

O CASO *MASTERPIECE CAKESHOP, LTD., ET AL. V. COLORADO CIVIL RIGHTS COMMISSION ET AL.* E SUA CONTRIBUIÇÃO HERMENÊUTICA AO ART. 39, II E IX, DO CÓDIGO CONSUMERISTA BRASILEIRO: PRÁTICA ABUSIVA OU RECUSA LÍCITA?

Rodrigo Almeida Magalhães*

Sthéfano Bruno Santos Divino**

Resumo: É possível recusar atendimento à demanda, a venda de bens ou a prestação de serviços ao consumidor, nos termos do art. 39, II e IX, do CDC, sem configurar prática abusiva? Para satisfação dessa problemática, primeiramente, analisa-se as premissas fáticas e jurídicas do caso *Masterpiece Cakeshop, LTD., et. al., v. Colorado Civil Rights Commission et. al.* Em seguida, faz-se uma descrição hermenêutica do art. 39, II e IX, do Código de Defesa do Consumidor, para compreensão de seu âmbito protetivo. O objetivo consiste em demonstrar, com respaldo no estudo de caso em questão, a existência de determinadas situações fáticas e jurídicas capazes de autorizar a recusa do fornecedor de produtos ou serviços a específicas demandas dos consumidores. A construção desse raciocínio ancora-se nos métodos de pesquisa integrativo, hermenêutico-concretizador, e nas técnicas de estudo de caso e pesquisa bibliográfica. Ao final, conclui-se pelo reconhecimento da licitude e da inaplica-

* Doutor, mestre e bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC-MG. Professor da Graduação e da Pós-Graduação em Direito da PUC-MG. Professor de Direito Empresarial na UFMG.

** Mestrando em Direito do Programa de Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC-MG, Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Lavras – Unilavras.

bilidade do art. 39, II e IX, do Código de Defesa do Consumidor, em determinadas situações fáticas e jurídicas justificáveis.

Palavras-Chave: Prática abusiva; Código de Defesa do Consumidor; Recusa lícita; Art. 39, II; Art. 39, IX.

Abstract: It is possible to refuse service to the demand, the sale of goods or the provision of services to the consumer, under the terms of art. 39, II and IX of the CDC, without setting up abusive practice? To satisfy this problem, we first analyze the factual and legal premises of the case *Masterpiece Cakeshop, LTD., Et. al., v. Colorado Civil Rights Commission et. al.* Next, we do a hermeneutic description of art. 39, II and IX, of the Consumer Defense Code, in order to understand its protective scope. The objective is to demonstrate, with support in the case study in question, the existence of certain factual and legal situations capable of authorizing the refusal of the supplier of products or services to specific consumer demands. The construction of this reasoning is anchored in the methods of integrative research, hermeneutic-concretizing, and in the techniques of case study and bibliographic research. In the end, it concludes by the recognition of the lawfulness and the inapplicability of art. 39, II and IX, of the Consumer Protection Code, in certain justifiable legal and factual situations.

Keywords: Abusive practice; Code of Consumer Protection; Lawful refusal; Art. 39, II; Art. 39, IX.

1. INTRODUÇÃO



oposição entre lícito e ilícito e aparente conflito de direitos é algo desejável para discussão. De um lado, liberdade de expressão e liberdade de crença e religião. De outro, o direito à defesa do consumidor.

Ambos tutelados constitucionalmente. Como afirmar a licitude ou a ilicitude de uma conduta garantida por um direito positivado frente a uma prática considerada abusiva? Esse é o tema da problemática do presente artigo. É possível recusar atendimento à demanda, a venda de bens ou a prestação de serviços ao consumidor, nos termos do art. 39, II e IX, do CDC, sem configurar prática abusiva?

O caso *Masterpiece Cakeshop, LTD., et al. V. Colorado Civil Rights Commission et al.* será o suporte fático para satisfação desse questionamento. Primeiramente, aborda-se brevemente suas premissas. Extrai-se dessa análise as peculiaridades e os argumentos utilizados pela Suprema Corte dos Estados Unidos, indispensáveis e singulares deste curioso julgado.

Em seguida, faz-se uma leitura hermenêutica do art. 39, II e IX, do Código de Defesa do Consumidor brasileiro, para compreender as diretrizes trazidas e utilizadas pela doutrina e pela jurisprudência no escopo protetivo desse normativo.

Ao final, coagulam-se os ideais dos tópicos anteriores, para concluir pela possibilidade de o fornecedor ou o prestador de serviços praticar as condutas descritas no art. 39, II e IX, do CDC, sem configurar prática abusiva. Será indispensável, para isso, a observância de alguns critérios propostos. A construção desse raciocínio ancora-se nos métodos de pesquisa integrativo, hermenêutico-concretizador, e nas técnicas de estudo de caso e pesquisa bibliográfica.

2. *MASTERPIECE CAKESHOP, LTD., ET AL. V. COLORADO CIVIL RIGHTS COMMISSION ET AL.*: PREMISSAS FÁTICAS

Masterpiece Cakeshop, uma confeitaria em *Lakewood, Colorado*, no subúrbio de *Denver*, é dirigida há mais de 20 anos pelo seu proprietário, e também experiente confeitoiro, Jack Philips. A loja oferece variados tipos de serviços, que vão

desde a confecção de *cookies* e *brownies*, a itens personalizados, como bolos de casamento e aniversário. Philips explicou que seu trabalho e seu maior objetivo “*is to be obedient to Jesus Christ and Christ’s “teachings in all aspects of his life”, devendo “honor God through his work at Masterpiece Cakeshop”*”.¹ Em sua concepção, a visão e a intensão de Deus para com o casamento, desde os primórdios da história iniciada com Adão e Eva, era a união entre um homem e uma mulher.²

No verão de 2012, Charlie Craig e David Mullins, um casal homossexual, estavam planejando se casar. Porém, àquela época, o Estado do Colorado não reconhecia legalmente o matrimônio entre duas pessoas do mesmo sexo. O casal, então, planejou se casar legalmente no Estado de Massachusetts, o qual já reconhecia e validava essa união. Posteriormente, para celebrar o evento, Craig e Mullins pretendiam receber seus amigos e sua família em Denver. O casal compareceu, então, na confeitaria de Philips para encomendar um bolo de casamento. O confeiteiro, porém, negou seu pedido sob o fundamento que não *fabricava* bolos de casamento para uniões de pessoas do mesmo sexo. Philips ressaltou que sua objeção era apenas para aquela situação e disse: “*I’ll make your birthday cakes, shower cakes, sell you cookies and brownies, I just don’t make cakes for samesex weddings.*”³

No dia seguinte, a mãe de Craig, que também estava presente na situação da negativa de Philips, ligou para o confeiteiro e perguntou-lhe o motivo de sua recusa a prestação de serviços ao seu filho. Philips comunicou à senhora que suas convicções religiosas o impediam de fazê-lo e, no mais, àquela

