XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

DIREITO, GLOBALIZAÇÃO E RESPONSABILIDADE NAS RELAÇÕES DE CONSUMO I

EVERTON DAS NEVES GONÇALVES

MARIANA RIBEIRO SANTIAGO

ROGERIO DA SILVA

Copyright © 2018 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quaisforem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof.
Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

D597

Direito, globalização e responsabilidade nas relações de consumo I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: Everton das Neves Gonçalves; Mariana Ribeiro Santiago; Rogerio da Silva. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-723-6
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidade do Vale do Rio dos Sinos
Porto Alegre – Rio Grande do Sul - Brasil
http://unisinos.br/novocampuspoa/

XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

DIREITO, GLOBALIZAÇÃO E RESPONSABILIDADE NAS RELAÇÕES DE CONSUMO I

Apresentação

Encontramo-nos, mais uma vez, na Capital gaúcha; na antiga, Porto dos Casais, na, agora, Porto Alegre que, sempre, espelha e desperta as lembranças de tempos memoráveis de luta e resistência na conquista dos ideais "farroupilha". Desta feita, reunimo-nos, no GT 25, Direito, Globalização e Responsabilidade nas Relações de Consumo sendo Coordenadores; a Profa. Dra. Mariana Ribeiro Santiago da Universidade de Marília – UNIMAR, o Prof. Dr. Rogério da Silva da Universidade de Passo Fundo – UPF e o Prof. Dr. Everton Das Neves Gonçalves da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC para a apresentação de tão dedicados e atentos pesquisadores que vêm nos brindar com suas análises sobre as relações consumeristas em um contexto de globalização. Assim, tivemos o prazer de ouvir e discutir sobre os seguintes temas: 1) UMA ERA COM PRAZO DE VALIDADE: A SOCIEDADE DE CONSUMO NO SÉCULO XXI E OS POSSÍVEIS INSTRUMENTOS DE RESTRIÇÃO DA OBSOLESCÊNCIA PROGRAMADA; de Lucas Dalmora Bonissoni e Rogerio da Silva; 2) A DIFERENCIAÇÃO DE PREÇOS AO CONSUMIDOR: POSSIBILIDADES E VEDAÇÕES LEGAIS; de Lais Gomes Bergstein e José Roberto Della Tonia Trautwein; 3) A HIPERVULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR SUPERENDIVIDADO E O CONTEXTO JURÍDICO CONSUMERISTA BRASILEIRO, de Janaina do Nascimento Vieira; 4) A MASSIFICAÇÃO CONTRATUAL COMO FENÔMENO CONTRÁRIO AO INDIVIDUALISMO NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO, de Adriano de Salles Oliveira Barcha e Renata Giovanoni di Mauro; 5) A OBSOLESCÊNCIA PROGRAMADA – A INDÚSTRIA DO CONSUMISMO EM TRÊS TEMPOS: PASSADO, PRESENTE E FUTURO, de Vanessa Kerpel Chincoli; 6) A PUBLICIDADE ENGANOSA NO NEGÓCIO CONSUMERISTA: CONSIDERAÇÕES ACERCA DE SEUS REFLEXOS JURÍDICOS, de Mariana Faria Filard e Thandra Pessoa de Sena; 7) A REGULAÇÃO DA PUBLICIDADE NO BRASIL E A NECESSIDADE DE PROTEÇÃO À CRIANÇA, de Karine Ferreira Mouta; 8) A REGULAÇÃO DAS FINTECHS DE CRÉDITO NO BRASIL: INOVAÇÕES E PERSPECTIVAS TRAZIDAS PELA RESOLUÇÃO 4.656/18 DO BANCO CENTRAL, de Rafael Rizzi e Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini; 9) AS (IN) CONSEQUÊNCIAS DO DESCUMPRIMENTO ABUSIVO DO CONTRATO ELETRÔNICO E A FUNÇÃO PUNITIVO-PREVENTIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL: O ENSEJO DA APLICAÇÃO DA SANÇÃO CIVIL, de Lucíola Fabrete Lopes Nerilo; 10) AS RELAÇÕES DE CONSUMO NO MERCADO SECUNDÁRIO DOS SNEAKERHEADS: PAIXÃO E

DINHEIRO DEFININDO COMPORTAMENTOS NA SOCIEDADE PÓS-MODERNA, de Mariana Rivero Araujo Silva e Lidiana Costa de Sousa Trovão; 11) CONSUMO E RISCO: A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR E AS PROPOSTAS DE ROTULAGEM DE ALIMENTOS NO BRASIL, de Carlos Alexandre Michaello Marques e Leonel Severo Rocha; 12) DA VULNERABILIDADE A HIPERVULNERABILIDADE: O IDOSO FRENTE AO MERCADO DE CONSUMO, de Thiago Schlottfeldt Nascimento da Cas; 13) DIREITO DO CONSUMIDOR E A DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, de Eliana Magno Gomes Paes e Gisele Santos Fernandes Góes Full; 14) FRONTAL: NOÇÕES E RELAÇÃO COM O PRIMADO DA TRANSPARÊNCIA NAS RELAÇÕES DE CONSUMO À LUZ DO CASO SPOLETO, de Thayla de Souza e Vivianne Rigoldi; 15) INOVANTE TECNOLOGIA E VELHAS PRÁTICAS: A RESISTÊNCIA JURÍDICA À OBSOLESCÊNCIA PROGRAMADA, de Flávio Henrique Caetano de Paula e Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral; 16) O COMÉRCIO ELETRÔNICO INTERNACIONAL E O CONFLITO DE LEIS NO ESPAÇO, de Manoela Bitencourt; 17) O EFEITO "MATRIOSCA": DESVENDANDO AS ESPECIFICIDADES DOS GRUPOS UNIVERSAIS HIPERVULNERÁVEIS DE CONSUMIDORES NAS RELAÇÕES JURÍDICAS DE CONSUMO, de Fernando Costa de Azevedo e Lúcia Dal Molin Oliveira; 18) OS CONTRATOS DE DEPÓSITO E A RESPONSABILIDADE CIVIL NA RELAÇÃO DE CONSUMO, de Jair Kulitch; 19) OS JUROS NA CONCESSÃO DE CRÉDITO BANCÁRIO: ANÁLISE A LUZ DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, de Eloy Pereira Lemos Junior e Letícia Camila de Melo Bahia; 20) PUBLICIDADE E PÚBLICO INFANTIL: A INFLUÊNCIA DAS MÍDIAS SOCIAIS E A PROTEÇÃO DA INFÂNCIA, de Ana Emília Bressan Garcia e Valdir Garcia dos Santos Junior; 21) RESPONSABILIDADE CIVIL PELO ARMAZENAMENTO DE DADOS INFORMÁTICOS – LEILÕES VIRTUAIS E COMPRAS COLETIVAS, de Vitor Greijal Sardas e Sergio Luís Tavares; 22) TUTELA DA PRIVACIDADE NA INTERNET: O PAPEL DO USUÁRIO, de Angelina de Seixas Nepomuceno. Em nosso GT, Direito, Globalização e Responsabilidade nas Relações de Consumo, objetivamos tratar dos tantos e necessários temas que envolvem as relações de consumo; mormente, no Brasil, e, ainda, quando a previsão Constitucional de defesa do consumidor; seja enquanto direito e garantia fundamental, seja enquanto Princípio da Ordem Constitucional Econômica; atingiu os trinta anos comemorados no último dia 05 de outubro de 2018. Festejamos; assim, os trinta anos de nossa Constituição da República Federativa do Brasil. Da mesma forma, destacamos o sempre pertinente Código de Defesa do Consumidor que completou seus 28 anos, em onze de setembro de 2018. Portanto, no Brasil, o consumidor tem garantias constitucionais e infraconstitucionais que, inclusive, vem sendo ampliadas seja pelos vereditos judiciais nos Tribunais, seja pelos PROCON´s, seja pela apreciação normativa da Secretaria Nacional do Consumidor – SENACON e, enfim, pela atuação de tantos Entes públicos e privados,

