

Igualdade e a proibição de discriminação: análise da proibição de ingresso de crianças em estabelecimentos abertos ao público

Equality and the prohibition of discrimination: analysis of the ban on the admission of children in establishments open to the public

Regina CÂNDIDO LIMA E SILVA SANTOS*

RESUMO: O artigo tem por objetivo analisar a licitude da a proibição de ingresso de crianças em estabelecimentos abertos ao público. Essa prática reflete uma tendência mundial denominada Childfree, termo que designa um movimento iniciado nos anos 70, nos Estados Unidos, com o intuito de agrupar adultos que não tinham filhos. A terminologia vem sendo utilizada para designar um nicho de mercado “só para adultos”. O objetivo do trabalho é analisar a conformidade da tendência Childfree com o direito fundamental à não-discriminação. Pretende-se averiguar se existem e quais são os limites à eficácia do princípio constitucional da igualdade nas relações contratuais, especificamente no que diz respeito à oferta pública

* Oficial de Registro de Títulos e Documentos e Civil das Pessoas Jurídicas da Comarca de Ouro Branco/MG. Pós-graduada em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes (RJ). Mestranda em “Proteção dos Direitos Fundamentais” pela Fundação Universidade de Itaúna/MG. Agradecendo la colaboración para este artículo a Thiago Penido Martins Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor de Cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito. É Procurador Autárquico do Município de Belo Horizonte. Professor da Universidade do Estado de Minas Gerais (UEMG). Contacto: <regina_cls@yahoo.com.br>. Fecha de recepción: 26/11/2020. Fecha de aprobación: 18/02/2021.

de bens e serviços.

PALAVRAS CHIAVE: *Childfree*; Direito fundamental à não-discriminação; Princípio da igualdade; Livre Iniciativa; Oferta pública de bens e serviços.

ABSTRACT: The article aims to analyze the lawfulness of the ban on children entering establishments open to the public. This practice reflects a worldwide trend called *Childfree*, a term that designates a movement started in the 1970s, in the United States, with the aim of bringing together adults who did not have children. The terminology has been used to designate a niche market "only for adults". The objective of the work is to analyze the compliance of the *Childfree* trend with the fundamental right to non-discrimination. It is intended to ascertain whether there are and what are the limits to the effectiveness of the constitutional principle of equality in contractual relations, specifically with regard to the public offer of goods and services.

KEYWORDS: *Childfree*; Fundamental right to non-discrimination; Principle of equality; Free Initiative; Public offer of goods and services.

I. INTRODUÇÃO

O Movimento *Childfree* se iniciou nos Estados Unidos, nos anos 70, com o intuito de agrupar e representar adultos sem filhos. Mais recentemente, serviu de inspiração para o surgimento de um nicho de mercado “só para adultos”. Essa nova tendência comercial vem ganhando adeptos, mas tem provocado controvérsias. Parte da sociedade civil e alguns membros da comunidade jurídica apontam que o *Childfree* consubstancia, ao menos aparentemente, discriminação contra as crianças, pessoas em desenvolvimento, que merecem especial proteção do Estado e da sociedade.

A proibição da entrada de crianças em estabelecimentos abertos ao público se justifica pela vontade de pessoas da iniciativa privada em oferecer um serviço idealizado e desenvolvido somente para adultos, visando ao atendimento das necessidades e particularidades deste grupo-alvo. As críticas a esta prática comercial estão fundamentadas no fato de que impedir a entrada de crianças em certos estabelecimentos é tratamento discriminatório e pode gerar constrangimento ou vexame a elas, contrariando preceitos constitucionais e legais. Instaura-se, assim, uma polêmica, que, apesar de envolver vários argumentos de ordem jurídica, discute, essencialmente, o tema da eficácia do direito fundamental à igualdade/não-discriminação nas relações privadas.

Como será explicitado, o regime de sujeição dos particulares aos direitos fundamentais possui especificidades, sendo diverso do que é aplicável aos Poderes Públicos. De todo modo, a ideia de que esses direitos se dirigem a todos, e não apenas ao Estado, está consolidada, mormente porque as violações de direitos fundamentais na era contemporânea não provêm só dos governantes, mas também dos poderes sociais e de terceiros em geral.

A partir de reflexões sobre a prática comercial *Childfree*, a presente pesquisa objetiva analisar se existem e quais são os limites à eficácia do princípio constitucional da igualdade nas relações contratuais, especialmente no que diz respeito à oferta pública de

bens e serviços. Almeja-se verificar se essa tendência *Childfree* é ofensiva, ou não, ao direito fundamental à não-discriminação. A hipótese que se aventa é a de que os estabelecimentos comerciais “só para adultos” não conferem tratamento discriminatório às crianças, mas exploram legitimamente um ramo de negócios, com amparo na livre iniciativa, que é um dos pilares da República Federativa do Brasil.

A escolha do tema justifica-se pela necessidade de se estimular o diálogo teórico a respeito de matéria tão cara ao Estado Democrático de Direito, qual seja, a aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Doutrina e Jurisprudência enfrentam impasses relacionados à compatibilização entre uma tutela efetiva dos direitos fundamentais e a salvaguarda da autonomia privada. Cabe a este trabalho a tarefa de desenvolver apontamentos que possam servir ao aperfeiçoamento das construções teóricas já existentes sobre o assunto.

II. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS

O Constitucionalismo Moderno, surgido no final do Século XVIII, foi um movimento marcado pela criação de Constituições, escritas e rígidas, que tiveram o propósito de romper com o arbítrio do Estado Absolutista, implantando um novo modelo de Estado: o Liberal de Direito. Essas Constituições, cujo conteúdo resumia-se à materialidade constitucional¹, foram elaboradas para servirem como “normas jurídicas supremas”, hierarquicamente superiores a todas as demais normas do ordenamento jurídico.

Com o passar dos anos, o paradigma do Estado Liberal de Direito sucumbiu, dando lugar ao Estado Social de Direito, que

¹ As Constituições Liberais limitavam-se a dispor sobre: organização do Estado, modo de aquisição, exercício e limitação do poder estatal, direitos e garantias fundamentais dos indivíduos e separação de poderes.

abandonou o ideal abstencionista e passou a intervir no corpo social, com a finalidade de correção das desigualdades provocadas pelo modelo anterior. Não obstante, a ideia de Constituição como norma suprema foi preservada. Pela Teoria da Supremacia Constitucional, desenvolvida a partir do escalonamento normativo proposto por Hans Kelsen², a Constituição ocupa o ápice do ordenamento jurídico, servindo de fundamento de validade para toda a produção normativa subsequente.