¹ UNITED STATES. *Supreme Court of the United States. Decision n. 16-111. Masterpiece Cakeshop, LTD., et al. V. Colorado Civil Rights Commission et al. Syllabus: Kennedy J, June 4, 2018. Available in: https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/16-111_j4el.pdf>. Accessed in: 08, jul. 2018.*

² *Idem.*

³ *Idem.*

época, sustentou seu argumento diante do não reconhecimento deste tipo de matrimônio no Estado do Colorado. Philips frisou que “*to create a wedding cake for an event that celebrates something that directly goes against the teachings of the Bible, would have been a personal endorsement and participation in the ceremony and relationship that they were entering into*”.⁴

A situação era complexa. Em 1885, menos de uma década após o Colorado conseguir sua condição de Estado, a Assembleia Geral aprovou uma Lei destinada à proteção dos direitos civis dos cidadãos, a qual garantia “*full and equal enjoyment*” of certain public facilities to “*all citizens,*” “*regardless of race, color or previous condition of servitude*”.⁵ No mais, a Lei de Anti-discriminação do Estado do Colorado [*Colorado Anti-Discrimination Act (CADA)*], com alterações em 2007 e 2008, proíbe qualquer tipo de discriminação⁶ em locais de acomodação pública⁷ fundamentadas em orientações sexuais

⁴ *Idem.*

⁵ *Idem.*

⁶ *It is a discriminatory practice and unlawful for a person, directly or indirectly, to refuse, withhold from, or deny to an individual or a group, because of disability, race, creed, color, sex, sexual orientation, marital status, national origin, or ancestry, the full and equal enjoyment of the goods, services, facilities, privileges, advantages, or accommodations of a place of public accommodation.* COLORADO. *Colorado Revised Statutes Title 24 – Government – State Principal departments – Article 34 – Department of Regulatory Agencies – Part 6 – Discrimination in Places of Public Accommodation §24-34-601: Discrimination in places of public accommodation – definition.* Disponível em: <<https://law.justia.com/codes/colorado/2016/title-24/principal-departments/article-34/part-6/section-24-34-601>>. Acesso em: 08 jul. 2018.

⁷ “*Place of public accommodation*” means any place of business engaged in any sales to the public and any place offering services, facilities, privileges, advantages, or accommodations to the public, including but not limited to any business offering wholesale or retail sales to the public; any place to eat, drink, sleep, or rest, or any combination thereof; any sporting or recreational area and facility; any public transportation facility; a barber shop, bathhouse, swimming pool, bath, steam or massage parlor, gymnasium, or other establishment conducted to serve the health, appearance, or physical condition of a person; a campsite or trailer camp; a dispensary, clinic, hospital, convalescent home, or other institution for the sick, ailing, aged, or infirm; a mortuary, undertaking parlor, or cemetery; an educational institution; or any public building, park, arena, theater, hall, auditorium, museum, li-

ou qualquer outra característica pessoal protegida pelas demais legislações.

Em eventuais conflitos cujo objeto seja *discriminação*, a *CADA* estabelece um sistema administrativo para solução dessas controvérsias. Em primeira instância, a *Colorado Civil Rights Division* é responsável por cada reclamação protocolada e pela investigação de eventuais violações aos dispositivos da *CADA*. Caso a Divisão encontre alguma ilicitude, o caso é encaminhado a *Colorado Civil Rights Commission*.⁸

A Comissão, ao receber o caso da Divisão, ponderará sobre a necessidade de uma audiência perante um Juiz de Direito Administrativo Estadual [*State Administrative Law Judge (ALJ)*], o qual decidirá, por escrito, após o recebimento das provas e ouvido os argumentos das partes envolvidas. A decisão do *ALJ* poderá ser apelada a um Conselho de sete membros. O órgão administrativo realiza uma sessão pública e deliberativa previamente ao voto do caso. Caso seja detectada alguma violação da *CADA*, ele poderá impor medidas corretivas conforme descrito na legislação.⁹

Diante desse cenário, em agosto de 2012, Craig e Mullins protocolaram uma reclamação alegando discriminação de Philips e de sua confeitaria. O fundamento do casal cingiu-se na violação do dispositivo que garantia “*full and equal services*” pela loja de Philips, e que as convicções pessoais do confeitoiro não deveriam influenciar seu negócio, este independente de suas crenças pessoais.¹⁰ A *Civil Rights Division* abriu um procedimento investigatório. O responsável pelo caso detectou que em múltiplas situações Philips “*turned away potential customers on the basis of their sexual orientation, stating that he*

brary, exhibit, or public facility of any kind whether indoor or outdoor. "Place of public accommodation" shall not include a church, synagogue, mosque, or other place that is principally used for religious purposes. Idem.

⁸ UNITED STATES. *Supreme Court of the United States. Idem.*

⁹ *Idem.*

¹⁰ *Idem.*

could not create a cakefor a same-sex wedding ceremony or reception”¹¹, pois era proibido pela sua religião e que os futuros compradores poderiam estar cometendo um ato ilegal, ante o não reconhecimento deste tipo de união pelo Estado do Colorado àquela época.¹²

A investigação foi mais afundo e detectou que Philips já havia negado seis vezes a venda de bolos de casamento customizados para casamento de pessoas do mesmo sexo. Foi encontrado, também, a evidência de recusa de venda de *cupcakes* para um casal de lésbicas celebrar seu namoro. Neste caso Philips disse que “*had a policy of not selling baked goods to same-sex couples for this type of event*”.¹³ Entendendo ter evidências suficientes, a *Civil Rights Division* encaminhou o caso para a *Colorado Civil Rights Commission*, que posteriormente achou necessário conduzir uma reclamação formal perante um *State ALJ*. A autoridade judicial de primeira instância deu provimento ao pedido da *Colorado Civil Rights Commission*, rejeitando o argumento de Philips de livre exercício da religião e liberdade de expressão fundamentado na *1st Amendment*¹⁴, condenando-o por discriminação e determinando que ele “*cease and desist from discriminating against ... same-sex couples by refusing to sell them wedding cakes or any product [they]would sell to heterosexual couples*”.¹⁵

Philips apelou a Corte de Apelação do Estado do Colorado (*Colorado Court of Appeals*), que manteve a decisão de primeira instância. O caso chegou a Suprema Corte Estadunidense.

O juiz relator, J. Kennedy, afirmou “*Our society has come to the recognition that gay personsand gay couples can-*

¹¹ *Idem.*

¹² *Idem.*

¹³ *Idem.*

¹⁴ UNITED STATES. *Federal Constitution: 1st Amendment*. Disponível em: <<https://constitution.findlaw.com/amendment1.html>>. Acesso em: 08 jul. 2018.

