

MINISTÉRIO PÚBLICO, “PINK TAXES” E SEU CONTROLE POR AÇÃO CIVIL PÚBLICA

PROSECUTION OFFICE, “PINK TAXES” AND ITS CONTROL BY PUBLIC CIVIL ACTION

Roger Vitório Oliveira Sousa*

RESUMO

A presente discussão buscou elucidar acerca da possibilidade de o Ministério Público, através do instrumento denominado “Ação Civil Pública”, buscar judicialmente a repreensão ou extirpação do fenômeno das “pink taxes” da realidade negocial pátria. De partida, fez-se essencial entender o que é a instituição conhecida por “Ministério Público”, identificando suas atribuições, seu desígnio, suas macrofinalidades e sua legitimidade para o manejo de Ações Cíveis Públicas, mas não sem antes esclarecer, quanto a este último ponto, em que consiste a Ação Civil Pública, seu regime jurídico e as hipóteses que atraem sua impetração. Após isso, foi coerente com o raciocínio desenvolvido delimitar o conceito de “pink tax”, ponto a partir do qual buscou-se desvendar a correlação de tal ocorrência fática com sua isonomia e repercussões nas mais diversas esferas sociais. Por fim, buscou-se atestar se seria legítima uma intervenção estatal – por parte do Poder Judiciário, em especial – na economia, para se afastar a ocorrência da sistemática negocial discriminatória estudada.

Palavras-chave: “Pink tax”. Isonomia. Ação Civil Pública. Ministério Público.

ABSTRACT

The present discussion sought to clarify about the possibility of the district attorneys, through the class actions, seek, judicially, the extinction or the reprehension of the pink taxes phenomenon from the country’s business reality. Initially, it was necessary to understand what is the institution known as “parquet”, identifying its attributions, its objectives, its finalities and its legitimacy to act through class actions, but not before clarifying, about this last point, what are the class actions, their juridical regimen and the situations that allow their use. After that, it was necessary to understand the notion of “pink tax”, from which it was sought to understand the bond between this factual occurrence and the isonomy, and its repercussions on the social sphere. Lastly, was necessary to attest if a state intervention on the economy – from the Judiciary - would be legitimate, with the objective of refuse the occurrence of the pink tax phenomenon.

Keywords: “Pink tax”. Equality. Class Action. Public Ministry.

Artigo submetido em 09 de julho de 2021 e aprovado em 30 de janeiro de 2022.

* Analista Judiciário – Área Judiciária (Direito) do TJ-MA. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Piauí – UESPI. Pós-graduado em Direito Público pela Faculdade Descomplica (certificação pela UniAmérica). Pós-graduando em Direito Constitucional pela faculdade Descomplica (Certificação pela UniAmérica). Pós-graduando em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Pro Minas. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-1986-0700>. Contato: rogerolly@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO

É notória a busca pela isonomia realizada pela unidade jurídica vigente. Por todo o corpo da carta maior encontram-se disposições aptas a garantir, pelo menos na letra da norma, a igualdade estabelecida como direito fundamental, de forma expressa, pelo art. 5º. A realidade fática, no entanto, mostra que mazelas sociais ainda consomem a sociedade brasileira como um enxame de gafanhotos em uma plantação. Nesse ponto, cumpriu o desígnio da análise expor sobre os preços sexistas ou “tarifas-rosa”, uma dinâmica conferida em relações negociais, na qual cobra-se um preço maior por produtos e serviços voltados para o público que se identifica com o gênero feminino, sem haver um fator distintivo claro que ampare tal divergência. Daí o nome “*pink taxes*”: costumeiramente, o único diferencial é cosmético, referente às embalagens e aos invólucros rosas, típicos de práticas impositoras de normatividade de gênero.