Desde que se reconheceu a supremacia constitucional, notadamente nas sociedades que adotam Constituições escritas rígidas, as normas constitucionais passaram a espraçar os seus efeitos para todos os campos do ordenamento jurídico. Os direitos fundamentais, de modo especial, foram dotados de uma eficácia irradiante, no sentido de que transpassaram todo o ordenamento, “condicionando a interpretação das normas legais e atuando como impulsos e diretrizes para o legislador, a administração e o Judiciário”³

Atualmente, nenhum ramo do Direito, Público ou Privado, sobrevive às margens da normatividade constitucional. A força normativa da Constituição, anunciada pela primeira vez pelo jurista alemão Konrad Hesse⁴, e a sua supremacia hierárquica, for-

² Hans Kelsen (1881-1973), jurista e filósofo austríaco, foi um dos produtores literários mais profícuos de seu tempo, tendo publicado cerca de quatrocentos livros e artigos, com destaque para a Teoria Pura do Direito (*Reine Rechtslehre*), pela difusão e influência alcançada. Uma de suas concepções teóricas de maior alcance prático é a ideia de ordenamento jurídico como um conjunto hierarquizado de normas jurídicas, estruturadas na forma de uma pirâmide abstrata, cuja norma mais importante, que subordina as demais normas jurídicas de hierarquia inferior, é a denominada norma hipotética fundamental, da qual as demais retiram seu fundamento de validade.

³ SARMENTO, Daniel, *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, 2. ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010, p. 124.

⁴ Konrad Hesse (1919-2005) exerceu a função de Juiz do Tribunal Constitucional Federal alemão, localizado em Karlsruhe, de 1975 até 1987. A

mal e material, fiscalizada e promovida por variados instrumentos de jurisdição constitucional, fazem com que os valores, princípios e diretrizes hospedados na Lei Maior incidam sobre todas as normas infraconstitucionais.⁵

As leis civis foram, assim, impregnadas pela axiologia constitucional, dando origem ao fenômeno da constitucionalização do Direito Privado. Esse fenômeno tomou corpo, no Brasil, a partir da última década do Século XX, e teve como um de seus corolários o reconhecimento da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

A vinculação dos Poderes Públicos aos direitos fundamentais é absoluta e categórica. Afinal, esses direitos foram concebidos para valerem como direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra o poder do Estado. No entanto, quando o âmbito das relações privadas é adentrado, a sujeição aos direitos fundamentais não se mostra tão óbvia assim. Na verdade, os indivíduos, diversamente do Estado, são titulares de direitos fundamentais e dotados de autonomia privada, o que exige uma disciplina totalmente diferenciada para a sua submissão a esses direitos.

[...] os particulares são titulares de uma esfera de liberdade juridicamente protegida, que deriva do reconhecimento da sua dignidade. Este campo de autodeterminação poderia ser excessivamente comprimido, de forma liberticida, se todos os direitos

influência de seu pensamento no Brasil é profunda e isso se deve, diretamente, ao fato de terem sido traduzidas algumas de suas obras no país, especialmente *A força normativa da Constituição*, por Gilmar Ferreira Mendes, *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, por Luís Afonso Heck, e, mais recentemente, *Direito Constitucional e Direito Privado*, por Otavio Luiz Rodrigues Junior. Os escritos de Hesse são muito citados na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

⁵ Cfr. SARMENTO, Daniel, *op. cit.*

fundamentais fossem simplesmente transplantados, sem quaisquer adaptações, para a esfera das relações privadas.⁶

De qualquer forma, é possível afirmar que as normas de direitos fundamentais são oponíveis tanto ao Estado quanto aos particulares, especialmente se considerarmos que, no contexto de uma sociedade desigual, a opressão pode provir não apenas dos governantes, mas de uma multiplicidade de atores privados, presentes em esferas como a família, a sociedade civil, o mercado e a empresa.⁷

Essa questão da subordinação dos particulares aos direitos fundamentais não é, porém, de fácil enfrentamento. Várias teorias já foram desenvolvidas acerca do tema desde o julgamento do famoso Caso *Lüth*⁸ pela Corte Constitucional germânica, no ano de 1958. A Corte Constitucional, reformando decisão do Tribunal Estadual de Hamburgo, firmou posicionamento no sentido de que o sistema de valores estabelecido pela Constituição (Lei Fundamental de *Bonn*⁹) deveria ser considerado como uma decisão constitucional fundamental, que afetava todas as esferas do Direito Público ou Privado, orientando a sua interpretação. E assim, afirmando que o direito fundamental à liberdade de opinião irradiava sua força normativa sobre o Direito Privado, a Corte re-

⁶ *Ibidem*, p. 143.

⁷ *Idem*.

⁸ O Caso *Lüth* envolveu discussão relativa à legitimidade de um boicote contra um filme de viés antisemita, intitulado *Jud Süß* (Doce Judeu), dirigido pelo cineasta Veit Harlan. A controvérsia se iniciou quando Erich Lüth, Presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, dirigiu-se, em uma palestra, a empresários e produtores cinematográficos, convocando-os a boicotar o realizador do filme, por seu passado nazista, e acabou condenado pela Justiça Estadual de Hamburgo a reparar o dano. O caso chegou ao Tribunal Constitucional alemão por meio de um recurso constitucional interposto por Erich Lüth.

⁹ Lei Fundamental de Bonn é o nome utilizado para designar a Constituição Alemã, promulgada no dia 23 de maio de 1949, na cidade de Bonn.

conheceu que os direitos fundamentais gozavam de eficácia não somente nas relações entre indivíduo e Estado, mas também nas relações privadas.

A teoria da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares recebeu, inicialmente, intensa oposição, alicerçada na visão liberal segundo a qual os direitos fundamentais representavam, tão somente, direitos de defesa do indivíduo contra o Estado. Foram criadas, então, a partir daí, teses de não-vinculação das pessoas privadas aos direitos fundamentais estabelecidos na Constituição, conhecidas como Teorias Negativas, entre as quais insere-se a doutrina norte-americana da *State Action*¹⁰.