¹⁵ UNITED STATES. *Supreme Court of the United States. Idem.*

not be treated as social outcasts or as inferior in dignity and worth".¹⁶ Por esse mesmo motivo, ressaltou Kennedy, que as Leis e a Constituição podem, e em alguns casos precisam, proteger os direitos civis das pessoas homossexuais. O exercício de suas liberdades, tanto sexuais, como de livre expressão, deve ser garantido em termos iguais aos demais cidadãos e deve ser garantido de forma isonômica e respeitosa pelas cortes. Porém, no mesmo sentido, "*the religious and philosophical objections to gay marriage are protected views and in some instances protected forms of expression*."¹⁷ Utilizando o caso *Obergefell v. Hodges*, 576 U. S., Kennedy destacou que a Primeira Emenda garante às organizações religiosas e seus participantes proteção adequada à medida que buscam ensinar os princípios que preenchem e são centrais para sua vida e crenças, mas como cláusula e regra geral não permite que convicções religiosas e filosóficas influenciem na economia e na sociedade, sob o manto da negativa da prestação de serviços capazes de configurar ato discriminatório.¹⁸ Porém existem exceções.

Kennedy exemplificou com um caso específico, e também afirmou a não taxatividade das hipóteses de exceção à regra supracitada, mas também inexistente uma lista contendo todas as situações excepcionais. O exemplo trazido foi de um membro do clero que nega a celebração de casamento homossexual em virtude de suas crenças religiosas. A recusa deste membro estaria respaldada pela própria Constituição Estadunidense, e compeli-lo a praticar o ato seria atentar contra a democracia. Portanto, Kennedy já demonstrando o sentido de sua decisão preferiu limitar seu efeito a *inter partes*, pois caso fosse *erga omnes* um indeterminado número de pessoas que necessessem bens e serviços para casamentos poderia se recusar a

¹⁶ *Idem.*

¹⁷ *Idem.*

¹⁸ *Idem.*

fazê-lo para casais homossexuais, ato este que traduziria em um estigma social inconsistente com a construção histórica e dinâmica das Leis Civis garantidoras do acesso igual a bens, serviços e acomodações públicas.¹⁹

O caso de Philips se enquadrava na excepcionalidade. Para Kennedy o dilema do confeitiro era compreensível diante dos fatos trazidos até a Corte Suprema.²⁰ Além da relevância de sua crença religiosa, que impedia a feitura de apenas um item específico de sua loja, para um determinado evento, em 2012 sua recusa também era respaldada pela ausência de reconhecimento legal do casamento entre duas pessoas do mesmo sexo no Estado do Colorado.²¹ O juiz relator ressaltou que “*Philips too was entitled to a neutral and respectful consideration of his claims in all the circumstances of the case*”. Ou seja, apesar da negativa do confeitiro, seu ato estava fielmente fundamentado em seu direito de liberdade de expressão e liberdade religiosa. Philips forneceria qualquer outro produto de sua confeitaria, excetuado o pretendido por Craig e Mullins. Por esse motivo, as condutas²² da *Colorado Civil Rights Division* e da *Commission* foram hostis e incompatíveis com a Primeira

¹⁹ *Idem*.

²⁰ *In this context the baker likely found it difficult to find a line where the customers' rights to goods and services became a demand for him to exercise the right of his own personal expression for their message, a message he could not express in a way consistent with his religious beliefs.* UNITED STATES. *Supreme Court of the United States. Idem.*

²¹ *Since the State itself did not allow those marriages to be performed in Colorado, there is some force to the argument that the baker was not unreasonable in deeming it lawful to decline to take an action that he understood to be an expression of support for their validity when that expression was contrary to his sincerely held religious beliefs, at least insofar as his refusal was limited to refusing to create and express a message in support of gay marriage, even one planned to take place in another State.* *Idem.*

²² *As the record shows, some of the commissioners at the Commission's formal, public hearings endorsed the view that religious beliefs cannot legitimately be carried into the public sphere or commercial domain, disparaged Phillips' faith as despicable and characterized it as merely rhetorical and compared his invocation of his sincerely held religious beliefs to defenses of slavery and the Holocaust.* *Idem.*

Emenda da Constituição dos Estados Unidos.

Por essas razões, o tratamento dado pela Comissão ao caso de Phillips violou o dever do Estado, de acordo com a Primeira Emenda, de não basear leis ou regulamentações em condutas hostis contra uma religião ou ponto de vista religioso. Diante dos fatos postos a Corte Suprema, não ficou evidenciado e verificado qualquer *animus* discriminatório de Philips. Sua recusa foi legítima fundamentada no direito à liberdade religiosa e no direito à liberdade de expressão. Dessa forma, a Suprema Corte Estadunidense, por 7 votos a favor e 2 contra, deu provimento ao recurso do confeitiro e o absolveu das condenações proferidas em instâncias inferiores.

Partindo deste cenário, a contribuição hermenêutica da decisão proferida no caso em questão fornece um rico substrato fático e normativo para com a Lei 8.078/1990. Daí se desenvolve a problemática do presente artigo: é possível recusar atendimento à demanda, a venda de bens ou a prestação de serviços ao consumidor, nos termos do art. 39, II e IX, do CDC, sem configurar prática abusiva?²³ Utilizando as premissas do caso *Masterpiece Cakeshop, LTD., et al. V. Colorado Civil Rights Commission et al.* analisa-se analogamente de seu conteúdo decisório, para verificar uma possível compatibilidade com as diretrizes jurídicas do código consumerista brasileiro.

²³ 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;

[...]

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;

BRASIL. Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. In: *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 11 set. 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/18078.htm>. Acesso em: 08 jul. 2018.

3. BREVE DESCRIÇÃO HERMENÊUTICA DO ART. 39, II E IX DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Mesmo após anos da promulgação do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, em razão de seu caráter geral, abstrato e principiológico, seus dispositivos de ordem pública e interesse social²⁴, as mudanças e alterações sociais são fatores determinantes e indispensáveis à adequação e conexão hermenêutica para com seu regime de tutela.

Se, de um lado, esses fenômenos sociais podem elucidar nova interpretação a um artigo, expandindo a defesa e a proteção do consumidor, poderia esse mesmo fato evidenciar outras contextualizações capazes de considerar lícita a conduta do fornecedor/prestador de serviços, que é considerada ilícita pelo Código? Para responder esse questionamento, e os demais já realizados, introduz-se uma leitura do art. 39, II e IX, da Lei. 8.078/1990.

Em primeiro lugar, prática abusiva *lato sensu* “é a desconformidade com os padrões mercadológicos de boa conduta em relação ao consumidor”²⁵. Todas as disposições elencadas no art. 39 são *numerus apertus*. Outros atos abusivos não taxados pelo normativo supracitado são abarcados pelo artigo 187 do Código Civil²⁶. Essa conectividade, portanto, dá-se em ra-

²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Acórdão de decisão que reconhece o CDC como norma de ordem pública e interesse social*. Recurso Especial nº 292.942. Relator: Sálvio de Figueiredo Teixeira. 07 de maio de 2001.

²⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de V.; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; NERY JR., Nelson; DENARI, Zelmo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 375.