Explorou-se, desta forma, o conceito dessa ocorrência fática, identificando-se, posteriormente, sua relação com a isonomia. Foi necessário, por óbvio, explorar a visão científica acerca da igualdade, inclusive no tocante à distinção estabelecida pelo ordenamento pátrio no tocante às igualdades formal e material. Ademais, mostrou-se necessário explorar a possibilidade de atuação do órgão ministerial com o intuito de reprimir condutas anti-igualitárias. Para isso, foi primordial analisar as macrofinalidades da instituição, destacando, dentre elas, a busca pela tutela do interesse público que é a bússola que norteia as condutas do Ministério Público, pontuando acerca da possibilidade de atuação de tal instituição com o objetivo de extirpar essa distorção mercadológica da realidade brasileira. Acompanhando essa linha de raciocínio, foi preciso entender as hipóteses de cabimento da Ação Civil Pública e se estaria inserida entre os desígnios de seu cabimento a tutela buscada com o intuito de aplacar a ocorrência do fenômeno já mencionado. Dentro dessa busca por tal compreensão, foi primordial evidenciar os interesses tutelados pelo instrumento das Ações Cíveis Públicas e as possibilidades que são abertas por seu uso. Por fim, o debate fluiu a que se discutisse a legitimidade de uma atuação estatal no domínio econômico com vistas à regulação do mercado e ao afastamento de condutas anti-igualitárias, conjugando-se o arcabouço principiológico tangente à ordem econômica, em especial as determinações de função social da empresa, justiça social e livre iniciativa, além de, ainda, pontuar se a opção pátria pelo modelo capitalista afastaria a possibilidade de intervenção do estado na esfera econômica.

O cerne da discussão não foi a existência do fenômeno, a qual é contestada por parte da doutrina econômica, sob o fundamento de que há oferta porque há demanda, ou seja, os preços são assim mantidos por haver quem compre. Na verdade, não se esteve a discutir sequer a lesividade da conduta. O que se buscou enfrentar foi, na ocasião de ser o fenômeno real, de que formas poderia ser combatido, especialmente analisando-se a possibilidade de o Ministério Público, através de suas atribuições constitucionalmente definidas, e levando em conta as macrofinalidades de tais atuações, poder lançar mão da ação civil pública para regulá-lo.

Veja-se que, embora teórica, a discussão está longe de irrelevante: ela diz respeito à tutela legítima de um direito fundamental previsto na lei das leis. Ora, atuar com passividade em face de tal prática é dar aval, ainda que implícito, para que continue a ocorrer, o que não se pode permitir em um estado democrático de direito.

2 O QUE É O MINISTÉRIO PÚBLICO?

O Ministério Público, uma das funções essenciais da justiça, conforme contemplado de forma expressa pela Carta Política de 1988, ganhou um novo respaldo com a inauguração do novo ordenamento jurídico. É flagrante essa valorização ao se observar a definição trazida pela Constituição: consiste em instituição permanente a quem incumbe tutelar a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis (SILVA, 2005).

A figura tem relevância única no ordenamento pátrio e a ela tratou-se de conferir uma cartela de prerrogativas as quais têm o intuito de garantir sua atuação de forma autônoma e independente, a se afastar ingerências indevidas de entidades que visem intervir na realidade fática de forma a macular preceitos constitucionais e valores queridos pela Lei Maior. E se por um lado foram concedidas tantas benesses aptas a tornar possível o exercício de suas funções, também lhe foram atribuídas diversas tarefas, as quais partem das quatro macrofinalidades previstas na cabeça do art. 127, CF. Assim, ao órgão cabem a defesa da ordem jurídica, a defesa do regime democrático, a defesa dos interesses sociais e a defesa dos interesses individuais indisponíveis (PADILHA, 2020). Mas, antes de aprofundar nas tarefas designadas pela Carta Política a esta instituição, cumpre, inicialmente, compreender quem é esse agente no ordenamento jurídico pátrio.

2.1 Conceito da Instituição e esclarecimento de suas atribuições

O Ministério Público foi conceituado pelo constituinte originário como a instituição permanente e considerada essencial à justiça, a que incumbe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, essa é a previsão do art. 127, CF. Ao se mencionar que a instituição é permanente, o objetivo da Carta Política foi definir que não poderá ser feita decisão política, por parte dos poderes constituídos, acerca da existência ou não do órgão: é permanente e portanto não poderá ter suas funções ou autonomia tolhidas por atuação legislativa, judicial ou administrativa. Ademais, quando é frisada a essencialidade do “parquet”, esse caractere se relaciona ao interesse sobre o qual versa a lide. Desta forma, em todas as ocasiões em que as discussões versarem sobre os interesses institucionais do órgão, a participação deste será de lei (SILVA NETO, 2006).