Especificamente sobre a *State Action*, pode-se afirmar que os Estados Unidos abraçaram a ideia de que a Carta estadunidense, pela sua literalidade, só impunha limitações aos Poderes Públicos e não atribuía a pessoas privadas quaisquer direitos frente a outros particulares¹¹. Para a justificação dessa teoria, também foram invocados como argumentos teóricos a autonomia privada e o pacto federativo. Com relação à autonomia privada, adotou-se o entendimento de que a liberdade individual seria perdida se o indivíduo fosse obrigado a conformar a sua conduta às exigências constitucionais. Por outro lado, como nos Estados Unidos compete aos Estados, e não à União, legislar sobre Direito Privado, a doutrina da *State Action* impediria que as Cortes Federais, a pretexto de aplicarem a Constituição, intervissem na disciplina das relações privadas (pacto federativo).

Estruturaram-se, posteriormente, outras teorias a respeito da incidência dos direitos fundamentais na esfera privada, mas as atenções doutrinárias e jurisprudenciais voltaram-se, em espe-

¹⁰ Apesar de já ter sofrido certas atenuações, a essência da doutrina *State Action* se mantém preservada.

¹¹ A única exceção seria a 13ª Emenda, que proibiu a escravidão, a qual está assim redigida: “Não haverá, nos Estados Unidos ou em qualquer lugar sujeito a sua jurisdição, nem escravidão, nem trabalhos forçados, salvo como punição de um crime pelo qual o réu tenha sido devidamente condenado”.

cial, para duas, que serão aqui tratadas. A primeira é a teoria da eficácia indireta ou mediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, desenvolvida, originariamente, por Günter Dürig, em obra publicada em 1956. Essa teoria informa que os direitos fundamentais, embora irradiem os seus efeitos para todos os ramos do Direito, não ingressam no cenário privado como direitos subjetivos, razão pela qual não podem ser invocados diretamente da Constituição. Para a submissão do Direito Privado aos valores constitucionais, seria necessária a criação de certas pontes, representadas pelas cláusulas gerais e pelos conceitos jurídicos indeterminados acolhidos pelo legislador, “os quais devem ser interpretados e aplicados pelos juízes sempre em conformidade com a ordem de valores subjacente aos direitos fundamentais”.¹² Assim, por essa teoria, a força jurídica dos preceitos fundamentais se estenderia aos particulares apenas de forma mediata, por meio da atuação do legislador privado. Estabelecida estaria, portanto, a primazia do legislador, em detrimento do juiz, na conformação dos direitos fundamentais no âmbito privado.

A segunda teoria que merece destaque é a teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, defendida inicialmente na Alemanha, em 1950, por Hans Carl Nipperdey.¹³ Nipperdey sustentou que alguns direitos fundamentais, pela sua natureza, poderiam ser invocados diretamente nas relações entre particulares, independentemente de uma atuação do legislador (ou da atividade de qualquer outro poder estatal), porque estariam revestidos de oponibilidade *erga omnes*. Um dos defensores dessa teoria é o professor Rafael Naranjo de la Cruz, para quem:

[...] os direitos fundamentais, em sua dupla vertente, subjetiva e objetiva, constituem o fundamento do ordenamento jurídico

¹² SARMENTO, Daniel, *op. cit.*, p. 198.

¹³ Cfr. ESTRADA, Alexei Julio, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000

inteiro e são aplicáveis em todos os âmbitos de atuação humana de maneira imediata, sem intermediação do legislador. Por isso, as normas de direitos fundamentais contidas na Constituição geram, conforme a sua natureza e teor literal, direitos subjetivos dos cidadãos, oponíveis tanto aos poderes públicos como aos particulares.¹⁴ (tradução nossa)

Essa teoria da eficácia direta e imediata não prega a desconsideração da liberdade individual nas relações jurídicas entre particulares. Ao contrário, ela admite que a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas deve buscar sempre uma forma de compatibilização entre a autonomia privada e uma proteção efetiva dos direitos fundamentais. Cada caso concreto traria consigo, portanto, a necessidade de se ponderar o direito fundamental em jogo com a autonomia privada dos particulares envolvidos no caso. Nada obstante, a prioridade na concretização dos direitos fundamentais continuaria sendo do legislador, porque, para esta teoria, os juízes só podem afastar a aplicação das normas jurídicas infraconstitucionais, que são vinculantes e gozam de presunção de constitucionalidade, se conseguirem demonstrar a sua inconstitucionalidade, pesando sobre eles o ônus da argumentação.¹⁵

Tanto a teoria da eficácia indireta e mediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, quanto a teoria da eficácia direta e imediata, fazem proposições teóricas interessantes, mas nenhuma delas está isenta de falhas. Convém salientar que a questão em debate é muito mais complexa do que podem sugerir essas construções abstratas, exigindo “a adoção de soluções diferenciadas, que não se limitem a defender de maneira uniforme o reconhecimento da eficácia imediata ou mediata” dos direitos fundamentais

¹⁴ CRUZ, Rafael Naranjo de la, *Los limites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, Madrid, Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2000, p. 215.

¹⁵ Cfr. SARMENTO, Daniel, *op. cit.*

nas relações jurídicas privadas.¹⁶ Certo é que “a superação dessa visão dicotômica entre eficácia imediata e mediata perpassa pelo reconhecimento da multifuncionalidade e pluralidade de funções que exercem os direitos fundamentais”.¹⁷

No contexto brasileiro, a Constituição da República de 1988 consagrou um modelo de Estado Democrático Social de Direito, cuja moldura axiológica contempla direitos fundamentais individuais, coletivos e transindividuais. Neste cenário, fica ainda mais evidente o caráter multifacetário dos direitos fundamentais, que exige que a aplicação desses direitos às relações privadas ocorra de maneira bastante peculiar.

Pode-se asseverar que Doutrina e Jurisprudência, majoritariamente, reconhecem eficácia aos direitos fundamentais nas relações privadas, mas concordam que a incidência desses direitos sobre os particulares depende, invariavelmente, de uma ponderação entre o direito fundamental em jogo e a autonomia privada da pessoa cujo comportamento se cogita restringir. Tal ponderação de interesses teria como parâmetros, em síntese: a) a existência e o grau de desigualdade fática entre os envolvidos, sendo que, quanto maior for a desigualdade, mais intensa será a proteção do direito fundamental e menor a tutela da autonomia privada; e b) a essencialidade do bem, que está a indicar que, quanto mais o bem envolvido na relação jurídica for considerado essencial para a vida humana, maior será a salvaguarda do direito fundamental e menos enérgica a defesa da autonomia individual. Certo é que a aplicação dos direitos fundamentais na esfera privada não pode importar restrições desproporcionais à esfera subjetiva de quem quer que seja.

Neste trabalho, discute-se o tema da eficácia do direito fundamental social à igualdade nas relações jurídicas privadas comerciais, na hipótese em que estabelecimentos comerciais oferecem

¹⁶ MARTINS, Thiago Penido, *Discriminação nas relações contratuais*, Belo Horizonte, Editora D'Plácido, 2016, p. 94.