²⁶ Art. 187. 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. BRASIL. Lei nº 10.106 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. In: *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 08 jul.

ção da Teoria do Diálogo das Fontes. Um exemplo facilmente visualizado é o do abuso de direito que, embora não elencado no art. 39 Código Consumerista, poderá sê-lo aplicado para tutelar o consumidor.²⁷

No mais, os incisos elencados no artigo 39, a princípio, parecem destinados exclusivamente à proteção e defesa do consumidor. Os incisos II²⁸ e IX²⁹ deste artigo mascaram interpretações que transcendem a simples análise e abordagem doutrinária e jurisprudencial. Falham os manuais³⁰ em sua tentativa hermenêutica. Cingem-se eles expressamente ao teor legislativo. Veja-se.

Garcia, sobre o inciso II, apenas aborda sobre a impossibilidade de o fornecedor recusar a prestar o serviço ou a vender o produto a qualquer consumidor que se disponibilize a

2018.

²⁷ CONTA CORRENTE. Apropriação do saldo pelo banco credor. Numerário destinado ao pagamento de salários. Abuso de direito. Boa-fé.

Age com abuso de direito e viola a boa-fé o banco que, invocando cláusula contratual constante do contrato de financiamento, cobra-se lançando mão do numerário depositado pela correntista em conta destinada ao pagamento dos salários de seus empregados, cujo numerário teria sido obtido junto ao BNDES.

A cláusula que permite esse procedimento é mais abusiva do que a cláusula mandato, pois, enquanto esta autoriza apenas a constituição do título, aquela permite a cobrança pelos próprios meios do credor, nos valores e no momento por ele escolhidos.

Recurso conhecido e provido. (REsp 250.523/SP, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 19/10/2000, DJ 18/12/2000, p. 203). BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Acórdão de decisão que reconhece o abuso de direito no CDC*. Recurso Especial nº 250.523. Relator: Ruy Rosado de Aguiar. 18 de dezembro de 2000.

²⁸ II - recusar atendimento às demandas dos consumidores, na exata medida de suas disponibilidades de estoque, e, ainda, de conformidade com os usos e costumes;

²⁹ 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

³⁰ Theodoro Júnior, apesar das atualizações em sua obra, apenas traz um curto tópico (3.6) sobre a proteção das cláusulas abusivas, com fundamento no art. 6º, V, do CDC, e sequer traz uma abordagem pormenorizada sobre o art. 39 e seus incisos. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Direitos do Consumidor*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

pagá-los, desde que tenha os produtos em estoque e esteja habilitado a prestar o serviço. Para o autor, a recusa da venda constitui crime contra as relações de consumo elencadas no art. 7º, I, da Lei n. 8.137/1990³¹. No mais, ao discorrer sobre o inciso IX, o autor leciona que a violação a esse dispositivo autorizaria o consumidor a se valer do art. 84³² do CDC para obter a tutela específica da obrigação, além de perdas e danos, se houver. Além disso, Garcia afirma que a diferença em relação a norma prevista no inciso II e a do inciso IX é que nesta a prática abusiva acontece quando “o fornecedor se recusa a vender o produto ou prestar o serviço diretamente ao consumidor, imponto intermediários para a conclusão do negócio”.³³

Marques, Benjamin e Bessa, sobre o inciso II, destacam a irrelevância da razão alegada pelo fornecedor para a conduta descrita no artigo em causa. Os motivos alegados para a negativa do serviço independem da provável conexão fática ligada ao serviço/produto pretendido pelo consumidor. Os autores exemplificam com um caso hipotético de um motorista de taxi que, ao saber da pequena distância da corrida do consumidor, nega-lhe o serviço. No mais, ao abordar sobre a recusa de venda direta (inciso IX), a interpretação também é literal. “Cuidasse de imposição de intermediários àquele que se dispõe a ad-

³¹ Art. 7º Constitui crime contra as relações de consumo:

I - Favorecer ou preferir, sem justa causa, comprador ou freguês, ressalvados os sistemas de entrega ao consumo por intermédio de distribuidores ou revendedores; [...]

BRASIL. Lei nº 8.137 de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. In: *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8137.htm>. Acesso em: 08 jul. 2018.

³² Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

BRASIL. Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990. *Idem*.

³³ GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Código de Defesa do Consumidor*: comentado artigo por artigo. 13. Ed. Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 326 e 330.

quirir, *diretamente*, produtos e serviços mediante pronto pagamento”.³⁴

Miragem, ao abordar sobre o inciso II, atrela o exercício da atividade profissional no mercado de consumo a uma função social e econômica. Por este motivo, quando sujeito às práticas do mercado de consumo, o indivíduo, em razão de sua posição profissional, não pode se recusar ao fornecimento de produtos e serviços ofertados. Sob o manto anti-discriminatório do CDC, Reforça o autor que “o fornecedor não pode, ao se dispor a enfrentar os riscos da atividade negocial no mercado de consumo, pretender selecionar os consumidores com quem vai contratar”.³⁵ Por esse motivo inexistente a possibilidade de o fornecedor recusar a contratação na hipótese de se tratar de negócios menos atraentes se, e quando, pela sua atividade, propõe-se o fornecimento de produtos ou serviços a quem se interessar, observados *os usos e os costumes comerciais*.³⁶ Sobre o inciso IX, Miragem apenas discute sobre a conceituação e extensão do termo *pronto pagamento*³⁷, e da discussão da diferenciação de preço para pagamento em dinheiro ou em cartão de crédito³⁸.

³⁴ BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 290.

³⁵ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 319.

³⁶ *Idem*.

³⁷ A noção de pronto pagamento remete à discussão do que se pode considerar como tal, ou seja, se além do uso de moeda corrente, o pagamento em cheque ou a utilização de cartões de crédito e débito estão incluídos em tal definição.

Parece-nos que por "pronto pagamento" deve-se entender o pagamento em dinheiro, o que no caso importa dizer, em moeda corrente nacional, com custo forçado. Fora disto, uma interpretação ampliativa do conceito permitiria admitir como tal, também os cartões de débito atualmente muito utilizados- assim como outros instrumentos de pagamento que tenham por requisito básico transferir imediatamente, ainda que por meio eletrônico, o valor do pagamento da conta corrente do consumidor para a conta corrente do fornecedor. *Ibidem*, p. 326.