federados e municipalizados que somam esforços para a garantia do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – SNDC. Novos são os desafios de mercado e inovadoras devem se as soluções administrativo-jurídicas para lidar com tantos problemas relacionados às relações consumeristas como: obsolescência programada, diferenciação de preços ao consumidor, hipervulnerabilidade do consumidor superendividado, massificação contratual, publicidade enganosa no negócio consumerista, regulação da publicidade, regulação das FINTECHS de crédito no Brasil, consequências do descumprimento abusivo do contrato eletrônico, relações de consumo no mercado secundário dos sneakerheads, proteção do consumidor e as propostas de rotulagem de alimentos no Brasil, consumidor e a doutrina da proteção integral da criança e do adolescente, transparência nas relações de consumo, comércio eletrônico internacional, contratos de depósito e a responsabilidade civil na relação de consumo, juros na concessão de crédito bancário, responsabilidade civil pelo armazenamento de dados informáticos e tutela da privacidade na internet. O GT estrutura-se pelo aprimoramento intelectual de seus participantes e a difusão de suas pesquisas seja nos Anais do Evento CONPEDI, seja nos periódicos da Plataforma Index Law. Ainda uma última palavra de júbilo pelo reconhecimento prestado pelos conpedianos a três grandes colaboradores do Direito Brasileiro, quais sejam, os Professores Doutores José Alcebíades de Oliveira, Florisbal Del Homo e Claudia Lima Marques; sendo que, Esta última, tantos serviços tem prestado à causa consumerista tanto em solo Pátrio como exógeno ao Brasil. Aliás, fazemos coro à sua luta para que a reforma dos currículos de Direito, ora anunciada, possa ser repensada no sentido de não esquecimento das Disciplinas relacionadas ao Direito do Consumidor.

Até Goiânia em 2019.

Profa. Dra. Mariana Ribeiro Santiago – UNIMAR

Prof. Dr. Rogério da Silva – UPF

Prof. Dr. Everton Das Neves Gonçalves - UFSC

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A DIFERENCIAÇÃO DE PREÇOS AO CONSUMIDOR: POSSIBILIDADES E VEDAÇÕES LEGAIS

CONSUMER PRICE DIFFERENTIATION: POSSIBILITIES AND LEGAL FORECASTS

Lais Gomes Bergstein [1]
José Roberto Della Tonia Trautwein [2]

Resumo

O presente trabalho trata das possiblidades e das vedações legais de diferenciação de preços ao consumidor pelo mesmo item no Brasil. Na primeira parte apresentam-se as inovações legislativas relativas à diferenciação de preços ao consumidor conforme a modalidade de pagamento a ser adotada. A seguir, analisam-se algumas práticas comercias de diferenciação de preços vedadas pela lei. A partir da análise de dispositivos da Constituição da República, do Código de Defesa do Consumidor e da legislação vigente demonstra-se a necessidade e a relevância de se atentar à vedação de discriminação dos consumidores.

Palavras-chave: Diferenciação de preços, Proteção do consumidor, Discriminação

Abstract/Resumen/Résumé

This paper deals with the possibilities and legal prohibitions of consumer price differentiation for the same item in Brazil. The first part presents the legislative innovations related to the differentiation of consumer prices according to the modality of payment to be adopted. It also presents an analysis of some practices of price differentiation prohibited by law. Finally, it demonstrates the need to address the prohibition of discrimination against consumers accordingly to the provisions of the Brazilian Constitution, Consumer Defense and Protection Code and the current legislation.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Differentiation of prices, Consumer protection, Discrimination

[1] Doutoranda pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS); Mestre pela PUC/PR; Pesquisadora do GP MERCOSUL, Direito do Consumidor e Globalização (UFRGS) e Virada de Copérnico (UFPR). Advogada. lais@dotti.adv.br

[2] Mestre em Direito pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil (Unibrasil); Pesquisador vinculado ao GP Virada de Copérnico (UFPR); Especialista em Direito Constitucional e em Direito Empresarial. Advogado. joseroberto@dotti.adv.br

1. INTRODUÇÃO

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, adotada e proclamada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) em 1948, estabelece no art. 1º que "todas as pessoas nascem livre e iguais em dignidade e direitos." A declaração, que representou a positivação dos direitos humanos no plano internacional, é o primeiro grande referencial para o tema da discriminação, inclusive nas relações de consumo.