Para a defesa da ordem jurídica, a Lei Maior tratou de estabelecer uma série de instrumentos de que pode lançar mão a instituição a fim de realizá-la. É, por exemplo, o caso das ações de controle de constitucionalidade, as quais possuem como legitimado o Procurador-geral da República - PGR, figura que comanda a instituição ministerial como um todo, bem como a hipótese específica da ação direta de inconstitucionalidade interventiva. Nesse último caso, poderá o PGR representar ao STF para que o Tribunal assegure a observância dos chamados princípios constitucionais sensíveis¹, os quais não podem ser violados sob pena de incidir a mais rigorosa das penas que podem recair sobre um ente federativo: a intervenção em sua autonomia política. Ora, não faria sentido designar uma tarefa a determinada entidade e não lhe fornecer os meios pelos quais seria possível realizar tal tarefa e foi essa a compreensão perspicaz que se adotou na assembleia constituinte justamente a se reforçar a atuação ministerial através de instrumentos implícitos e explícitos espalhados por todo o texto da Carta Soberana.

Por outro lado, a garantia do regime democrático existe para se fortalecer e respaldar o controle incidente no exercício do poder por parte dos representantes do povo, os quais são, via de regra, democraticamente eleitos, mas sobre quem sempre recai o dever de observância às determinações constitucionais e aos limites do exercício de tal poder. O detentor real do poder é o povo, este apenas o delega, com base no princípio democrático, a representantes eleitos que, como meros mandatários que são, não podem dispor da coisa pública livremente e muito menos extrapolar os limites da concessão passageira. Nessa toada, a fiscalização ministerial garante a manutenção da própria democracia e reforça o princípio republicano.

¹ Entendem-se por princípios constitucionais sensíveis a forma republicana, o sistema representativo e o regime democrático, os direitos da pessoa humana, a autonomia municipal e a prestação de contas da administração pública, direta e indireta, bem como a aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e no desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde, conforme dicção do art. 36, III, c/c art. 34, VII, “a” a “e”, CF..

Como última macrofinalidade, tem-se a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Esse último dever atribuído pela lei máxima é o que mais interessa a este trabalho, tendo em vista que é a ele que se conecta mais intimamente a tutela do valor aqui analisado, qual seja, a proteção da isonomia material no tocante ao garantimento de uma paridade de armas entre os gêneros e o afastamento de práticas abusivas que resultem em uma oneração financeira maior às mulheres, o que reproduz, faticamente, o conceito de “pink taxes”, como se verá a seguir, em momento próprio. E o que se entenderia por interesses sociais e individuais indisponíveis? A visão de Agra (2018, p. 743) é particularmente elucidativa quanto à conceitualização da expressão:

Interesses sociais e individuais indisponíveis são aqueles que não pertencem à esfera de deliberação dos particulares, isto é, aqueles de que os cidadãos não podem abdicar, que não podem ser negociados ou ser objeto de transação. Interesse social é o que pertence a uma coletividade determinada ou indeterminada de pessoas, e que está fora da área de decisão de apenas um cidadão, que não pode dele dispor da maneira como quiser. Interesse individual indisponível é o que foge da deliberação do particular, como os direitos inerentes à personalidade: o nome, o estado civil, a paternidade etc.