³⁸ Para o autor, “apta a destacar a incidência ou não dos incisos V e X do art. 39, do CDC”. Seu entendimento “inclina-se no sentido de admitir a diferenciação dos

Por fim, a leitura de Tartuce e Neves do inciso II contribui diferentemente das demais trazidas. Para eles, “a restrição para a aquisição é possível desde que haja comunicação prévia dos estoques, dentro de um limite razoável, o que atende ao dever de informar decorrente da boa-fé objetiva”.³⁹ É o caso de ofertas e promoções em estabelecimentos comerciais em que determinados produtos, frente a grande demanda e pouca oferta, são limitados a poucas unidades por consumidor. Porém, ressalva os autores que já é possível detectar decisões no STJ descartando a necessidade de comunicação prévia, e que o consumidor não teria o direito de exigir o produto em *off-price* em quantidade incompatível com o consumo pessoal ou familiar.⁴⁰

Outra situação suscitada pelos autores é “a viabilidade jurídica de os fornecedores e prestadores deixarem de atender às demandas dos consumidores, por não aceitarem determinada forma de pagamento, caso do cheque”.⁴¹ Nesta relação jurídica, caso haja expressa informação sobre a recusa de específicos meios de pagamento, o exercício do *princípio constitucional da*

preços praticados, desde que que assegurada a informação prévia ao consumidor, uma vez que se trate de ajuste interno de custos do fornecedor e decisão confiada à autonomia das partes”. *Ibidem*, p. 328.

³⁹ TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito do Consumidor*: direito material e processual. 6. ed. São Paulo: Forense, 2017, p. 237.

⁴⁰ Recurso especial. Código de Defesa do Consumidor. Dano moral. Venda de produto a varejo. Restrição quantitativa. Falta de indicação na oferta. Dano moral. Inocorrência. Quantidade exigida incompatível com o consumo pessoal e familiar. Aborrecimentos que não configuram ofensa à dignidade ou ao foro íntimo do consumidor. 1. A falta de indicação de restrição quantitativa relativa à oferta de determinado produto, pelo fornecedor, não autoriza o consumidor a exigir quantidade incompatível com o consumo individual ou familiar, nem, tampouco, configura dano ao seu patrimônio extramaterial. 2. Os aborrecimentos vivenciados pelo consumidor, na hipótese, devem ser interpretados como ‘fatos do cotidiano’, que não extrapolam as raias das relações comerciais, e, portanto, não podem ser entendidos como ofensivos ao foro íntimo ou à dignidade do cidadão. Recurso especial, ressalvada a terminologia, não conhecido” (STJ – REsp 595.734/RS – Terceira Turma – Rel. Min. Nancy Andrighi – Rel. p/Acórdão Min. Castro Filho – j. 02.08.2005 – DJ 28.11.2005, p. 275). *Idem*.

⁴¹ *Idem*.

legalidade é detectado.

Lado contrário, a dissertação dos autores sobre o inciso IX cinge-se apenas à legalidade do texto consumerista. A única contribuição trazida em suas análises é sobre o critério de razoabilidade que deverá guiar o intérprete na aplicação concreta da norma.⁴² Em que pese o conhecimento de demais obras, a restrição hermenêutica à literalidade do texto legal é predominante⁴³. O que fazer quando há a ocorrência de um suporte fático incidente em uma norma jurídica abstrata em que inexistem descrições hermenêuticas aquém dos posicionamentos repetitivos abordados pela doutrina? O caso *Masterpiece Cakeshop, LTD., et al. V. Colorado Civil Rights Commission et al.* é uma dessas situações. Existe aparente conflito entre direitos fundamentais. De um lado a defesa do consumidor, tutelada pelo art. 5º, XXXII da CRFB e, de outro lado, a liberdade de crença e a liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e comunicação, resguardados respectivamente pelo art. 5º, VI e IX, da CRFB⁴⁴. Sob o prisma do Código do Consumidor

⁴² *Ibidem*, p. 245.

⁴³ Além das obras transcritas no texto, foram consultadas: 1) NUNES, Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015; 2) CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Direito do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014; 3) FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de Direitos do Consumidor*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2016; e 4) BOLZAN, Fabrício. *Direito do Consumidor Esquematizado*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Em análise ao art. 39, incisos II e IX, nenhuma delas vai aquém literalidade da lei. O pobre fator hermenêutico é incompatível com a realidade.

⁴⁴ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

[...]

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

[...]

brasileiro, seria possível aqui utilizar o raciocínio da Suprema Corte dos Estados Unidos? O ordenamento constitucional brasileiro seria capaz de suportar essa importação sem trazer danos ao sistema jurídico? O tópico a seguir tende a responder essas questões suscitadas.

4. OS LIMITES DA ILICITUDE DO ART. 39, II E IX, DO CDC: ENTRE O EXERCÍCIO DE LIBERDADES CONSTITUCIONAIS E A PRÁTICA ABUSIVA

Meio aos direitos fundamentais em espécie, a liberdade, lado a igualdade, são dois elementos essenciais do conceito de *dignidade da pessoa humana*, fundamento do Estado Democrático de Direito e vértice do sistema dos direitos fundamentais.⁴⁵ Seu pleno exercício na esfera fática transcende o mero aspecto formal positivado na própria constituição. A substância deste direito está, também, em grande parte, no seu estímulo, garantia e autorrealização.

A priori, é de importância abordar o conteúdo e os limites das liberdades aqui pretendidas. Com relação a liberdade de expressão, sua tutela recairá e abrangerá toda “opinião, convicção, comentário, avaliação ou julgamento sobre qualquer assunto ou sobre qualquer pessoa, envolvendo tema de interesse público, ou não, de importância e de valor, ou não”.⁴⁶ Ressalta-se que dentre os modos de expressão, a princípio, manifestações não verbais também se inserem no âmbito da liberdade constitucionalmente protegida.⁴⁷ Além disso, seus limites são estipulados pela própria constituição. Com fulcro no art. 220 da

XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor; BRASIL. *Constituição Federal*. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm>. Acesso em: 14 jul. 2018.

⁴⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 263.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 264.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 269.

CRFB, em consonância com o art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV, admite-se por exemplo a interferência legislativa para proibição do anonimato, garantia do direito à resposta e a indenização por danos morais e patrimoniais e à imagem, a preservação da intimidade, a vida privada e a honra e a imagem das pessoas.⁴⁸

Para atuar restringindo a liberdade de expressão, porém, a legislação deve atender aos critérios informadores do princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, adequando sua vedação à necessidade em sentido estrito da conduta a ser praticada. Caso não fique claro que “a lei, pretextando um objetivo neutro do ponto de vista ideológico, oculte o propósito dissimulado e primordial de impedir a veiculação de ideias, não estará, obviamente, imune à declaração de inconstitucionalidade”.⁴⁹ No mais, a garantia da liberdade de expressão não abarca mensagens que provocam relações de violenta quebra da ordem, palavras belicosas, incitação ao racismo e discurso de ódio.⁵⁰

Já a liberdade de consciência ou de pensamento “consiste na adesão a certos valores morais e espirituais de qualquer aspecto religioso”.⁵¹ Nestes estão contidas as possibilidades de se determinar no sentido de crença em conceitos sobrenaturais propostos por determinada religião ou revelação (teísmo), da crença na existência de um Deus, mas rejeitando qualquer espécie de revelação divina (deísmo) ou, de não ter crença em Deus algum (ateísmo).⁵² Assim, a liberdade de consciência ou de pensamento está intrinsecamente ligada “a faculdade de o indivíduo formular juízos e ideias sobre si mesmo e sobre o

⁴⁸ *Ibidem*, p. 270.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 272.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 273-274.