No plano constitucional brasileiro, do estabelecimento dos princípios da dignidade da pessoa humana como fundamento da República (art. 1º, III) e da defesa do consumidor como direito fundamental (art. 5º, XXXII), exsurge a obrigatoriedade de estabelecimento de medidas necessárias e efetivas para assegurar a proteção dos consumidores, agentes vulneráveis nas relações de consumo. Conforme ressalta Claudia Lima Marques, a vulnerabilidade do consumidor, expressamente reconhecida no contexto da Política Nacional das Relações de Consumo por força do disposto no art. 4º, I, do CDC, é o que justifica a própria existência de um direito especial protetivo.[1]

Nos últimos anos acentuaram-se as discussões sobre a licitude, ou não, da diferenciação de preços cobrados do consumidor, conforme o pagamento seja realizado em espécie ou por intermédio do cartão de crédito. Da mesma forma, iniciaram-se as discussões acerca da legalidade, ou não, de os fornecedores de produtos e serviços discriminarem os consumidores, em razão de sexo, idade, etnia, religião etc.

Nesse contexto, busca-se demonstrar a interpretação a ser atribuída a tais hipóteses, considerando-se o aspecto econômico, mas, sobretudo, o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor e a necessidade de se assegurar a sua dignidade. Adotou-se o método dedutivo de pesquisa, cujo plano de trabalho será dividido em três tópicos: (a) os fundamentos constitucionais para a proteção do consumidor; (b) da proibição à permissão de diferenciação de preços de acordo com a forma de pagamento; (c) a vedação à discriminação dos consumidores.

---

[1] MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 305.

2. OS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS PARA A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR

A Constituição da República[2] erigiu a defesa do consumidor como direito fundamental no art. 5º, XXXII[3], vindo, em seu art. 170, V[4], a determinar sua observância pela ordem econômica. Trata-se, em síntese, de mecanismos destinados a assegurar o cumprimento do princípio da dignidade da pessoa humana, previsto como um dos fundamentos da República pela Constituição[5], e que acarretou significativa modificação no sistema jurídico brasileiro, que passou a se preocupar prioritariamente com a pessoa humana, em detrimento do patrimônio.

Maria Celina Bodin de Moraes defende que o princípio da dignidade da pessoa humana possui os seguintes elementos: "[...] i) o sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele, ii) merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; iii) é dotado de vontade livre, de autodeterminação; iv) é parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado."[6] Conforme sintetiza Gustavo Tepedino, se está diante de "[...] verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana"[7], destinada, como se vê, a assegurar a defesa integral do indivíduo.

Nesse cenário é que se constata a necessidade de proteção do consumidor, que se encontra em posição de desigualdade perante os fornecedores de produtos e serviços[8], em geral pertencentes a grandes grupos econômicos e/ou detentores do monopólio do conhecimento acerca dos bens que disponibilizam no mercado.

---

[2] BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 7 set. 2018.

[3] "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: [...] XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;"

[4] "Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] V - defesa do consumidor;"

[5] "Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana;"

[6] MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 120.

[7]MEIRELES, Rose Melo Venceslau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 3.

[8]MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 149.

O Código de Defesa do Consumidor[9], cuja edição foi determinada na própria Constituição da República[10], reconhece expressamente, em seu art. 4º, I[11], a vulnerabilidade[12 e 13] do consumidor no mercado de consumo. Aludida previsão busca também assegurar o cumprimento do princípio constitucional da igualdade, na "[...] tentativa de dirimir os efeitos da predominância da vontade de uma das partes. Essa fragilidade e impotência frente ao poder econômico é que caracteriza a vulnerabilidade do consumidor [...]".[14]

A legislação consumerista ainda contempla situações de hipervulnerabilidade do consumidor, nas quais se enquadram os idosos, crianças, pessoas com deficiência, analfabetos, etc. Dentre os exemplos dessa possibilidade, tem-se o disposto nos arts. 37, §2º[15] e 39, IV[16], do Código de Defesa do Consumidor, que disciplinam respectivamente

---

[9] BRASIL, Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 7 set. 2018.

[10] "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: [...] XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;"

[11] "Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;"

[12] Claudia Lima Marques e Bruno Miragem defendem que a "[...] vulnerabilidade não é, pois, o fundamento das regras de proteção do sujeito mais fraco, é apenas a 'explicação destas regras ou da atuação do legislador, é a técnica para as aplicar bem, é a noção instrumental que guia e ilumina a aplicação destas normas protetivas e reequilibradas, à procura do fundamento da Igualdade e da Justiça equitativa." (MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012-. p. 1117.)

[13] Heloisa CARPENA assevera que "O consumidor não sabe tudo o que o fornecedor sabe sobre a prestação do serviço ou o fornecimento do produto. Não conhece suas características, não percebe seus riscos, não imagina que pessoas possam estar envolvidas no processo produtivo, nem mesmo como este se desenrola. Ele não está apto a defender seus direitos tal como o fornecedor, o contrato e seus termos não lhe são familiares, e muitas vezes não tem à sua disposição um advogado ou contador. Não é capaz de barganhar na negociação dos pactos, sujeitando-se à regra do 'pegar ou largar'. Na relação de poder que se estabelece no mercado, sua posição é francamente desfavorável, ficando submetido ao fornecedor porque não tem controle dos meios de produção. Enfim, ele é a parte vulnerável e, como tal – e exatamente por isso! – torna-se o destinatário da proteção legal". (CARPENA, Heloisa. *O consumidor no direito da concorrência.* Rio de Janeiro: Renovar: 2005. p. 187).

[14]PINHEIRO, Rosalice Fidalgo; DETROZ, Derlayne. *A hypervulnerabilidade e os direitos fundamentais do consumidor idoso no direito brasileiro.* Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo, vol. III, nº 4, Dez/2012. p. 134.

[15] "Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva. [...] § 2° É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança."

[16] "Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: [...] IV - prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços;"

a publicidade abusiva envolvendo crianças e das circunstâncias em que o fornecedor se prevalece das condições especiais do consumidor idoso, com problemas de saúde etc.[17e18]

3. DA PROIBIÇÃO À PERMISSÃO DE DIFERENCIAÇÃO DE PREÇOS DE ACORDO COM A FORMA DE PAGAMENTO

Visando assegurar a igualdade material, evitando-se práticas discriminatórias vedadas pelo art. 3º, IV[19], da Constituição da República, o Código de Defesa do Consumidor inicialmente proibiu a diferenciação de preços de acordo com a modalidade de pagamento a ser adotada, nos arts. 39, V[20] e X[21], e 51, X[22]. Da mesma forma se tem o disposto no art. 36, §3º, X[23], da Lei nº 12.259/2011[24], que reconhecia essa prática como infração à ordem econômica.