Dentro desse dilatado escopo, é possível enquadrar a utilização das Ações Civis Públicas com o intuito de promoção do resguardo, na dicção constitucional (BRASIL, 1988), “do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”. Tal atuação representa caso de legitimidade extraordinária, posto que o órgão ministerial age, em nome próprio, defendendo direito alheio (ZAVASCKI, 1992). Nessa toada, resta ainda estabelecer os limites nocionais de “interesses difusos e coletivos”. O CDC, diploma normativo que compõe o que se convencionou chamar de “microsistema da tutela coletiva” pôs fim a incessante discussão doutrinária acerca dos conceitos das espécies integrantes do gênero “direitos coletivos *lato sensu*”, estabelecendo que são compreendidos como direitos difusos (na dicção do art. 81, parágrafo único, I, CDC), os transindividuais (ou seja, os meta e os supraindividuais, pertencentes a diversos indivíduos), de natureza indivisível (o que significa que só podem ser levados em conta como um todo) e que tenham por titulares um coletivo indeterminado de pessoas, as quais são ligadas por circunstâncias de fato, não havendo, necessariamente, vínculo comum de natureza jurídica (como exemplo clássico dessa modalidade, há o direito ao equilíbrio ambiental); diversamente, os direitos coletivos *stricto sensu* são (como esclarece o mesmo art. 81, parágrafo único, II, CDC) os transindividuais, possuidores de uma natureza considerada indivisível e de que seja titular um grupo, uma categoria ou uma classe de pessoas, indeterminadas, mas passíveis de determinação enquanto coletivo, ligadas, entre si ou com a parte contrária, por uma relação jurídica comum (ZANETI JÚNIOR, 2005). A referida lei consumerista ainda autorizou que fossem tutelados através da defesa coletiva os direitos e os interesses individuais homogêneos, aos quais correspondem os que decorrem de origem comum. Foi outorgada, ao Ministério Público, legitimidade expressa para atuar na defesa dos mencionados interesses, a reforçar a previsão contida na Carta Magna. Referendando as determinações legislativas, o STJ entendeu ter a ordem pública outorgado ao Ministério Público legitimidade para atuar, por meio de ação civil pública, no intuito de reprimir práticas abusivas de fornecedores de produtos ou prestadores de serviços em hipóteses que envolvessem interesses individuais homogêneos, especialmente quando presente a relevância social (BRASIL, STJ, 2002). É essa também a visão do STF, conforme elucidada o à época Ministro Celso de Mello em trecho pedagógico (BRASIL, STF, 2008, p. 05 do voto do Ministro):

[...] tratando-se de direitos individuais homogêneos, ‘assim entendidos os decorrentes de origem comum’ (CDC, art. 81, parágrafo único, n. III), justifica-se o reconhecimento da legitimidade ativa ‘ad causam’ do Ministério Público para o ajuizamento da ação civil pública, pois, segundo entendimento desta própria Corte

Suprema, os direitos ou interesses individuais homogêneos qualificam-se como ‘subespécie de direitos coletivos’ (RTJ 178/377-378, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, Pleno), o que viabiliza a utilização - inteiramente adequada ao caso - desse importante instrumento de proteção jurisdicional de situações jurídicas impregnadas, como sucede na espécie, de metaindividualidade.

Embora a conceituação legal tenha encerrado os burburinhos acerca das definições reais de tais direitos, permanece conflito doutrinário em estabelecer os reais limites da atuação ministerial quanto aos direitos coletivos e aos individuais homogêneos, quando forem disponíveis, havendo perspectivas que admitem a dilatação das atribuições funcionais do órgão, a se validar uma atuação mais irrestrita da instituição, bem como visões mais comedidas e ponderadas, que admitem que o órgão ministerial atue apenas quando presente relevância social no caso (ANDRADE, 2016). A jurisprudência das Cortes Superiores pátrias, todavia, parece apresentar certa repulsa pela admissão da legitimidade ativa do Ministério Público de forma desregrada, perpetuando uma visão moderada do exercício funcional por parte da mencionada instituição. O STJ (BRASIL, 2002, p. 2 do Voto do Relator), sinteticamente, nessa linha, entende que “tratando-se de direito individual disponível, cujos titulares podem dele dispor, o Ministério Público não possui legitimidade ativa.”

Elucidados esses primeiros conceitos, é possível partir para a compreensão do instrumento que serve como maior efetivador da atribuição de defesa dos interesses difusos e coletivos (e, até mesmo, dos interesses individuais homogêneos, quando indisponíveis): a Ação Civil Pública. Analisar em que consiste tal figura é primordial para verificar seu posterior cabimento no tocante à situação específica da discriminação de gênero ensejada pelas “pink taxes”.

