAURANTES, BARES E SIMILARES DO ESTADO
DO ESPÍRITO SANTO - SINDBARES E OUTRO
ADVOGADO : ES021936 - CAIO DE SÁ DAL'COL E OUTROS
APELADO : UNIAO FEDERAL
PROCURADOR : ADVOGADO DA UNIÃO
ORIGEM : 5ª Vara Federal Cível (00056373920184025001)

RELATÓRIO

Trata-se de apelações cíveis interpostas pelo **SINDICATO DOS RESTAURANTES, BARES E SIMILARES DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO – SINDBARES** e pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL** em face de sentença proferida pela MM. Juíza da 05ª Vara Federal de Vitória/ES, que julgou improcedente o pleito formulado em ação civil pública ajuizada pelo Sindicato apelante em face da **UNIÃO**, objetivando: 1) inclusive em sede de tutela antecipada, que a ora apelada se abstenha de autuar ou aplicar qualquer tipo de punição aos estabelecimentos associados ao Sindicato-Autor, com base no que diz a Nota Técnica nº 2/2017/GABDPDC/DPDC/SENACON, segundo a qual a diferenciação de preços cobrados de homens e mulheres no setor de lazer e entretenimento afronta os princípios da dignidade humana e da isonomia, configurando prática comercial abusiva por colocar a mulher em suposta situação de inferioridade, autorizando, assim, a cobrança de preços diferenciados entre homens e mulheres; e 2) por conseguinte e de forma incidental, a nulidade da referida Nota Técnica nº 2/2017/GABDPDC/DPDC/SENACON.

Em suas razões de recorrer, às fls. 207/211, afirma o SINDBARES que “a **NOTA TÉCNICA** foi editada pela Secretaria Nacional do Consumidor (SENACON), vinculada ao Ministério da Justiça em patente violação ao ordenamento jurídico pátrio, extrapolando os limites do poder normativo (ou regulamentar) conferidos à Administração Pública.”

Anota que “dentre as violações, podemos citar a ofensa ao princípio da legalidade, o direito à livre iniciativa, o princípio da igualdade material e a segurança jurídica.”

Argumenta que “a Administração Pública imiscuiu-se em esfera de autorregulamentação do mercado, adotando medida restritiva da liberdade econômica, a pretexto de proteger eventuais direitos, sem qualquer demonstração ou indício de que tal medida realmente se presta para o fim a que se propõe.”

Alega que “a pretexto de, em tese, explicitar as regras previstas no Código de Defesa do Consumidor, ao invés se ativeram a questões meramente interpretativas para auxiliar na execução e entendimento das leis, a **NOTA TÉCNICA** Nº 2/2017/GABDPDC/ DPDC/SENACON acabou por criar direito novo, impondo uma proibição ao mercado de entretenimento e lazer até então não prevista em nosso ordenamento.”



Diz que *“a NOTA TÉCNICA foge da seara das relações de direito do consumidor para ingressar em uma discussão sociológica, que exigiria, no mínimo, um debate muito mais amplo, a ser realizado no âmbito do Congresso Nacional, casa dos representantes do povo, por excelência.”*

Pondera que *“dizer que os estabelecimentos, quando optam por cobrar menos do público feminino, fazem-no para desvalorizar a mulher, é mera suposição, tanto por parte do órgão administrativo, quanto por parte da magistrada sentenciante, tendo em vista que não foi trazido qualquer dado estatístico ou comprovação fática para tanto.”*

Salienta que *“ainda que assim fosse, tal controle, em regra, deve ser realizado somente a posteriori, sob pena de grave afronta à garantia de liberdade, o que é totalmente diverso da situação em comento, em que a NOTA TÉCNICA pretendeu realizar um controle prévio e totalmente abusivo, destoado da realidade do mercado e até mesmo do público consumidor.”*

Sustenta que *“a livre iniciativa deve prevalecer em detrimento da intervenção estatal abusiva e desmesurada, pois esta, da forma como acionada, além de não concretizar qualquer tipo de defesa contra a discriminação das mulheres e/ou na defesa dos consumidores, acaba por prejudicar todo um setor econômico.”*

Assevera que *“a intervenção estatal prejudica frontalmente os fins da empresa e a sua própria sobrevivência, tendo em vista que referida ingerência modifica enormemente, de forma açodada e repentina, uma prática consolidada no mercado; proíbe uma fórmula que funciona há muito tempo e que não gerava maiores discussões e/ou reclamações, até a criação de uma (falsa) polêmica em torno dela.”*

Destaca que *“a intervenção estatal ora discutida ocorre em um setor de entretenimento e lazer, de bares, restaurantes e casas noturnas, que, é exercido predominantemente pelo setor privado e por empresas de pequeno porte, afeito a um público específico de pessoas, tendo em vista que não são todos, regra geral, que gostam de frequentar bares, restaurantes e casas noturnas, especialmente aquelas que cobram ingressos para a entrada.”*