¹⁷ MARTINS, Thiago Penido, *op. cit.*, p. 95.

bens e serviços, publicamente, somente para adultos. No próximo capítulo, serão delineados os contornos da tendência *Childfree*.

III. O MOVIMENTO *CHILDFREE* E A SUA INFLUÊNCIA NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS

O Movimento *Childfree* nasceu em 1972, em Palo Alto, na Califórnia, com a fundação da *National Organization for Non-Parents* (N.O.N.) por Ellen Peck e Shirley Radl, que defendiam a ideia de que ter filhos é uma escolha, e não uma obrigação. Apesar de ter, nos anos 80, mudado o seu nome para *National Alliance for Optional Parenthood* (“Aliança Nacional pela Paternidade Opcional”), essa Organização manteve-se como um grupo de apoio para aqueles que tomaram a decisão de não ter filhos, cujos objetivos eram educar o público sobre a não paternidade como uma opção válida de estilo de vida, apoiar aqueles que optaram por não ter filhos, promover a conscientização sobre o problema da superpopulação e ajudar outros grupos que avançaram nestes mesmos propósitos.

As ideias e tendências *Childfree* foram se espalhando pelo mundo e, em 1984, inspiraram a criação de outra associação, desta vez em Vancouver, no Canadá, denominada *No Kidding!* (NK!). Depois de procurar um grupo para casais e solteiros sem filhos e descobrir que não existia, Jerry Steinberg tomou a iniciativa de fundar o próprio grupo, que se autodeclara “*NK! The International Social and Networking Club for Childfree Couples and Singles*” (em português: NK! O Clube Internacional Social e de Conexão para Casais e Solteiros Sem Filhos) – um grupo não político, não religioso, nem apoiador ou opositor de nenhuma causa, mas somente um grupo para adultos sem filhos.¹⁸

¹⁸ Cfr. NO KIDDING, *The International Social and Networking Club for Childfree Couples and Singles*. 2017. Disponível em: <<http://www.nokidding.net/index.html>> (14 jan. 2020).

Visando, inicialmente, agrupar e representar pessoas que optaram por não ter filhos, o Movimento *Childfree* assumiu, ao longo dos anos, outras feições, entre as quais está a de “frequentar lugares sem crianças”. Respondendo a essa demanda e aderindo à novel tendência, estabelecimentos comerciais passaram a ofertar publicamente bens e serviços destinados apenas a adultos, prometendo ambientes mais calmos e silenciosos. Dezenas de *resorts*, hotéis, pousadas, restaurantes, e até companhias aéreas¹⁹, anunciam, diariamente, os seus serviços *childfree*, seja para garantir a tranquilidade dos clientes ou para promover atividades e/ou entretenimento só para maiores.

Assim como existem empreendimentos destinados à recepção e acolhimento do público infantil²⁰, a iniciativa privada tem criado espaços e atividades *childfree* (“sem crianças”). A tendência está se difundindo muito rapidamente, não só por estar crescendo o percentual de mulheres que não querem ter filhos²¹ – seja por motivos íntimos ou influenciadas por sua inserção no mercado

¹⁹ A Japan Airlines, por exemplo, informa em quais assentos da aeronave haverá bebês menores de dois anos, para que os demais passageiros do voo possam levar isso em conta ao escolherem os seus assentos.

²⁰ *Child-friendly* é a expressão que designa a ideia de criação – em hotéis, restaurantes e outros estabelecimentos – de espaços acolhedores para famílias com crianças.

²¹ Uma pesquisa global realizada pela gigante farmacêutica Bayer, em parceria com a Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia (Febrasgo), que envolveu mais de 7 mil pacientes e 726 ginecologistas de 11 países da Europa, além do Brasil, aponta que a maioria das entrevistadas com idade entre 18 e 29 anos não planeja ter filhos nos próximos 3 a 5 anos ou não pretende ter filhos, enquanto a maioria das que estão entre 40 e 49 anos declarou já ter completado o planejamento familiar. Cfr. BAYER. 26 de Setembro – Dia mundial de prevenção da gravidez não planejada. 26 de setembro de 2019. Disponível em: <<https://www.bayer.com.br/midia/sala-de-imprensa/pharmaceuticals/releases/26-de-setembro-dia-mundial-de-prevencao-da-gravidez-nao-planejada.php>> (14 jan. 2020).

de trabalho, por questões ambientais, pelo aumento populacional, pelo recrudescimento da violência –, mas também porque o número de pessoas que querem se abster do convívio com crianças está em ascensão.

Crianças, de fato, gritam, choram, correm, riem alto, fazem barulho, mexem nos objetos expostos no ambiente, ações que são completamente naturais para indivíduos que ainda estão em desenvolvimento, descobrindo o mundo, os alimentos, os sabores, os sons, as cores e as sensações corporais. Em contraponto, há pessoas que se sentem incomodadas na presença de crianças e que procuram locais onde possam estar e desenvolver atividades apenas com adultos, o que também é perfeitamente compreensível. Foi assim que a iniciativa privada descobriu esse novo nicho de mercado, que ganha, a cada dia, mais adeptos.

A questão que se levanta é se estabelecimentos comerciais estão autorizados a impedir a entrada de crianças em suas dependências ou se essa prática contraria o ordenamento jurídico. Sabe-se que o Estatuto da Criança e do Adolescente,²² cumprindo o disposto no art. 220, §3º, inciso I, da Constituição²³, prevê, em

²² Cfr. BRASIL, *Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm> (14 jan. 2020) 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>. (14 jan. 2020).

²³ Art. 220, §3º, CR/88: Compete à lei federal: I - regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada;

seus artigos 74²⁴ e 80²⁵, situações em que a entrada e a permanência de crianças e adolescentes em determinados locais está limitada ou proibida. É o caso das diversões e espetáculos públicos que, por sua natureza, se mostram inadequados a determinadas faixas etárias, bem como das casas de jogos, assim entendidas as que realizam apostas, e dos estabelecimentos que exploram comercialmente bilhar, sinuca ou congêneres. Ocorre que a prática comercial *Childfree* não se encaixa em nenhuma dessas hipóteses legais. A iniciativa privada obsta o ingresso de crianças em estabelecimentos abertos ao público em circunstâncias nas quais o desígnio não é a proteção do menor, mas o exercício da liberdade contratual.