Não obstante o disposto nessas legislações, o Poder Judiciário oscilava ao tratar do tema, ora reconhecendo a licitude da distinção, ora sua ilicitude. Os adeptos do primeiro entendimento argumentavam, por exemplo, que a oferta ostensiva, clara e prévia

---

[17]BASAN, Arthur Pinheiro. *O contrato existencial: análise de decisão judicial que assegura a sua aplicação.* Revista Brasileira de Direito Civil, vol. 7, Jan-Mar/2006, p. 23-24.

[18] Rosalice Fidalgo PINHEIRO e Derlayne DETROZ, ao tratarem da hipervulnerabilidade do consumidor idoso, discorrem sobre posicionamento da jurisprudência que reconhece a presunção de vulnerabilidade mais acentuada do idoso, vindo, em complemento, a sustentarem que a hipervulnerabilidade "[...] propõe-se como um critério jurídico a ser utilizado no exame das relações de consumo dos idosos, em face da tutela da dignidade da pessoa humana. (PINHEIRO, Rosalice Fidalgo; DETROZ, Derlayne. *A hypervulnerabilidade e os direitos fundamentais do consumidor idoso no direito brasileiro.* Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo, vol. III, nº 4, Dez/2012, p. 139).

[19] "Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação."

[20] "Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: [...] V - exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva;"

[21] "Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: [...] X - elevar sem justa causa o preço de produtos ou serviços."

[22] "Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: [...] X - permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral;"

[23] "Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: [...] § 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica: [...] X - discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços;"

[24] BRASIL, Lei nº 12.259. de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1000; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 7 set. 2018.

de produto com preço com desconto para pagamento à vista em dinheiro não constituiria ofensa aos direitos dos consumidores.

A hipótese não violaria o princípio constitucional da igualdade ou os preceitos do Código de Defesa do Consumidor, tratando-se de mera "estratégia do fornecedor de tão só permitir que o comprador possa, conscientemente, desvencilhar-se do repasse de um custo inerente a uma forma de contraprestação diferente daquela que escolheu."[25] Sustentam, outrossim, que seria uma faculdade do fornecedor isentar o consumidor do pagamento dos custos das operadoras de cartões de crédito ou de débito, concluindo que "não configura abuso do poder econômico a venda de mercadoria no cartão de crédito a preços superiores aos praticados à vista."[26] O Superior Tribunal de Justiça se posicionou, por ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 1.479.039/MG, que a diferenciação de preços é prática ilícita.

Dentre os diversos argumentos debatidos pela Corte Superior, destacam-se as conclusões de que "o pagamento por cartão de crédito é modalidade de pagamento à vista, *pro soluto*, implicando, automaticamente, extinção da obrigação do consumidor perante o fornecedor"; "a diferenciação entre o pagamento em dinheiro, cheque ou cartão de crédito caracteriza prática abusiva no mercado de consumo, nociva ao equilíbrio contratual."[27] Avançando ao campo da defesa da concorrência, argumentou-se igualmente que "a Lei n. 12.529/2011, que reformula o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, considera infração à ordem econômica, a despeito da existência de culpa ou de ocorrência de efeitos nocivos, a discriminação de adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços mediante imposição diferenciada de preços, bem como a recusa à venda de bens ou à prestação de serviços em condições de pagamento corriqueiras na prática comercial (art. 36, X e XI)."[28]

---

[25] BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Apelação em Mandado de Segurança nº 2011.032641-0, Relator Desembargador Rodrigo Collaço, 4ª Câmara de Direito Público, julgado em 31/05/2012. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/buscaForm.do#resultado_ancora>. Acesso em: 7 set. 2018.

[26] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 229.586/SE, Relator Ministro Garcia Vieira, 1ª Turma, julgado em 16/12/1999. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=229586&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 7 set. 2018.

[27] Exegese do art. 39, V e X, do CDC: "Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: [...] V - exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva; [...] X - elevar sem justa causa o preço de produtos ou serviços."

[28] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.479.039/MG, Relator Ministro Humberto Martins, 2ª Turma, julgado em 06/10/2015. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1479039&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 7 set. 2018.

O quadro sobre a diferenciação de preços de acordo com a forma de pagamento era, portanto, de absoluta insegurança jurídica. Atento a tais peculiaridades, e no intuito de realizar reformas microeconômicas para a "melhora do ambiente econômico e retomada do crescimento"[29], o Presidente da República editou a Medida Provisória nº 764, de 26 de dezembro de 2016, que dispõe sobre a diferenciação de preços de bens e serviços oferecidos ao público, em função do prazo ou do instrumento de pagamento utilizado.

O art. 1º da Medida Provisória nº 764/2016 estabelece que "fica autorizada a diferenciação de preços de bens e serviços oferecidos ao público, em função do prazo ou do instrumento de pagamento utilizado", ao passo que o parágrafo único pressupõe que "é nula a cláusula contratual, estabelecida no âmbito de arranjos de pagamento ou de outros acordos para prestação de serviço de pagamento, que proíba ou restrinja a diferenciação de preços facultada no caput."

A exposição de motivos apresentada ao Presidente da República justificou a edição da Medida Provisória argumentando que se está diante de "mecanismo importante para a melhor aferição do valor econômico dos produtos e serviços e traz benefícios relevantes para a relação com os consumidores, entre os quais se destacam"[30]: a) indicação dos valores cobrados por cada uma das modalidades de pagamento possíveis de serem adotadas pelos consumidores; b) distinção dos preços, conforme a forma de pagamento a ser adotada, pode resultar em benefícios ao consumidor; c) redução do subsídio cruzado pelos consumidores que não fazem uso de cartões.

Um estudo elaborado pelo Banco Central do Brasil constatou que, atualmente, cerca de 30% (trinta por cento) dos indivíduos fazem uso de cartões de crédito e de débito. Logo, a distinção dos preços a partir da forma de pagamento escolhida pelo consumidor trará benefícios às pessoas de baixa renda, que não fazem uso desses mecanismos de pagamento.[31]

---

[29] MEIRELLES, Henrique. *Sancionada a lei que permite preço diferente para compra em dinheiro*. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/noticias/2017/junho/sancionada-lei-que-permite-preco-diferente-para-compra-em-dinheiro>. Acesso em: 7 set. 2018.

[30] BRASIL. Exposição de Motivos (EMI) nº 00053/2016 BACEN MF. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Exm/Exm-MP-764-16.pdf>. Acesso em: 7 set. 2018.