2.2 Ação Civil Pública: em que consiste e seu cabimento

As ações civis públicas existem como verdadeiros instrumentos judiciais de controle, através das quais se promove a tutela dos direitos e dos interesses tidos pelo legislador como relevantes o suficiente para que sejam por ela defendidos (CARVALHO FILHO, 2020). É exatamente como descreve Madeira (2018, p. 181):

A ação civil pública, ação de natureza pública e não penal, serve de instrumento processual para acionar o Judiciário na tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, tendo por legitimado o Ministério Público ou outro ente eleito pelo legislador (art. 51 da Lei n. 7.347/1985 c/c art. 82 do Código de Defesa do Consumidor), em substituição processual, isto é, demandando em nome próprio direito alheio.

Pelo que foi inicialmente explorado e levando em conta a definição ofertada pela doutrinadora, é nítido que o cabimento deste instrumento está umbilicalmente unido ao interesse tutelado. Não é qualquer interesse ou objetivo que poderá ser tutelado ou perseguido através do mecanismo: apenas os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, como descritos pela lei, é que poderão ser protegidos através do manejo dessa ação. Em uma análise prática, é interessante a abordagem de Alvim (2006, s.n.), ao estudar a possibilidade de utilização do instrumento para responsabilizar os entes federados pela ausência de concretude do direito a segurança pública constitucionalmente assegurado:

O direito à segurança é um direito difuso, na medida em que se enquadra no art. 129, III, da Constituição, com as características traçadas no art. 81, parágrafo único, I, do Código de Defesa do Consumidor: transindividual, de natureza indivisível, de que são titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato. Portanto, pode o

direito à segurança ser objeto de ação civil pública, nos termos do art. 1º, IV, da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, segundo o qual regem-se pelas disposições desta lei as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados “a qualquer outro interesse difuso ou coletivo”. Se o Estado, na sua mais ampla acepção, não adota medidas concretas para assegurar a inviolabilidade do direito à segurança, no cumprimento do seu dever de (prestar) segurança, pode ser acionado para esse fim, sendo “admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela” (art. 83, CDC). A ação civil pública, no particular, “poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer” (art. 3º, LACP), constituindo autêntica obrigação de fazer a prestação de segurança à população, que pode e deve ser prestada jurisdicionalmente, no caso de omissão do Poder Público. A prestação dessa segurança cabe ao Estado-membro, na medida em que a ameaça de lesão à liberdade (caso de sequestro) e à vida (caso de morte) por falta de segurança atinja a população da unidade federada, e à União Federal, na medida em que afetadas são as instituições públicas, como, v. g., o funcionamento da polícia e da Justiça. [...] Portanto, os legitimados passivos são, conforme a hipótese, ou o Estado-membro ou a União, isoladamente, ou ambos, em conjunto, se a falta de segurança atingir as instituições nacionais, ou mesmo municipais ou estaduais, mas com repercussão nacional.

É necessário mencionar, todavia, que a própria legitimidade para veicular a pretensão por este meio não é genérica, elencando a lei os sujeitos e as figuras que considerou relevantes o suficiente para que atuassem na defesa desses interesses específicos. Assim, são atores nessa dinâmica diferenciada o Ministério Público, a Defensoria Pública, os entes federativos, as entidades da administração indireta e as associações que preencham requisitos específicos decotados na lei (art. 5º da Lei nº 7.347/85). E se o polo ativo só pode ser integrado por aqueles mencionados pela lei, o mesmo não pode ser dito do polo passivo, o qual poderá ser preenchido por qualquer pessoa, física ou jurídica, pública ou privada, cuja conduta agride o objeto tutelado pela lei. Nesse sentido, e dissecando essa noção para elucidar a abrangência real atribuída à noção de quem pode figurar no polo passivo dessa relação processual específica, explica Carvalho Filho (2020, p. 1.220):

No polo passivo, não há qualquer especificidade. Quem quer que se conduza de forma ofensiva a tais interesses, seja pessoa física ou jurídica, pública ou privada, será o demandado na ação civil pública. A legitimação passiva, por conseguinte, é daquele cuja conduta vulnerar os interesses sob tutela. Como a parte ré será a pessoa jurídica, e não o seu preposto ou a autoridade que integre seu quadro funcional, não há regras especiais de competência na Constituição. A ação civil pública será ajuizada em primeira instância, na Justiça Federal ou Estadual, conforme a natureza da pessoa jurídica.