⁵¹ NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 362

⁵² *Idem*.

meio externo que o circunda”.⁵³

O Estado, portanto, não pode interferir nessa esfera íntima do indivíduo, não sendo de sua competência a imposição de concepções filosóficas incompatíveis com a liberdade do cidadão.⁵⁴ O reconhecimento da inviolabilidade da liberdade de consciência pelo Estado deve seguir igualmente pela admissão de que o indivíduo aja conforme suas convicções. Caso o Estado impunha conduta ao indivíduo que desafia o sistema de vida que suas convicções construíram estar-se-ia diante de uma objeção de consciência.⁵⁵ Essa consiste “na recusa em realizar um comportamento prescrito, por força de convicções seriamente arraigadas no indivíduo, de tal sorte que, se o indivíduo atendesse ao comando normativo, sofreria grave tormento moral”.⁵⁶ Detalhe importante levantado por Mendes e Branco é que essa recusa ou insubmissão não decorre de um mero capricho, nem de um interesse mesquinho. Pelo contrário, a objeção de consciência deve ser invocada quando a submissão do indivíduo à norma causar-lhe insuportável violência psicológica. Seria ela a pretensão da isenção de cumprimento de um dever geral. E entende-se por pretensão pois o seu reconhecimento não abre ao sujeito uma possibilidade de agir ou não agir. Caso fosse um direito de igual natureza ao ato obrigacional a que ela e opõe, falar-se-ia em uma faculdade de agir, um novo espaço de liberdade, descrição essa incompatível com pretensões.⁵⁷

A objeção pode ser direta, dirigindo-se à conduta em si imposta ao objeto, ou indireta, quando a conduta é recusada por ligar-se instrumentalmente a outra conduta ou fato repelidos pelo indivíduo. No mais, a objeção de consciência não tutela toda e qualquer prestação, deverá esta ser individual, que se

⁵³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 312.

⁵⁴ *Idem*, p. 313.

⁵⁵ *Idem*.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 314.

⁵⁷ *Idem*.

terá como relegável, no caso, “em seguida a um cotejo do interesse que a prestação imposta vista satisfazer com o interesse em preservar a integridade moral do indivíduo”.⁵⁸ Ao reconhecer a objeção de consciência de um cidadão, o Estado abre mão do princípio de que a maioria democrática impor normas *erga omnes*, em troca do não sacrifício da integridade íntima do indivíduo em causa.⁵⁹ Para evitar que a objeção de consciência seja desmedida em sua extensão, o julgador, no caso concreto, deve sopesá-la com outros valores que lhe podem ser contrapostos, para evitar minar o sistema jurídico.⁶⁰

Deve-se considerar, também, o tipo de obrigação a ser imposta pelo Estado. Distinguem-se obrigações que causam violação absoluta da liberdade de consciência daquelas que ocasionam uma violação relativa. A primeira seria a obrigatoriedade de o indivíduo assumir conduta sob pena pessoal sancionada com pena de perda de liberdade, como por exemplo o serviço militar. A violação relativa o comportamento objetado é condição para obtenção de benefício ou esquivar de um prejuízo.⁶¹

Em síntese, a objeção de consciência é um prolongamento das liberdades contidas no art. 5º, inciso VI, capaz de legitimar e considerar uma recusa legal lícita, que em regra seria ilícita para toda a comunidade. Frente a esse quadro teórico já é possível guiar o leitor às conclusões pretendidas. Os limites para a ilicitude capazes de configurar prática abusiva descrita no art. 39, II, IX, do CDC se encontram nas liberdades constitucionais elencadas no art. 5º. Aos questionamentos anteriormente postos ao leitor⁶² posiciona-se pela afirmação positi-

⁵⁸ *Idem.*

⁵⁹ *Idem.*

⁶⁰ *Idem.*

⁶¹ *Ibidem*, p. 315.

⁶² É possível recusar atendimento à demanda, a venda de bens ou a prestação de serviços ao consumidor, nos termos do art. 39, II e IX, do CDC, sem configurar prática abusiva? Se, de um lado, fenômenos sociais podem elucidar nova interpretação a um artigo, expandindo a defesa e a proteção do consumidor, poderia esse

va em todas elas. Porém, dois critérios serão propostos para evitar a prática indiscriminada e a recusa sem fundamento legal.

O primeiro deles é que a obrigação a ser concretizada pelo prestador ou pelo fornecedor de serviços seja *intuito personae*/personalíssima⁶³. O caso *Masterpiece Cakeshop, LTD., et al. V. Colorado Civil Rights Commission et al.* demonstra essa situação. O resultado da obrigação era intrinsecamente ligado aos talentos de Philips. Craig e Mullins também contribuíram com isso. Os autores da ação queriam um produto especificamente feito por Philips: um bolo de casamento. Apesar de o confeitiro comunicar-lhes a possibilidade da feitura de qualquer outro item em seu estabelecimento comercial, a pretensão do casal foi recusar as alternativas e insistir na obrigação personalíssima de Philips para entregar-lhes o requerido. A objeção de consciência do confeitiro direcionada especificamente a um único ato foi motivo determinante suficiente e capaz de afastar a abusividade de sua conduta. Outras situações jurídicas semelhantes em que a negativa da prestação de serviço é incapaz de configurar ilicitude são detectadas.

Utilizaremos o exemplo hipotético de Benjamin, Marques e Bessa. Poderia ser considerada prática abusiva a mera conduta de um taxista que, ao saber da pequena distância da corrida do consumidor, nega-lhe o serviço? A princípio, não. O contexto fático é indispensável para o afastamento da conduta ilícita. A existência de extrema periculosidade capaz de configurar visivelmente risco a vida de quem prestará o serviço é

mesmo fato evidenciar outras contextualizações capazes de considerar lícita a conduta do fornecedor/prestador de serviços, que é considerada ilícita pelo Código? Sob o prisma do Código do Consumidor brasileiro, seria possível aqui utilizar o raciocínio da Suprema Corte dos Estados Unidos? O ordenamento constitucional brasileiro seria capaz de suportar essa importação sem trazer danos ao sistema jurídico?

⁶³ Entende-se obrigação *intuito personae* ou personalíssima aquela obrigação capaz de ser satisfeita apenas por um indivíduo. Como, por exemplo, a contratação de um cantor para fazer um show, ou de um artista para fazer uma obra para uma exposição.

motivo suficiente para comunicar a recusa da prestação do serviço. Ora, ainda que seja curta a distância, em virtude do horário e local destinados, o nível de periculosidade aumenta drasticamente. O taxista não seria obrigado, portanto, a prestar o serviço. Sua atitude seria juridicamente respaldada na tutela inibitória de seu direito à vida e na prática do exercício regular de um direito, como excludente de ilicitude.⁶⁴

A relação privada entre advogado e cliente também pode ser utilizada como exemplo. Apesar de não configurar relação de consumo, conforme entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça⁶⁵, o advogado pode recusar de-

⁶⁴ Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

BRASIL. Lei nº 10.106 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. In: *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 08 jul. 2018

⁶⁵ RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS.