[31] O Banco Central do Brasil noticiou que no subsídio cruzado, "[...] consumidores que não utilizam ou utilizam pouco os cartões de débito ou de crédito, principalmente a população de menor renda, absorvem parte dos custos daqueles que os utilizam intensamente – geralmente os de maio renda. [...] A diferenciação de preços beneficia parcela da população brasileira que não possui ou não utiliza cartão de crédito com regularidade: 'Ainda temos muita gente que não tem cartão de crédito no Brasil – cerca de 30% da população faz uso regular de cartões, percentual pequeno comparado com o de outros países." (BRASIL.

A fim de se demonstrar o impacto do subsídio cruzado, o Ministério da Fazenda noticiou que "estudo recente demonstrou que houve uma transferência de R$ 3,7 bilhões, no decorrer de um ano, em favor de usuários de cartão de crédito.

É o que também se extrai da exposição de motivos para a edição da Medida Provisória nº 764/2016, que acrescenta a necessidade de se trazer segurança jurídica aos fornecedores de produtos e serviços que optarem pela distinção de preços:

> "3. Com relação a esse último benefício, o Banco Central do Brasil, a Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda e a então Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça publicaram em 2011 um estudo em que, assumindo a ausência de diferenciação de preços, estimaram a transferência de renda que ocorre entre os usuários de cartões de crédito e os demais consumidores que utilizam outros instrumentos de pagamento, bem como os respectivos efeitos distributivos sobre as duas classes de renda da sociedade. Chegou-se ao resultado de que existe um subsídio cruzado das famílias de baixa renda para as famílias de alta renda, especialmente para o subgrupo que utiliza cartões de crédito." [...]
> 6. A medida proposta traz segurança jurídica para os estabelecimentos que optarem por praticar a diferenciação de preços com base no instrumento de pagamento utilizado ou no prazo, evitando, inclusive, possíveis controvérsias regulatórias e judiciais decorrentes da ausência de marco legal sobre a matéria."32

A referida Medida Provisória foi posteriormente convertida na Lei nº 13.455, de 26 de junho de 2017[33], cujos artigos encontram-se dispostos da seguinte forma:

> Art. 1o. Fica autorizada a diferenciação de preços de bens e serviços oferecidos ao público em função do prazo ou do instrumento de pagamento utilizado.
> Parágrafo único. É nula a cláusula contratual, estabelecida no âmbito de arranjos de pagamento ou de outros acordos para prestação de serviço de pagamento, que proíba ou restrinja a diferenciação de preços facultada no caput deste artigo.
>
> Art. 2o A Lei no 10.962, de 11 de outubro de 2004, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 5o-A:

Banco Central do Brasil. *Consumidores e lojistas aprovam diferenciação de preços de acordo com meio de pagamento*. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/pt-br/#!/c/noticias/252>. Acesso em: 7 set. 2018.).

[32] BRASIL. Exposição de Motivos (EMI) Nº 00053/2016 BACEN MF. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Exm/Exm-MP-764-16.pdf>. Acesso em: 7 set. 2018.

[33] BRASIL, Lei nº 13.455, de 26 de junho de 2017. Dispõe sobre a diferenciação de preços e bens oferecidos ao público em função do prazo ou do instrumento de pagamento utilizado, e altera a Lei nº 10.962, de 11 de outubro de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13455.htm>. Acesso em: 7 set. 2018.

> "Art. 5º-A. O fornecedor deve informar, em local e formato visíveis ao consumidor, eventuais descontos oferecidos em função do prazo ou do instrumento de pagamento utilizado.
> Parágrafo único. Aplicam-se às infrações a este artigo as sanções previstas na Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990."

Os fundamentos utilizados para a edição da Medida Provisória nº 764/2016, posteriormente convertida na Lei nº 13.455/2017, podem inicialmente gerar a sensação de que se trata de expediente discriminatório, na medida em que, de acordo com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, os pagamentos realizados em dinheiro ou por intermédio de cartão de crédito seriam à vista e extinguiriam as obrigações. Argumenta-se que a diferenciação de preços de acordo com o meio de pagamento é medida recomendável e trará benefícios ao consumidor, especialmente com a possibilidade de redução dos valores para a hipótese de compra à vista, sem o uso do cartão de crédito.

Note-se, ainda, que a determinação para que os fornecedores informem, em local e formato visíveis, acerca de eventuais descontos conforme a forma de pagamento a ser adotada, é expediente que busca proteger os consumidores e, de certa forma, incentivar a diferenciação, na medida em que o Banco Central do Brasil noticiou que pesquisas indicaram que "a maioria dos consumidores (63,9%) tem conhecimento da possibilidade de diferenciação de preços por instrumento de pagamento, mas a prática não é disseminada, pois apenas 32, 4% dos consumidores afirmaram que houve oferta de desconto caso o pagamento fosse feito em dinheiro ou cartão de débito".

Nesse cenário tem-se que a impossibilidade de tal prática pode resultar, conforme o entendimento de Francisco de Assis VIÉGAS, em desconsiderar a distinção entre as despesas para as vendas mediante o uso do cartão de crédito e à vista, bem como impor aos que realizam o pagamento em espécie condições idênticas aos que se valem dos cartões de crédito.[34]

4. A VEDAÇÃO À DISCRIMINAÇÃO NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

[34] VIÉGAS, Francisco de Assis. *Tutela do consumidor e diferenciação de preços de acordo com a forma de pagamento: comentários ao REsp 1.479.039/MG*. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 6, nº 1, 2017. Disponível em: <http://civilistica.com/tutela-do-consumidor-e-diferenciação-de-preços/>. Acesso em: 7 set. 2018.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos positiva no plano internacional o direito à não discriminação por qualquer condição humana, dizendo que: "todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição."[35]

Do mesmo modo, o art. 1ª da Convenção Americana de Direitos Humanos veta qualquer tipo de discriminação à pessoa ao dispor que os Estados-partes comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.[36]

As normas antidiscriminatórias fundamentam-se "na proteção do indivíduo frente a atos de injusta diferenciação", tratando-se de uma "consequência do princípio da igualdade e da proteção à dignidade humana". Mais do que isso, a discriminação "é um fenômeno vinculado à compreensão – difundida socialmente por meio de preconceitos, ainda que de forma não expressa – segundo a qual determinados grupos são inferiores em relação a outros."[37]

É incipiente no país a percepção dos efeitos da discriminação no mercado de consumo, o que constitui um dos grandes desafios a serem vencidos pelos consumidores. Embora a Constituição vede qualquer forma de discriminação (art. 3º, IV; 5º, XLI; 227, *dentre outros* da CRFB), o tratamento discriminatório ainda é recorrente.