Muitos têm se insurgido contra essa tendência “só para adultos”, alegando que configura tratamento discriminatório. Sustenta-se que, em uma sociedade que defende a inclusão e a igualdade de todos, tal comportamento é ilegal e inconstitucional. Este é o posicionamento do Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC, 2017), que, além de apontar a prática *Childfree* como violadora dos artigos 1º, inciso III (dignidade da pessoa humana) e 3º, inciso IV (promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação).

²⁴ Art. 74 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA): “O poder público, através do órgão competente, regulará as diversões e espetáculos públicos, informando sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada. Parágrafo único. Os responsáveis pelas diversões e espetáculos públicos deverão afixar, em lugar visível e de fácil acesso, à entrada do local de exibição, informação destacada sobre a natureza do espetáculo e a faixa etária especificada no certificado de classificação.”

²⁵ Art. 80 do ECA: “Os responsáveis por estabelecimentos que explorem comercialmente bilhar, sinuca ou congêneres ou por casas de jogos, assim entendidas as que realizem apostas, ainda que eventualmente, cuidarão para que não seja permitida a entrada e a permanência de crianças e adolescentes no local, afixando aviso para orientação do público.”

minação), ambos da Constituição de 1988,²⁶ também argumenta que incide em prática abusiva, nos termos do art. 39, inciso IX, do Código de Defesa do Consumidor,²⁷ o fornecedor de produtos ou serviços que recusa a venda de bens ou a prestação de serviços diretamente a quem se disponha a adquiri-los mediante pronto pagamento.

Outros fundamentos jurídicos invocados contra o *Childfree* são: a) o art. 5º, inciso XLI, da Constituição, segundo o qual “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”;²⁸ b) o art. 227, também do Texto Constitucional, que versa que “é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”;²⁹ c) o art. 15 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que assevera que “a criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dig-

²⁶ Cfr. BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> (14 jan. 2020).

²⁷ Cfr. BRASIL, *Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm> (14 jan. 2020) 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>. (14 jan. 2020).

²⁸ Cfr. BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> (14 jan. 2020).

²⁹ Cfr. BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> (14 jan. 2020).

nidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis”;³⁰ e d) o art. 16, também do ECA, que estabelece que o direito à liberdade de que são titulares as crianças e os adolescentes compreende o aspecto de “ir, vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários, ressalvadas as restrições legais”.³¹

A prática comercial em comento ainda é criticada por ser potencialmente geradora de outros tipos de discriminação. “Se continuarmos nessa linha de raciocínio, logo haverá estabelecimentos privados que se recusarão a receber idosos, negros, mulheres, pessoas com deficiência, homossexuais”, afirma a advogada Christiane Faturi Angelo Afonso.³² E, por fim, arguem os opositores do *Childfree* que “se o espaço não apresenta qualquer tipo de risco à saúde mental, psíquica ou física da criança, não existe um motivo para que ela não possa entrar”.³³

³⁰ Cfr. BRASIL, Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm> (14 jan. 2020) 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>. (14 jan. 2020).

³¹ *Idem*.

³² Cfr. MORETTI, Isis, *Child Free: a polêmica dos estabelecimentos com restrições as crianças*. 20 de março de 2019. Disponível em: <<https://liberdade-deideias.com.br/index.php/2019/03/20/child-free-a-polemica-dos-estabelecimentos-com-restricoes-as-criancas/>>. (10 jan. 2020).

³³ Cfr. ALVES, Ana Beatriz, *‘ChildFree’ é o movimento que proíbe a entrada de crianças em estabelecimentos*. 18 de outubro de 2017. Disponível em: <<https://paisefilhos.uol.com.br/familia/childfree-e-o-movimento-que-proibe-a-entrada-de-criancas-em-estabelecimentos/>>. (10 jan. 2019)

IV. A EFICÁCIA DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS NA HIPÓTESE DE OFERTA PÚBLICA DE BENS E SERVIÇOS: É LÍCITA A PRÁTICA COMERCIAL *CHILDFREE*?

Já foi dito neste trabalho que o regime jurídico de sujeição dos particulares aos direitos fundamentais é diverso daquele aplicável aos Poderes Públicos, tendo em vista que os indivíduos, ao titularizarem direitos fundamentais, investem-se de um poder de autodeterminação dos seus interesses privados. Esse poder de autodeterminação é uma liberdade conferida às pessoas pela própria Constituição, que tem como componente essencial a autonomia privada, valor que substancializa a própria dignidade humana.

A autonomia privada tem como âmago a ideia de que o ser humano é agente dotado de razão, capaz de determinar os rumos de sua vida sem submeter-se às ingerências do Estado ou de qualquer outra instituição, pública ou privada. Essa autonomia envolve aspectos relacionados a escolhas existenciais, mas também assume a acepção de autonomia negocial, entendida como liberdade para a celebração de contratos e outros negócios jurídicos de cunho patrimonial.

De fato, os indivíduos têm o poder de decidir se irão contratar, com quem irão contratar e sob que condições contratarão. Esse axioma resume a liberdade de contratar e a liberdade contratual, cujos conceitos se entrelaçam, mas não se confundem. Ensi-
na Arnold Wald que:

Liberdade de contratar é a faculdade de realizar ou não determinado contrato, enquanto a liberdade contratual é a possibilidade de estabelecer o conteúdo do contrato. A primeira se refere à possibilidade de realizar ou não um negócio, enquanto a segunda importa na fixação das modalidades de sua realização.³⁴

³⁴ WALD, Arnold, *Obrigações e contratos*, 13 ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998, pp. 184.

A autonomia negocial de que se trata, que compreende a liberdade de contratar e a liberdade contratual, é o supedâneo jurídico do princípio da livre iniciativa, consagrado na Constituição da República Federativa do Brasil como fundamento da ordem econômica (art. 170 da CR/88). Esse princípio garante o direito que todo indivíduo possui de se lançar no mercado de produção de bens e serviços, por sua própria conta e risco, bem como o direito de, quando lhe convier, fazer cessar a atividade. Nas precisas lições de Miguel Reale, a livre iniciativa é:

[...] a projeção da liberdade individual no plano da produção, circulação e distribuição das riquezas, assegurando não apenas a livre escolha das profissões e das atividades econômicas, mas também a autônoma eleição dos processos ou meios julgados mais adequados à consecução dos fins visados.³⁵

O princípio da livre iniciativa, traduzido por Miguel Reale como liberdade de escolha de meios e fins econômicos, orienta a ordem constitucional vigente. Em verdade, a livre iniciativa não só funda a ordem econômica, mas afeta a compreensão de qualquer preceito constitucional, tendo em vista que foram proclamados como fundamentos da República os *valores sociais da livre iniciativa* (art. 1º, inciso IV, da CR/88). Na visão de Marcos Juruena Villela Souto (1999), por uma opção de caráter filosófico e pragmático, a presença estatal foi afastada da atividade produtiva, cujo exercício compete à iniciativa privada, cabendo ao Estado apenas zelar para que seja mantido o bem-estar social.