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INAPLICABILIDADE. LEGITIMIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO. RECONHECIMENTO.

1. *As normas protetivas dos direitos do consumidor não se prestam a regular as relações derivadas de contrato de prestação de serviços de advocacia, regidas por legislação própria.* Precedentes.

2. O contrato foi firmado por pessoa maior e capaz, estando os honorários advocatícios estabelecidos dentro de parâmetros razoáveis, tudo a indicar a validade do negócio jurídico.

3. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 914.105/GO, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 09/09/2008, DJe 22/09/2008). (Sem o grifo original).

DIREITO CIVIL. CONTRATO DE HONORÁRIOS QUOTA LITIS. REMUNERAÇÃO AD EXITUM FIXADA EM 50% SOBRE O BENEFÍCIO ECONÔMICO. LESÃO.

1. A abertura da instância especial alegada não enseja ofensa a Circulares, Resoluções, Portarias, Súmulas ou dispositivos inseridos em Regimentos Internos, por não se enquadrarem no conceito de lei federal previsto no art. 105, III, "a", da Constituição Federal.

Assim, não se pode apreciar recurso especial fundamentado na violação do Código de Ética e Disciplina da OAB.

2. *O CDC não se aplica à regulação de contratos de serviços advocatícios.* Prece-

mandas envolvendo situações fáticas incompatíveis com suas convicções. Um caso cujo assunto seja estupro, pedofilia, homicídio, ou qualquer outra área aquém da afinidade profissional do advogado, poderá ser negado sem configurar prática abusiva. O limite de sua conduta está juridicamente subsidiado pelos direitos constitucionais fundamentais do livre exercício da atividade intelectual e da profissão.⁶⁶

No âmbito securitário, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que “a negativa pura e simples de contratar seguro de vida é ilícita, violando a regra do art. 39, IX, do CDC”. Porém, “a recusa da contratação é possível, como previsto na Circular Susep n. 251/2004, mas apenas em hipóteses realmente excepcionais”.⁶⁷ Portanto, se pautada pela licitude, a recusa justifica-

dentes.

3. Consubstancia lesão a desproporção existente entre as prestações de um contrato no momento da realização do negócio, havendo para uma das partes um aproveitamento indevido decorrente da situação de inferioridade da outra parte.

4. O instituto da lesão é passível de reconhecimento também em contratos aleatórios, na hipótese em que, ao se valorarem os riscos, estes forem inexpressivos para uma das partes, em contraposição àqueles suportados pela outra, havendo exploração da situação de inferioridade de um contratante.

5. Ocorre lesão na hipótese em que um advogado, valendo-se de situação de desespero da parte, firma contrato quota litis no qual fixa sua remuneração ad exitum em 50% do benefício econômico gerado pela causa.

6. Recurso especial conhecido e provido, revisando-se a cláusula contratual que fixou os honorários advocatícios para o fim de reduzi-los ao patamar de 30% da condenação obtida.

(REsp 1155200/DF, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/02/2011, DJe 02/03/2011). (Sem o grifo original).

⁶⁶Art. 5º [...]

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

⁶⁷ DIREITO CIVIL E CONSUMIDOR. ILICITUDE NA NEGATIVA DE CONTRATAR SEGURO DE VIDA.

A negativa pura e simples de contratar seguro de vida é ilícita, violando a regra do art. 39, IX, do CDC. Diversas opções poderiam substituir a simples negativa de contratar, como a formulação de prêmio mais alto ou ainda a redução de cobertura securitária, excluindo-se os sinistros relacionados à doença preexistente, mas não

da por escrito tem o condão de afastar a abusividade de sua prática.

Dessas situações hipotéticas extrai-se o segundo critério: a necessidade de a conduta negatória do agente estar juridicamente subsidiada por uma norma de igual ou maior hierarquia que o Código de Defesa do Consumidor. A importância desse critério é para evitar condutas potestativas, arbitrárias, e sem fundamentos jurídicos equivalentes ao código consumerista. Desde o caso de Philips aos exemplos hipotéticos trazidos, tenta-se demonstrar a indispensabilidade do enquadramento da negativa em um dispositivo legal. No caso do confeitiro a decisão da Suprema Corte Estadunidense poderia, sim, ser importada em conjunto com seus argumentos, pois o sistema jurídico constitucional brasileiro detém instrumentos normativos capazes de sustentar e legitimar os ideais expressos pelos juízes daquela corte. E são eles encontrados no art. 5º, VI e IX, da CRFB, e reforçados pela objeção de consciência.

Consideração de relevante importância é a comparativa entre as dogmáticas constitucionais analisadas. Enquanto a base constitucionalista da Constituição Estadunidense prende-se na liberdade religiosa, de forma contrária a Constituição Brasileira tem sua dogmática centrada na liberdade política. Isso traz algumas informações. Embora a carta de 1988 proteja a liberdade religiosa como direito fundamental, assim também o faz com o Direito do Consumidor, fato esse distinto da Constituição Estadunidense. Ou seja, se comparada as duas constituições em pauta, o Direito à proteção ao Consumidor e o Direito à expressão e à liberdade religiosa possuem valor jurídico

poderia negar ao consumidor a prestação de serviços. As normas expedidas pela Susep para regulação de seguros devem ser interpretadas em consonância com o mencionado dispositivo. Ainda que o ramo securitário consubstancie atividade de alta complexidade técnica, regulada por órgão específico, a contratação de seguros está inserida no âmbito das relações de consumo, portanto tem necessariamente de respeitar as disposições do CDC. A recusa da contratação é possível, como previsto na Circular Susep n. 251/2004, mas apenas em hipóteses realmente excepcionais. REsp 1.300.116-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 23/10/2012.

constitucional distinto. Contudo, isso não significa atribuir caráter coativo e impositivo de um sobre o outro. Independentemente da dogmática e da ontologia formativa de uma Constituição, a inexistência de direitos absolutos comporta parte do pensamento fundamentalista de um Estado Democrático de Direito. Inclusive, o próprio direito à vida, também fundamental e considerado direito humano pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, admite escusas e situações jurídicas que impedem sua imposição a outro sujeito de direito (v. g. excludentes de ilicitude, tal como legítima defesa). De semelhante forma, alegar a defesa da diversidade na sociedade e a proteção daqueles que geralmente vivem à margem das convenções sociais, para elidir a extensão da aplicação do raciocínio aqui ajustado causaria efeito contrário. A coparticipação de situações jurídicas envolvendo diferentes sujeitos de direito têm como fundamento o acolhimento dessa diversidade na sociedade e o dever do Estado na promoção de sua defesa. Ocorre que esse complexo terreno é de extrema sensibilidade. Na medida em que o Estado deixa de promover a proteção de outros direitos fundamentais, que não apenas o Direito à expressão e a liberdade religiosa, objetos do presente estudo, em função e argumento da impositividade do direito consumerista, a própria tutela jurídica institucional estaria a violar outros direitos de forma infundada, já que existe e deve-se aplicar relatividade de direitos, ainda que fundamentais.