O Decreto nº 5.903/2006, que regulamenta a Lei nº 10.962, de 11 de outubro de 2004 e a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, estabelece que: "art. 9º Configuram infrações ao direito básico do consumidor à informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, sujeitando o infrator às penalidades previstas na Lei nº 8.078, de 1990, as seguintes condutas: [...] VII - *atribuir preços distintos para o mesmo*

---

[35] NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos (*The Universal Declaration of Hu man Rights).* Veja mais em: DOTTI, René. *Declaração Universal dos Direitos do Homem*. 3. ed. Curitiba: Lex Editora, 2006.

[36] BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969.

[37] SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. A proteção contra discriminação no direito contratual brasileiro. In: MONTEIRO, Antônio Pinto; NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Edições Almedina S/A. 2007, p. 394-396.

item." Também o Código de Defesa do Consumidor assegura, no art. 6º, inciso II, a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações como direito básico dos consumidores.

Entretanto, a habitualidade de algumas práticas abusivas faz com que a ilegalidade passe despercebida no dia a dia do consumidor brasileiro. Lamentavelmente, vários exemplos de práticas discriminatórias podem ser citados. A diferenciação de preços de entradas em casas de shows para homens e mulheres é o primeiro deles[38], que somente passou a ser combativo pelo sistema nacional de defesa do consumidor a partir da edição da Nota Técnica nº 02/2017 pela SENACON, em 30/06/2017.[39] A normativa, contudo, ainda é excessivamente restrita: aplica-se somente no setor de lazer e entretenimento, enquanto a discriminação de preços em função do sexo é percebida em diversas outras searas.

No âmbito da União Europeia, organização internacional precursora em termos de proteção dos seus consumidores, a Diretiva 2004/113/CE do Conselho, aprovada em 13 de dezembro de 2004, aplica o princípio de igualdade de tratamento entre homens e mulheres no acesso a bens e serviços e seu fornecimento. Adotada por unanimidade pelo Conselho de Ministros da União Europeia, a Diretiva proíbe a discriminação direta e indireta em razão do sexo, estabelecendo que as diferenças de tratamento só podem ser aceitas se forem justificadas por um objetivo legítimo e desde que os meios utilizados para alcança-lo sejam adequados e necessários.[40]

Uma das exceções à proibição de diferenciação de preços por sexo existia inicialmente nos contratos de seguro. No entanto, em março de 2011 o Tribunal de Justiça da União Europeia declarou inválida a previsão que permitia aos Estados Membros manter uma distinção entre homens e mulheres para efeitos de prêmios e de benefícios individuais nesses contratos. Nos termos do acórdão, as seguradoras que atuam na União Europeia não podem usar o gênero como um fator de risco determinante para justificar

---

[38] Veja em: BERGSTEIN, Laís Gomes; MARQUES, Claudia Lima. Socialização de riscos e reparação integral do dano no direito civil e do consumidor no Brasil. In: *Conpedi Law Review*, v. 3, n. 1, janeiro/junho, 2017, p. 250-278. Doi: 10.21902/clr.v2i1.ID.

[39] BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Nota Técnica nº 2/2017/GAB-DPDC/DPDC/SENACON. PROCESSO Nº 08012.001609/2017-25. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/news/diferenciacao-de-precos-em-funcao-de-genero-e-ilegal/nota-tecnica-2-2017.pdf/view>. Acesso em: 7 set. 2018.

[40] UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2004/113/CE do Conselho, de 13 de Dezembro de 2004, que aplica o princípio de igualdade de tratamento entre homens e mulheres no acesso a bens e serviços e seu fornecimento. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32004L0113&from=PT>. Acesso em: 7 set. 2018.

diferenças nos preços dos prêmios. Admite-se apenas que os valores pagos por condutores prudentes, homens ou mulheres, diminuam com o tempo em função do seu comportamento ao volante. Antes da proibição, um jovem condutor do sexo masculino que seja prudente pagaria mais pelo seguro automóvel somente pelo fato de ser homem.[41]

Outros setores da economia também empregam essa prática, em maior ou menor grau. Caso paradigmático de discriminação de consumidores foi o impedimento de acesso aos jovens que participaram dos movimentos chamados de "rolezinhos", prática dos centros comerciais que fere a igualdade de tratamento prevista constitucionalmente, seja de forma geral como direito fundamental, seja se forma específica como direito do consumidor.[42]

Bruno Miragem lembra que a questão da diferenciação de preços entre consumidores tem grande alcance também na contratação dos planos de saúde, em relação aos idosos.[43] O Estatuto do Idoso proíbe expressamente a cobrança de valores diferenciados em razão da idade (artigo 15, §3º, Lei nº 10.741/2003)[44], objetiva-se com a regra impedir a exclusão dos idosos da contratação por meio da imposição de preços excessivamente elevados, prática comercial até então bastante recorrente no setor.

Recente estudo de direito comparado publicado por Adolfo Mamoru Nishiyama e Luiz Alberto David Araujo cita a decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia, que admitiu o enquadramento da obesidade como uma forma de deficiência da pessoa. A decisão baseou-se na Diretiva 2.000/78, e conduziu à conclusão dos autores de que uma

---

[41] O acórdão conclui expressamente: "*O artigo 5.°, n.° 2, da Directiva 2004/113/CE do Conselho, de 13 de Dezembro de 2004, que aplica o princípio de igualdade de tratamento entre homens e mulheres no acesso a bens e serviços e seu fornecimento, é inválido, com efeitos a 21 de Dezembro de 2012*." Trata-se do artigo que permitia diferenciações proporcionadas nos prémios e benefícios individuais "*sempre que a consideração do sexo seja um factor determinante na avaliação de risco com base em dados actuariais e estatísticos relevantes e rigorosos.*" (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça Europeu. Processo C‑236/09. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62009CJ0236:PT:HTML> Acesso em: 7 set. 2018.)
Veja mais sobre esse tema em: UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. Comunicado de imprensa de 20 de dezembro de 2012. Disponível em: <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-1430_pt.htm>. Acesso em: 7 set. 2018. E <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-11-1581_pt.htm >. Acesso em: 7 set. 2018.