Com efeito, o Constituinte firmou a sua opção por uma economia capitalista alicerçada no equilíbrio do livre mercado. A liberdade de iniciativa é, nesse sentido, valor essencial à ordem jurídica e ao próprio ser humano, na medida em que se apresenta como uma das facetas do direito fundamental à liberdade. Ela só

³⁵ REALE, Miguel, *Inconstitucionalidade de congelamentos*, Folha de São Paulo, São Paulo, p. A-3, 19 out. 1988, p. A-3.

pode sofrer restrições quando em conflito com outros valores que, no caso concreto, revelem ter maior expressão e relevância.

Esses apontamentos a respeito da autonomia privada e da livre iniciativa conduzem à conclusão de que a incidência de direitos fundamentais nas relações entre particulares precisa observar critérios especiais. Em outros termos, devem existir parâmetros razoáveis para a ponderação dos interesses envolvidos no caso concreto: de um lado, a autonomia privada e, do outro, valores igualmente caros ao Estado Democrático de Direito, como a igualdade. A cautela é necessária, porque a proteção de uma liberdade fundamental pode importar lesão a outro direito fundamental, e vice-versa.

Conforme explicitado em outro tópico desta exposição, os parâmetros que devem ser observados para a determinação dos limites da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais são, basicamente, dois: *a existência e o grau de desigualdade fática entre os envolvidos* e *a essencialidade do bem sobre o qual versa a relação jurídica*. A desigualdade material entre os envolvidos é fator que justifica a ampliação da proteção dos direitos fundamentais na esfera privada, porque parte-se da premissa de que a assimetria de poder prejudica o exercício de direitos fundamentais pelas partes mais vulneráveis. A essencialidade do bem, por seu turno, leva em consideração o quanto o bem material em jogo pode ser considerado essencial à vida humana, sobressaindo, aqui, como elemento norteador da ponderação de interesses constitucionais, a dignidade humana. Assim, somente quando o bem sobre o qual versar a relação privada puder ser qualificado como supérfluo, distante da dimensão afetiva da personalidade, é que a proteção da autonomia negocial será mais intensa que a tutela do direito fundamental contraposto.³⁶

No caso específico da prática comercial *Childfree*, os interesses em ponderação são: de um lado, a autonomia privada, a liberdade contratual e/ou o direito de livre iniciativa dos proprietários

³⁶ Cfr. SARMENTO, Daniel, *op. cit.*

dos estabelecimentos abertos ao público; de outro, o direito das crianças à não-discriminação – corolário do princípio constitucional da igualdade. Antes de se chegar, contudo, a uma conclusão acerca da prevalência de qualquer desses direitos no caso concreto, algumas reflexões precisam ser realizadas.

Há que se dizer, antes de mais nada, que os estabelecimentos comerciais abertos ao público não podem ser considerados espaços estritamente privados. Isto porque quem explora esse tipo de negócio dirige a sua oferta ao público em geral, manifestando a sua vontade de contratar, em princípio, com qualquer um que aceite os seus preços e condições de venda.³⁷ Nos dizeres de Alvaro Aguila-Real:

Os estabelecimentos abertos ao público, administrados por particulares, não podem considerar-se espaços estritamente privados. Desta maneira, quem abre um local ao público afirma de alguma maneira a sua vontade de contratar com qualquer pessoa que aceite os preços e condições de venda. Provavelmente não se pode dizer que existe uma obrigação de contratar, mas deve-se ter em conta que a abertura de um local implica, de certo modo, uma renúncia a seleccionar individualmente cada cliente.³⁸ (tradução nossa)

³⁷ Cfr. BILBAO UBILLOS, Juan Maria, “La eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales em el ordenamiento español”. In: MONTEIRO, António Pinto; NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo Wolfgang. (orgs.). *Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado*, Coimbra, Almedina, 2007, p.145-163.

³⁸ ALVARO AGUILA-REAL, Jesús, *Autonomia privada y derechos fundamentales*, Anuario de Derecho Civil, 1993.
ALVES, Ana Beatriz, ‘ChildFree’ é o movimento que proíbe a entrada de crianças em estabelecimentos. 18 de outubro de 2017, pp. 78-79. Disponível em: <<https://paisefilhos.uol.com.br/familia/childfree-e-o-movimento-que-proibe-a-entrada-de-criancas-em-estabelecimentos/>>. (10 jan. 2019)

Destaque-se, noutro giro, que os titulares dos interesses em ponderação, no cenário *childfree*, são partes assimétricas, já que estabelecimentos comerciais e clientes estão inseridos no contexto consumerista. É cediço que certos domínios normativos, como o Direito do Consumidor, têm como premissa a desigualdade fática entre as partes. Nessas situações, impõe-se, realmente, o reforço à proteção dos direitos fundamentais dos particulares mais vulneráveis, que não estão em paridade de condições com os fornecedores de bens e serviços. Sem embargo:

[...] será sempre necessário levar em consideração, na resolução do caso concreto, a autonomia do ator privado, mesmo quando a hipótese envolver uma relação jurídica manifestamente assimétrica. Concordamos, no particular, com Ingo Sarlet, quando, apesar de reconhecer a relevância do problema da desigualdade fática na aplicação dos direitos humanos nas relações privadas, registra que os particulares detentores de poderes sociais são também titulares de direitos fundamentais, e a sua autonomia privada não deixa de ser protegida constitucionalmente. Assim, segundo ele, nem mesmo nas relações em que estes poderes sociais sejam partes “(...) se poderá deixar de reconhecer a existência de um conflito de direitos fundamentais, tornando-se indispensável uma compatibilização (harmonização) à luz do caso concreto, impedindo um tratamento idêntico ao das relações particular-poder público.³⁹

Com efeito, ainda que, nos contratos que possuem projeção social, a liberdade contratual esteja reduzida, cedendo espaço aos reclames da igualdade, a autonomia privada do fornecedor de bens e serviços nunca pode ser desconsiderada. Outrossim, não se pode ignorar que o grau de desigualdade material entre as partes é apenas um dos fatores que devem ser sopesados na aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas. A essencialidade do

³⁹ SARMENTO, Daniel, *op. cit.*, p. 266.

bem envolvido na relação, e, se for o caso, outras circunstâncias específicas, também merecem ser examinadas.