Ressalta que *“o setor afetado com a medida estatal não é um setor em que necessariamente todas as pessoas e cidadãos serão usuários, tal como transportes, educação, saúde e/ou até mesmo um evento cultural, como uma peça teatral, de modo que a referida regulamentação do Estado revela-se por demais invasiva, desconsiderando as peculiaridades de funcionamento deste nicho de mercado, que é bastante específico.”*

Defende que *“deve ser garantida ao particular a possibilidade de, quando entender conveniente, aplicar política diferenciada de preços, na tentativa de atrair o consumidor, seja ele homem ou mulher.”*



Aduz que o *“Estado não pode, sob a falácia da promoção social e vedação à discriminação, sob a mera alegação - sem qualquer respaldo empírico - de defesa dos direitos das mulheres, interferir na iniciativa privada, impondo-lhe obrigações excessivamente onerosas e de resultado duvidoso.”*

Explica que *“a política de cobrança diferenciada de preços visa ao equilíbrio de acesso de ambos os sexos às casas de eventos, de maneira a proporcionar um meio mais sociável, como sói natural de ambientes noturnos, em que os consumidores, em geral, buscam, no mínimo, encontrar e ver pessoas.”*

Esclarece que *“o estímulo à frequência do público feminino visa justamente a evitar uma realidade constatada pelos proprietários e administradores dos bares, boates e casas de entretenimento: a grande maioria do público desde locais é masculino, o que acaba por cercear a liberdade da própria mulher, que se sente desconfortável e insegura com tamanha desproporção, tendo em vista que o ambiente se torna mais propício para eventuais assédios e são mais frequentes as brigas por disputa de espaço com as mulheres – coisas que, infelizmente, ainda são uma realidade em nosso contexto social.”*

Sustenta que *“a NOTA TÉCNICA 2/2017/GAB- DPDC/DPDC/SENACON, aqui tratada, não só viola princípios como o da segurança jurídica, da livre concorrência, da liberdade econômica e o da livre iniciativa - que figura logo no primeiro artigo da Constituição como fundamento da República - como também gera efeitos negativos a toda a sociedade, sendo o público feminino o mais prejudicado.”*

Requer o SINDBARES, dessa forma, *“a reforma integral da sentença impugnada, para julgar totalmente procedente a demanda, e, assim, determinar que a apelada se abstenha de fiscalizar e autuar os associados da apelante em virtude da NOTA TÉCNICA Nº 2/2017/GAB-DPDC/SENACON, devendo, esta, caso seja o caso, de forma incidental, ser declarada nula.”*

O MPF, de seu turno, pondera em seu recurso que a *“igualdade de obrigações e direitos entre os sexos, disposta no inciso II do artigo 5º da CF/88, não pode ser confundida com determinação uniformizante absoluta, máxime em matérias em que tem peso igualmente relevante outro valor fundante do ordenamento constitucional, a liberdade.”*

Anota que *“justamente por conviverem idealmente em harmonia as ideias de liberdade e igualdade que o Estado não pode, em determinadas matérias, sob o fundamento de privilegiar a isonomia, tolher relevante parcela de liberdade de particulares sem fundamento racional, ainda mais sem a imprescindível autorização normativa (lei em sentido formal).”*

Salienta que *“a adoção e aplicação irrefletida dos direitos fundamentais nas relações privadas, direito à não discriminação inclusive, redundaria, paradoxalmente, em severa limitação da liberdade, dos mais essenciais e básicos desses direitos.”*

Ressalta que *“é prática comercial antiga e socialmente aceita a diferenciação de preços com os mais distintos critérios de discrimen, como a gratuidade para crianças, desconto*



para idosos, o tratamento diferenciado para clientes com maior poder aquisitivo (em busca de fidelização), etc. Todas essas distinções se revelam válidas porque são manifestações da autonomia privada (liberdade), não há lei formal criando obrigação de igualização e os critérios eleitos não são ofensivos, vexatórios ou abusivos, além de aptos a servirem para os fins a que se destinam.”

Afirma que “é plausível que a estratégia exista no intuito de compensar inferioridade numérica de mulheres em ambientes de lazer e de entretenimento noturno. Essa baixa assiduidade, além de justificada por razões econômicas que ainda persistem, decorre de razões culturais que figuram como fatores intimidatórios da frequência feminina. A medida pode razoavelmente destinar-se, portanto, a equilibrar a assiduidade masculina e feminina.”

Sustenta que “a oferta de descontos para determinado grupo, desde que não se adote critério abusivo e/ou ofensivo a determinado grupo de pessoas, revela-se estratégia comercial que, não sendo prosrita por lei em sentido formal, está no âmbito da livre iniciativa.”