[42] É o que concluíram Roberto Freitas Filho e José Pedro Brito da Costa. Veja em: Direitos fundamentais, direito do consumidor e igualdade: o caso dos 'rolezinhos'. São Paulo, *Revista de Direito do Consumidor*, v. 112, p. 321-338, jul./ago. 2017.

[43] MIRAGEM, Bruno. Discriminação no consumo vai além dos ingressos para mulheres em festas. Sçao Paulo, *Revista Consultor Jurídico*, 5 de julho de 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jul-05/garantias-consumo-discriminacao-consumo-alem-ingressos-mulheres-festas>. Acesso em: 7 set. 2018.

[44] BRASIL. Lei nº 10.741 de 1º de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm>. Acesso em: 7 set. 2018.

companhia aérea não pode, por exemplo, cobrar preços diferenciados para pessoas obesas em razão de sua condição física, hipótese que constituiria violação à sua dignidade. Mais do que isso, ponderam que é direito dessas pessoas terem assentos especiais nas aeronaves para que possam se acomodar com conforto.[45]

É também abusiva a prática das companhias aéreas de diferenciação de preços em razão do instrumento de contratação, notada principalmente a partir da vigência da Resolução nº 400 da Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC, que dispõe sobre as condições gerais de transporte aéreo.[46] A partir dessa nova regulação, o transporte de bagagens passou a ser considerado um acessório em relação à contratação de transporte aéreo, admitindo-se a cobrança separadamente.

Ocorre que algumas companhias aéreas estabelecem preços diferentes para o despacho da bagagem de acordo com o meio de contratação. Por exemplo, em maio de 2018 a Azul cobra R$ 50,00 (cinquenta reais) pela primeira mala caso o transporte seja contratado pelo site ou aplicativo de celular, ao passo que o custo para o mesmo serviço é de R$ 60,00 (sessenta) reais caso a contratação ocorra no aeroporto.[47] Um passageiro que esteja no aeroporto e disponha de acesso à internet móvel para formalizar a contratação pagará menos pelo mesmo serviço do que outro passageiro que o esteja contratando no balcão da empresa, no mesmo momento. E, nesse caso, a diferença significativa, de 20% (vinte por cento) do valor total.

A inércia da agência reguladora diante da imposição de preços diferentes para o mesmo item – em manifesta violação ao art. 9º, VII, do Decreto nº 5.903/2006 – é lamentável. O distanciamento da atuação das agências reguladoras em relação à defesa do consumidor, a despeito das suas atribuições incluírem, "de modo mais ou menos expresso"[48], a consideração dos interesses dos consumidores na regulação da atividade econômica objeto de sua atuação. Na prática verifica-se um enorme hiato entre as normas

---

[45] NISHIYAMA, Adolfo Mamoru; ARAUJO, Luiz Alberto David. Discriminação, consumo e deficiência: diálogo entre o direito brasileiro e as normas da União Europeia. São Paulo, *Revista de Direito do Consumidor*, v. 115, p. 71-97, Jan./Fev. 2018.

[46] BRASIL. Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC. Resolução nº 400 da Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC, dispõe sobre as condições gerais de transporte aéreo. Disponível em: <http://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/resolucoes/resolucoes-2016/resolucao-no-400-13-12-2016/@@display-file/arquivo_norma/RA2016-0400%20-%20Retificada.pdf>. Acesso em: 7 set. 2018.

[47] AZUL LINHAS AÉREAS. Bagagens na Azul. Disponível em: <https://www.voeazul.com.br/bagagem?modo_desktop>. Acesso em: 7 set. 2018.

[48] MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 805.

editadas pelas agências e a efetiva proteção dos agentes econômicos mais vulneráveis do mercado.

A diferenciação de preços é tratada, também, no âmbito do direito da concorrência. O art. 36, § 3º, 'd', X, da Lei nº 12.529/2011, estabelece expressamente como infração à ordem econômica a prática mercantil consistente em discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços.[49]

Trata-se de figura delituosa estruturada a partir de antiga disposição, Lei nº 4.137/1962, já revogada. Nesse contexto, Ary Solon indica algumas peculiaridades da contratação que autorizariam uma diferenciação de preços, tais como: a) A contemporaneidade das diversas vendas; b) A similaridade dos produtos ou sua diferença física; c) A categoria de compradores (grandes revendedores, lojas de descontos ou varejistas); d) A localização geográfica do comprador (que pode importar no aumento de custos de transportes e seus riscos); e) A quantidade adquirida; f) Serviços prestados pelos adquirentes na promoção dos produtos, e outros muitos fatores justificadores de diferenciação de preços.[50]

A discriminação quanto à pessoa do contratante, por sua vez, viola não apenas as proibições legais de diferenciação de preços pelo mesmo item, mas também as garantias constitucionais fundamentais que resguardam os direitos da personalidade. Como consequência, a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989 define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor.[51] A recusa ou o impedimento acesso a estabelecimento comercial, negando-se a servir, atender ou receber cliente ou comprador sujeita o infrator à pena de uma a três anos de reclusão. Também são tipificadas outras condutas discriminatórias, como as de impedir o acesso ou recusar hospedagem em hotel, pensão, estalagem; impedir o acesso ou recusar atendimento em restaurantes, bares, confeitarias, ou locais semelhantes abertos ao público; obstar o uso de transportes públicos, o acesso

---

[49] BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei no 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm#art127>. Acesso em: 7 set. 2018.

[50] SOLON, Ary. Diferenciação de Preços. São Paulo, *Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*, v. 3, p. 105-116, Jan. 1996.

[51] BRASIL. Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989 define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm>. Acesso em: 7 set. 2018.

às entradas sociais em edifícios públicos ou residenciais, dentre outras práticas igualmente violadoras à dignidade da pessoa humana.

Certamente o campo de maior dificuldade de identificação de práticas de discriminação ilícita nas relações de consumo ocorre, como sugere Bruno Miragem, em situações nas quais certas condições subjetivas dos consumidores sejam avaliáveis para definir diferenciações. A solução, nessa hipótese, "será o escrutínio dos critérios técnicos que fundamentem a formação do preço o instrumento decisivo para identificar a regularidade ou não da atuação do fornecedor."[52] E a maior incidência dessa subjetividade na formação de preços reside nas contratações de prestação de serviços.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Uma vez que todas as pessoas nascem iguais em direitos e obrigações, é certo que a proibição da discriminação orienta e conforma todo o ordenamento jurídico. No âmbito das relações de consumo, em que impera a proteção do agente vulnerável, as percepções sobre a diferenciação de preços cobrados do consumidor modificaram-se ao longo do tempo.