Considerando o direito fundamental das crianças de não serem discriminadas por estabelecimentos abertos ao público, pode-se dizer que o bem objeto da relação jurídica em discussão é essencial, porque está intimamente vinculado à personalidade do indivíduo (e, por conseguinte, à dignidade humana), o que requer, ao menos à primeira vista, atribuição de menor relevância à autonomia privada na ponderação de interesses. Ocorre que, na hipótese concreta em estudo, os bens ou serviços ofertados por *resorts*, hotéis, pousadas e restaurantes não são bens e serviços que possam ser considerados essenciais, o que modifica um pouco a conjuntura. Pondere-se que o lazer não é um bem tão essencial quanto a saúde ou a educação.

Além disso, os bens e serviços típicos do regime *childfree* não são, ordinariamente, ofertados no mercado em regime de monopólio. Pelo contrário, há muitos estabelecimentos explorando os mesmos ramos comerciais que aceitam crianças em suas dependências. Aliás, atualmente, a iniciativa privada oferece muitos serviços *child-friendly*, caracterizados pelo desenvolvimento de espaços acolhedores para famílias com crianças, que foram especialmente preparados para recebê-las.

Verdadeiramente, apenas alguns estabelecimentos comerciais, e não todos, estão a restringir a entrada de crianças, havendo outras várias alternativas para esse público. E, ressalte-se: a quantidade de negócios destinados unicamente a adultos, no Brasil e no mundo, é pequena, com remotíssima possibilidade de domínio do mercado, sendo quase surreal chegar-se ao ponto de as famílias com crianças não terem mais opções de lazer ou hospedagem.

Na esteira do pensamento de Bilbao Ubillos, para que a recusa possa ser legítima, indispensável que as condições de admissão, além razoáveis, objetivas e destinaram-se ao público em geral, devem ser previa e publicamente estabelecidas, apresentando de antemão os limites à vontade de contratar externalizada pelo proprietário do estabelecimento. Nestes casos específicos, a conduta

adotada pelo proprietário do estabelecimento aberto ao público deixa de configurar discriminação ilícita, haja vista que, ao se dar publicidade prévia de quais são os critérios de admissão naquele estabelecimento, estes critérios passam a ser aplicados a coletividade de forma geral, abstrata e indistinta, de modo que não haverá como se aduzir que determinada pessoa foi discriminada. Essa lógica, contudo, não pode ser utilizada para permitir que o estabelecimento preveja que não se admitirá pessoas de determinada raça ou etnia, pois, nesta situação, a despeito da discriminação não possuir um destinatário específico, se concretiza em desfavor de toda uma categoria de pessoas, violando a dignidade humana de seus integrantes.

A grande dificuldade em se admitir a possibilidade de que um estabelecimento aberto ao público, no exercício de sua liberdade da contratação, não admita pessoas em razão de características pessoais decorre do fato de que ao atuar no mercado o estabelecimento manifesta e torna pública a sua vontade de contratar, razão pela qual, qualquer pessoa que deseje contratar nas condições previamente fixadas poderá fazê-lo.

Saliente-se, por oportuno, que, no *childfree*, a recusa na contratação com crianças não está baseada em critérios naturalmente odiosos e abusivos, como origem, raça ou etnia e orientação sexual. Essa tendência comercial é um meio de exploração de um nicho de mercado, não configurando tratamento discriminatório, muito menos por critérios repulsivos. A proibição de acesso de crianças, no caso, relaciona-se muito mais ao perfil dos estabelecimentos (“só para adultos”) e às atividades que possam ocorrer em seus espaços, muitas vezes inapropriadas para menores.

Além de tudo o que foi explicitado, quando estabelecimentos comerciais abertos ao público ofertam bens ou serviços *childfree*, anunciando, prévia e claramente, as condições do negócio, não estão mesmo levando a cabo qualquer discriminação. Estão, na verdade, apresentando, de antemão, os limites da vontade de contratar externalizada, que tem como destinatário o público, de forma indistinta. Todos que quiserem contratar com esses esta-

belecimentos têm que aceitar as condições de admissão, que, no caso, são razoáveis e objetivas.⁴⁰

E, como se não bastassem todos esses argumentos, cumpre realçar que, na seara das relações privadas, o princípio da legalidade garante que tudo aquilo que não está proibido ao particular, está permitido, inserindo-se no campo da liberdade do indivíduo. A principiologia própria do Direito Privado informa que, em inúmeras hipóteses, “a ausência de normatização específica decorre do reconhecimento de que, naquela situação, deverá prevalecer a competência decisória e a autonomia dos particulares na conformação de seus negócios jurídicos”.⁴¹ Implica dizer que, não existindo vedação expressa no ordenamento jurídico, impedindo a prática comercial *Childfree*, ausente está o fundamento que justifique restrições à autonomia privada e à livre iniciativa.

De tudo o que foi exposto, extrai-se que, na ponderação dos interesses relativos à problemática *Childfree*, a solução razoável é a preservação da autonomia privada dos proprietários dos estabelecimentos comerciais, em detrimento do princípio constitucional da igualdade, notadamente porque essas pessoas exploram, legitimamente, um nicho de mercado, sem perpetrar qualquer discriminação.

A eficácia do princípio da igualdade dentro deste âmbito jurídico-privado é muito menor que frente aos poderes públicos. É inerente ao próprio conceito de autonomia privada o predomínio da vontade individual sobre a igualdade: se contrata com quem se quer e como se quer, se dispõe em testamento a favor de quem se quer e como se quer, se doa a quem se quer e como se quer, se associa um com quem queira e para o que queira, se constitui uma fundação para o que se quer e com a dotação que se quer, se exercem direitos frente a quem se queira, naturalmente tudo

⁴⁰ Cfr. MARTINS, Thiago Penido, *Discriminação nas relações contratuais*, Belo Horizonte, Editora D'Plácido, 2016.

⁴¹ MARTINS, Thiago Penido, *op. cit.*, p. 58.

isso dentro dos limites marcados pelas normas imperativas.⁴²
(tradução nossa)

Efetivamente, o *Childfree* é uma opção de negócio, que, por razões econômicas, está voltado a um determinado público-alvo. Trata-se de manifestação da liberdade negocial, que está contida na ideia de autonomia privada, valor essencial ao Estado Democrático de Direito. Desde que as condições contratuais sejam prévia e ostensivamente informadas ao consumidor, a prática comercial *Childfree* não ofende o ordenamento jurídico, sendo resultado de uma autônoma eleição dos meios julgados mais adequados à consecução dos fins econômicos do proprietário de estabelecimento comercial aberto ao público – meios e fins estes que são perfeitamente admissíveis.