Portanto, a prática de recusar atendimento às demandas dos consumidores, na exata medida de suas disponibilidades de estoque, e, ainda, de conformidade com os usos e costumes, e recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, diretamente a quem se disponha a adquiri-los mediante pronto pagamento, quando em conflito com o direito fundamental à expressão e à liberdade religiosa é apenas uma das hipóteses possíveis em nosso sistema jurídico. Existem outras análogas como a relação do taxista e seu passageiro e dos contratos securitários. Porém,

sem uma justificativa fundamentada em um normativo de igual ou maior hierarquia que o CDC, ou por mero capricho do prestador ou do fornecedor de serviços, configura prática abusiva. Mas, a partir do momento em que sua conduta é juridicamente justificável, o agente estará sob o manto da excludente de ilicitude do exercício regular de um direito.

5. CONCLUSÃO

A problemática inicialmente proposta foi satisfeita. Demonstramos a possibilidade de recusar atendimento à demanda, a venda de bens ou a prestação de serviços ao consumidor, nos termos do art. 39, II e IX, do CDC, sem configurar prática abusiva. Para isso, indispensavelmente dois critérios devem ser observados: 1) a obrigação a ser concretizada pelo prestador ou pelo fornecedor de serviços seja *intuito personae*/personalíssima; e 2) a necessidade de a conduta negatória do agente estar juridicamente subsidiada por uma norma de igual ou maior hierarquia que o Código de Defesa do Consumidor.

A estreita ligação com a obrigação personalíssima é necessária, pois caso o serviço possa ser prestado por terceiros, e mesmo assim ainda seja negado ao consumidor, configurar-se-á a prática abusiva. No mais, para evitar arbitrariedades no cenário comercial, a recusa deve ser juridicamente fundamentada. Assim, o objetivo consistente em demonstrar, com respaldo no estudo de caso *Masterpiece Cakeshop, LTD., et al. V. Colorado Civil Rights Commission et al*, a existência de determinadas situações fáticas e jurídicas capazes de autorizar a recusa do fornecedor de produtos ou serviços a específicas demandas dos consumidores também foi satisfeito. As contribuições hermenêuticas retiradas do caso analisado podem ser importadas e utilizadas para com o cenário constitucional e consumerista brasileiro pois, como visto, existe compatibilidade legal para

tanto.

Note, o caso da corte estadunidense aqui tratado revela um posicionamento jurídico em que outras situações possíveis possam aparecer para conflitar com os Direitos do Consumidor e o outro ser preterido em relação a este. Não significa que precisa ser exclusivamente o direito à expressão ou à liberdade religiosa. Qualquer outro direito constante da CRFB de 1988 poderá ser alvo dessa relação contraditória. O caso aqui tratado exemplifica uma dessas hipóteses, mas não a única. E, ainda que levada em consideração a diferente dogmática constitucional em análise, quando o magistrado e o jurista brasileiro se deparar com um caso de discriminação positiva em que a parte ativa tem sua conduta subsidiada em um direito positivado na própria constituição brasileira, uma análise profunda do caso concreto deverá ser realizada, não preterindo o Direito de Proteção ao Consumidor de forma automática em relação aos demais.

Espera-se que o raciocínio aqui ajustado seja capaz de ser aplicado em outros casos e situações jurídicas semelhante ao caso de *Philips vs. Craig e Mullins*. O magistrado deverá criteriosamente verificar os fatos que lhe são postos e julgar a possibilidade de configuração de exercício regular de um direito do fornecedor ou do prestador de serviços que negou a pretensão do consumidor, para possivelmente afastar o enquadramento de uma eventual prática abusiva.



REFERÊNCIAS

- BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- BOLZAN, Fabrício. *Direito do Consumidor Esquematizado*. 5.

- ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- BRASIL. *Constituição Federal*. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 14 jul. 2018.
- BRASIL. *Lei nº 8.078* de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 set. 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/18078.htm>. Acesso em: 08 jul. 2018.
- BRASIL. *Lei nº 8.137* de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8137.htm>. Acesso em: 08 jul. 2018.
- BRASIL. *Lei nº 10.106* de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 08 jul. 2018.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Acórdão de decisão que reconhece a impossibilidade de o consumidor exigir produtos off-price*. Recurso Especial nº 595+734. Relator: Nancy Andrichi. 28 de novembro de 2005.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Acórdão de decisão que reconhece a inaplicabilidade do CDC nos contratos advocatícios*. Recurso Especial nº 914.105. Relator: Fernando Gonçalves. 22 de setembro de 2008.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Acórdão de decisão que reconhece a inaplicabilidade do CDC nos contratos advocatícios*. Recurso Especial nº 1.115.200. Relator:

- Massami Uyeda. 02 de março de 2011.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Acórdão de decisão que reconhece como abusiva a pura e simples negativa de contratar seguro*. Recurso Especial nº 1.300.116. Relator: Nancy Andrichi. 23 de outubro de 2012.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Acórdão de decisão que reconhece o CDC como norma de ordem pública e interesse social*. Recurso Especial nº 292.942. Relator: Sálvio de Figueiredo Teixeira. 07 de maio de 2001.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Direito do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- COLORADO. *Colorado Revised Statutes Title 24 – Government – State Principal departments – Article 34 – Department of Regulatory Agencies – Part 6 – Discrimination in Places of Public Accommodation §24-34-601: Discrimination in places of public accommodation – definition*. Disponível em: <<https://law.justia.com/codes/colorado/2016/title-24/principal-departments/article-34/part-6/section-24-34-601>>. Acesso em: 08 jul. 2018.
- FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de Direitos do Consumidor*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Código de Defesa do Consumidor: comentado artigo por artigo*. 13. Ed. Salvador: JusPodivm, 2017.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de V.; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; NERY JR., Nelson; DENARI, Zelmo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

- MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.
- NUNES, Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito do Consumidor: direito material e processual*. 6. ed. São Paulo: Forense, 2017.
- UNITED STATES. *Federal Constitution: 1st Amendment*. Disponível em: <<https://constitution.findlaw.com/amendment1.html>>. Acesso em: 08 jul. 2018.
- UNITED STATES. *Supreme Court of the United States. Decision n. 16-111. Masterpiece Cakeshop, LTD., et al. V. Colorado Civil Rights Commission et al. Syllabus: Kennedy J, June 4, 2018. Available in: https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/16-111_j4el.pdf>. Accessed in: 08, jul. 2018.*