O presente trabalho demonstrou que existem situações nas quais a diferenciação de preços pode servir como instrumento para assegurar a proteção dos consumidores, especialmente dos de menor renda, que não têm acesso ao sistema bancário. Em outras situações, contudo, a diferenciação de preços pelo mesmo item constitui prática abusiva, e pode configurar, inclusive, discriminação.

É preciso estar atento aos novos arranjos institucionais e às novas práticas comerciais, adotar uma visão holística da complexa sociedade de consumo para não se acentuar a vulnerabilidade dos consumidores, cuja proteção constitui um direito e um valor constitucional fundamental.

---

[52] MIRAGEM, Bruno. Discriminação no consumo vai além dos ingressos para mulheres em festas. São Paulo, *Revista Consultor Jurídico*, 5 de julho de 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jul-05/garantias-consumo-discriminacao-consumo-alem-ingressos-mulheres-festas>. Acesso em 7 set. 2018.

REFERÊNCIAS

BASAN, Arthur Pinheiro. *O contrato existencial: análise de decisão judicial que assegura a sua aplicação.* Revista Brasileira de Direito Civil, vol. 7, Jan-Mar/2006.

BERGSTEIN, Laís Gomes; MARQUES, Claudia Lima. Socialização de riscos e reparação integral do dano no direito civil e do consumidor no Brasil. In: *Conpedi Law Review*, v. 3, n. 1, janeiro/junho, 2017, p. 250-278. Doi: 10.21902/clr.v2i1.ID.

BRASIL. Banco Central do Brasil. *Consumidores e lojistas aprovam diferenciação de preços de acordo com meio de pagamento*. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/pt-br/#!/c/noticias/252>. Acesso em: 7 set. 2018.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 7 set. 2018.

BRASIL. Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC. Resolução nº 400 da Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC, dispõe sobre as condições gerais de transporte aéreo. Disponível em: <http://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/resolucoes/resolucoes-2016/resolucao-no-400-13-12-2016/@@display-file/arquivo_norma/RA2016-0400%20-%20Retificada.pdf>. Acesso em: 7 set. 2018.

BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969.

BRASIL. Exposição de Motivos (EMI) nº 00053/2016 BACEN MF. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Exm/Exm-MP-764-16.pdf>. Acesso em: 7 set. 2018.

BRASIL. Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989 define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm>. Acesso em: 7 set. 2018.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 7 set. 2018.

BRASIL. Lei nº 10.741 de 1º de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm>. Acesso em: 7 set. 2018.

BRASIL. Lei nº 12.259. de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1000; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 7 set. 2018.

BRASIL, Lei nº 13.455, de 26 de junho de 2017. Dispõe sobre a diferenciação de preços e bens oferecidos ao público em função do prazo ou do instrumento de pagamento utilizado, e altera a Lei nº 10.962, de 11 de outubro de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13455.htm>. Acesso em: 7 set. 2018.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Nota Técnica nº 2/2017/GAB-DPDC/DPDC/SENACON. PROCESSO Nº 08012.001609/2017-25. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/news/diferenciacao-de-precos-em-funcao-de-genero-e-ilegal/nota-tecnica-2-2017.pdf/view>. Acesso em: 7 set. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 229.586/SE, Relator Ministro Garcia Vieira, 1ª Turma, julgado em 16/12/1999. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=229586&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 7 set. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.479.039/MG, Relator Ministro Humberto Martins, 2ª Turma, julgado em 06/10/2015. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1479039&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 7 set. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Apelação em Mandado de Segurança nº 2011.032641-0, Relator Desembargador Rodrigo Collaço, 4ª Câmara de Direito Público, julgado em 31/05/2012. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/buscaForm.do#resultado_ancora>. Acesso em: 7 set. 2018.

CARPENA, Heloisa. *O consumidor no direito da concorrência.* Rio de Janeiro: Renovar: 2005.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012

MEIRELLES, Henrique. *Sancionada a lei que permite preço diferente para compra em dinheiro.* Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/noticias/2017/junho/sancionada-lei-que-permite-preco-diferente-para-compra-em-dinheiro>. Acesso em: 7 set. 2018.

MEIRELES, Rose Melo Venceslau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. Discriminação no consumo vai além dos ingressos para mulheres em festas. São Paulo, *Revista Consultor Jurídico*, 5 de julho de 2017. Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2017-jul-05/garantias-consumo-discriminacao-consumo-alem-ingressos-mulheres-festas>. Acesso em: 7 set. 2018.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos (*The Universal Declaration of Human Rights).* Veja mais em: DOTTI, René. *Declaração Universal dos Direitos do Homem*. 3. ed. Curitiba: Lex Editora, 2006.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru; ARAUJO, Luiz Alberto David. Discriminação, consumo e deficiência: diálogo entre o direito brasileiro e as normas da União Europeia. São Paulo, *Revista de Direito do Consumidor*, v. 115, p. 71-97, Jan./Fev. 2018.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo; DETROZ, Derlayne. *A hypervulnerabilidade e os direitos fundamentais do consumidor idoso no direito brasileiro.* Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo, vol. III, nº 4, Dez/2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SOLON, Ary. Diferenciação de Preços. São Paulo, *Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*, v. 3, p. 105-116, Jan. 1996.

UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. Comunicado de imprensa de 20 de dezembro de 2012. Disponível em: <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-1430_pt.htm>. Acesso em: 7 set. 2018. E <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-11-1581_pt.htm >. Acesso em: 7 set. 2018.

UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2004/113/CE do Conselho, de 13 de Dezembro de 2004, que aplica o princípio de igualdade de tratamento entre homens e mulheres no acesso a bens e serviços e seu fornecimento. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32004L0113&from=PT>. Acesso em: 7 set. 2018.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça Europeu. Processo C-236/09. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62009CJ0236:PT:HTML> Acesso em: 7 set. 2018.

VIÉGAS, Francisco de Assis. *Tutela do consumidor e diferenciação de preços de acordo com a forma de pagamento: comentários ao REsp 1.479.039/MG*. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 6, nº 1, 2017. Disponível em: <http://civilistica.com/tutela-do-consumidor-e-diferenciação-de-preços/>. Acesso em: 7 set. 2018.