Conclui-se, portanto, que a tutela do direito fundamental à igualdade –ou do correlato direito fundamental à não-discriminação– não pode ser efetivada com o estrangulamento da autonomia privada e dos espaços privados de decisão e livre atuação do indivíduo.⁴³ É necessário assegurar aos particulares zonas de livre desenvolvimento da personalidade humana, nas quais eles possam atuar sem ter a obrigação de justificar, sempre e sempre, as suas escolhas.

Assim sendo, pelos princípios da autonomia privada, da liberdade contratual e da livre iniciativa, a tendência comercial *Child-free* pode ser considerada lícita, não violando a dignidade humana (art. 1º, inciso III, da CR/88), nem afrontando o princípio da não-discriminação (art. 3º, inciso IV e art. 5º, inciso XLI, ambos da CR/88), e muito menos configurando prática abusiva, nos termos do art. 39, inciso IX, do Código de Defesa do Consumidor. Trata-se, ao contrário, de exercício legítimo de um direito, consistente em oferta de bens ou serviços a um público-alvo específico,

⁴² BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Principio de igualdad y derecho privado*, Anuario de Derecho Civil, 1990, p. 424.

⁴³ Cfr. MARTINS, Thiago Penido, *op. cit.*

que, sendo acompanhada da publicidade, prévia e transparente, das condições contratuais, não tem o condão de constranger os consumidores. A prática respeita o disposto no art. 227 da Constituição e observa os preceitos dos artigos 15 e 16 do Estatuto da Criança e do Adolescente, não tolhendo, de forma alguma, o direito da criança de ir, vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários.

V. CONCLUSÃO

A prática comercial *Childfree* vem sendo, há algum tempo, objeto de controvérsias. O assunto chegou, inclusive, ao Poder Legislativo da União, através do Projeto de Lei nº. 2004/2015,⁴⁴ que ainda não foi votado⁴⁵. O debate em torno do tema ganhou especial relevo em razão da colisão de direitos fundamentais vislumbrada na

⁴⁴ Cfr. BRASIL, Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº. 2004/2015, apresentado em 18 de junho de 2015*. Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, que dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1513959>> (16 jan. 2019).

⁴⁵ O Projeto de Lei nº. 2004/2015 foi proposto pelo Deputado Mário Heringer (PDT-MG), em 18 de junho de 2015. Ele considera prática abusiva a conduta do fornecedor de produtos e serviços consistente em coibir ou impedir acesso, recusar atendimento, expor a constrangimento ou impor cobrança adicional, em estabelecimentos comerciais ou locais abertos ao público, a consumidor, em virtude da companhia de criança ou adolescente. Na Câmara dos Deputados, a Comissão de Defesa do Consumidor emitiu o seu Parecer em junho de 2016 e a Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria, Comércio e Serviços, em maio de 2017. Com Pareceres opostos de Comissões temáticas, a proposta perdeu o caráter conclusivo e será analisada pelo Plenário. A última movimentação do PL nº. 2004/2015 ocorreu em 17 de outubro de 2019, com a devolução da proposição ao Relator na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, Deputado Pompeo de Mattos (PDT-RS), para reexame.

hipótese (de um lado, a autonomia privada; de outro, o direito à não-discriminação), que revigorou no cenário jurídico o diálogo teórico acerca de uma matéria intrigante, a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

Como visto, o Movimento *Childfree* surgiu nos Estados Unidos, nos anos 70, para agrupar e representar pessoas que tomaram a decisão de não ter filhos. Ao longo do tempo, a tendência foi penetrando nos diversos setores da sociedade e chegou ao mercado consumidor, no qual o termo *Childfree* assumiu a conotação de “espaço livre de crianças”. A ideia ganhou adeptos e, atualmente, existem vários estabelecimentos comerciais, no Brasil e no mundo, que ofertam bens e serviços “só para adultos”, restringindo o ingresso de crianças em suas dependências.

Apesar de existirem várias pessoas, que se intitulam *Childfree*, disseminando discursos de ódio e segregação contra crianças e adolescentes, a tendência comercial em comento não configura tratamento discriminatório. Trata-se de exploração legítima de um nicho de mercado, que consubstancia o exercício de um direito essencial ao Estado Democrático: a autonomia privada. Dentro de sua esfera de liberdade negocial (liberdade de contratar e liberdade contratual) e com supedâneo na livre iniciativa – que é um dos pilares da República Federativa do Brasil e fundamento da ordem econômica –, os proprietários de estabelecimentos comerciais abertos ao público simplesmente delimitam a sua estratégia de venda e selecionam o seu público-alvo.

Certo é que, na colisão entre o direito à igualdade, titularizado pelas crianças, e o direito à autonomia privada dos donos de empreendimentos exsurge incólume este último. Na conjuntura proposta, levando-se em consideração a existência e o grau de desigualdade fática entre os envolvidos na relação jurídica, a essencialidade do bem sobre o qual versa esta relação, bem como as circunstâncias específicas do “caso *childfree*”, o resultado da ponderação entre os interesses envolvidos no confronto não pode ser outro.

É verdade que os estabelecimentos comerciais abertos ao público não podem ser considerados espaços estritamente privados, porque quem explora esse tipo de negócio dirige a sua oferta ao público em geral, manifestando a sua vontade de contratar, em princípio, com qualquer um que aceite os seus preços e condições de venda. Também é fato que as relações consumeristas são marcadas pela sua assimetria, o que exigiria uma proteção menos intensa do princípio da autonomia privada numa eventual ponderação de interesses. No entanto, não se pode desconsiderar que os proprietários dos estabelecimentos que oferecem bens e serviços *childfree* são pessoas que também titularizam direitos fundamentais, sendo certo que a eficácia de direitos fundamentais na esfera privada não pode importar restrições desproporcionais à esfera subjetiva de quem quer que seja.

Por tudo exposto, chega-se à conclusão de que a prática comercial *Childfree* não configura tratamento discriminatório às crianças, sendo totalmente compatível com o ordenamento jurídico. Fundamentados na autonomia privada e no princípio da livre iniciativa, os estabelecimentos comerciais abertos ao público estão autorizados a estabelecer critérios de contratação e admissão de pessoas, desde que estes critérios traduzam objetivos legítimos e sejam prévia e claramente publicizados.