Alega que “a intervenção do Estado na economia somente se justifica nos casos em que se perceba a existência de prática abusiva ou concorrência desleal, situações pontuais em que o Estado deve agir. Não para, sem disposição legal clara, determinar ou proibir comportamentos que são práticas comerciais costumeiras e aceitas pela imensa maioria dos consumidores.”

Aduz que “a possibilidade da prática de preços diferenciados para homens e mulheres pelos estabelecimentos associados à entidade autora não afronta o direito fundamental da igualdade aqui discutido.”

Assevera que “não havendo que se falar em abuso por parte dos estabelecimentos comerciais, a liberdade econômica dos associados da entidade autora há de prevalecer sem qualquer restrição indevida do Estado por meio do ato administrativo em espécie.”

Requer o órgão ministerial apelante, assim, “que o presente recurso de apelação seja conhecido e provido, a fim de que a r. Sentença de fls. 164/178 seja reformada para dar total procedência à pretensão autoral.”

A União apresentou contrarrazões, às fls. 257/271, sustentando, preliminarmente, a falta de interesse de agir do Sindicato-Autor, sob argumento de que a Nota Técnica 2/2017/GAB-DPDC/DPDC/SENACon, expedida pela Secretaria Nacional do Consumidor – SENACOM, não teria força vinculativa, eis que, no exercício de sua competência material reservada (art. 25, § 1º, da Constituição Federal), os Estados e seus Procons teriam autonomia federativa para estipular seus entendimentos e estratégias de fiscalização, com a qual a UNIÃO via sua Secretaria Nacional do Consumidor não poderia se imiscuir, à míngua de ascensão hierárquica.

No mérito, defende que descabe cogitar de inovação jurídica e violação ao princípio da legalidade, na medida em que o ordenamento já proscreve a diferenciação de preços



conforme o sexo defendida pelo Sindicato-Autor, eis que a Constituição Federal já estipula que *“homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações”*, bem como o Código de Defesa do Consumidor hauriu deste mandamento a proscrição de tratamento discriminatório, tanto a título da efetiva prestação de serviço ou venda de mercadoria, quanto de publicidade, conforme artigos 4º, 37, 39 e 51. Além disso, com base nestes postulados da não discriminação e da equidade, o artigo 9º, inciso VII, do Decreto nº 5906/06 já explicitava a proibição de *“atribuir preços distintos para o mesmo item”*.

Alega que as alusões ao princípio da livre iniciativa serviriam de pretexto para negar eficácia horizontal do direito fundamental à isonomia, ou seja, para se defender que o dever de observar o princípio da igualdade não se aplica às relações privadas – apenas ao Estado nas suas relações com particulares, o que, segundo o seu entendimento, iria de encontro à jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal, que já teria decidido reiteradamente que o princípio constitucional da liberdade de iniciativa não seria ilimitado, e estaria condicionado à observância doutros princípios da Lei Maior – dentre eles, os relativos a direitos fundamentais, razão pela qual o fornecedor não teria liberdade de iniciativa para discriminar conforme o sexo do consumidor – assim, como não tem para diferenciar tratamento consoante sua raça, credo ou proveniência geográfica.

Aduz que o Direito Comparado serviria como inspiração para a demonstração da legalidade da proibição da discriminação de consumidores conforme o gênero e que a questão em comento afetaria diretamente os direitos da personalidade da mulher.

Assevera que *“o argumento salarial – de que a mulher paga menos porque ganha menos – sobre pecar pela falta de sinceridade, perece à constatação de que outros tipos de estabelecimentos, como supermercados, padarias, oficinas, cinemas, universidades e cursos de todo tipo, não praticam a diferenciação de preço – o que causaria, aliás, escândalo na sociedade.”*

Defende que *“Não deve vingar, ademais, o recurso ao argumento de que se trataria de um costume “aceito” pela sociedade e pelos consumidores. Ora, outrora a escravidão e o nepotismo já foram “aceitos” pela sociedade, antes de serem considerados ilegais/inconstitucionais – aliás o nepotismo foi declarado inconstitucional única e exclusivamente com base em princípios constitucionais, a partir de análise de resolução administrativa do Conselho Nacional de Justiça. A prática de dirigir sem cinto de segurança também não foi convalidada pela sua ampla disseminação no tempo e espaço.”*

Por fim, sustenta não haver que se falar em violação à segurança jurídica se: *“i) a nota técnica adversada constitui mera recomendação destituída de força vinculante; ii) o ordenamento jurídico já proscreve o tratamento discriminatório, e o entendimento da SENACON não constitui inovação; iii) mesmo que vinculatividade houvesse, nada mais consentâneo com o princípio da segurança jurídica que o entendimento técnico que publiciza e uniformiza os entendimentos a serem seguidos pelos órgãos fiscalizatórios.”*

O Ministério Público Federal, em seu parecer de fls. 286/298, opinou pelo provimento



dos recursos.

É o relatório. Peço inclusão em pauta.

ALUISIO GONÇALVES DE CASTRO MENDES
Desembargador Federal