Aqui cabe adentrar um pouco mais na questão específica do envolvimento do Ministério Público na Ação Civil Pública. Como já mencionado em momento pretérito, a atuação ministerial enquanto autor da Ação Civil Pública é, para boa parte da doutrina e da jurisprudência, condicionada, mitigada. Assim, por exemplo, o órgão ministerial não detém legitimidade para defender interesse público secundário de entes públicos, o qual deve ser resguardado por meio de atuação da assessoria jurídica da pessoa interessada, em conformidade com o art. 129, IX, CF (OLIVEIRA, 2020). Ademais, estará também restrito pelos grilhões de suas funções institucionais. Tendo em vista isso, só poderá tutelar, desta forma, interesses indisponíveis e os que apresentem relevância social (VALENTE, 2007). Em suma, (MAZZILLI, p. 418), “não é por qualquer interesse público que zela o Ministério Público, e sim por aquele que, objetivamente ligado a uma relação jurídica, ou especialmente atrelado a uma pessoa, se qualifica por alguma forma de indisponibilidade pela qual deva zelar a instituição.” Não obstante, o Ministério Público não atuará judicialmente nesses processos apenas como autor.

Quando não ocupar o polo ativo da demanda, também terá uma atuação específica e estabelecida pela legislação, será fiscal da lei, em conformidade com o art. 5º, § 1º, da Lei da Ação Civil Pública.

Identificados os sujeitos do embate judicial, resta apenas desvendar o que tutela esse mecanismo e por quais vias se realiza essa tutela. É lição corrente na doutrina que o objeto da ACP deve ser um provimento condenatório, como regra. Isso porque, em regra, por ela busca-se que a conduta prejudicial ao interesse público seja obstada ou que o bem jurídico violado seja recomposto, se possível, restituindo-se a situação ao “status” pretérito. São exemplos de bens jurídicos e figuras dignos da tutela por ACP, por exemplo, os interesses difusos e coletivos, os patrimônios público e social, a honra e a dignidade de grupos étnicos e religiosos, o consumidor e o meio ambiente, em conformidade com o rol exemplificativo trazido na lei (MADEIRA, 2018). Isso não impede, todavia, o manejo do instrumento para a declaração de uma determinada relação jurídica ou sua constituição, por exemplo, quando em hipóteses específicas essas tutelas jurisdicionais se fizerem necessárias (SARLET, 2017).

3 O QUE SÃO AS “PINK TAXES” E O CABIMENTO DAS AÇÕES CIVIS PÚBLICAS NO CASO

Para progredir a análise, é primordial compreender a noção inicial de isonomia. A partir de tal conceito, assimilar o prejuízo real ocasionado pelo fenômeno das “pink taxes” enquanto prática consumerista abusiva e sexista e estabelecer o cabimento ou não do manejo de Ação Civil Pública para o controle dessa atividade discriminatória e a legitimidade do Ministério Público para invocar tal provimento.

3.1 “Pink taxes” e noções fundamentais sobre isonomia

O ordenamento pátrio é expresso em outorgar aos súditos estatais o direito à igualdade. Contempla-se que a doutrina convencionou analisar a igualdade sob dois prismas distintos: a igualdade formal, a qual deriva da perspectiva das normas e de como elas incidem, a se garantir uma isonomia de todos perante a lei, conforme dicção literal do art. 5º, I, CF, e a material, que analisa a realidade em que inserida a dinâmica questionada, a se verificar se, no caso concreto, há real paridade de armas e igualdade (BARCELLOS, 2018).

Tal visão interpretativa surgiu após a constatação de que apenas garantir ou conceder uma igualdade no tocante à aplicação da lei, ou seja, garantir uma uniformidade objetiva de tratamento, seria insuficiente para realmente concretizar uma equidade real e atingir os desideratos constitucionais. Era preciso mais. Fazia-se necessário materializar esse direito tratando as pessoas que se encontrassem em situações distintas de forma diferenciada, para nivelar o campo e atingir a real noção de igualdade. A progressão noticiada, de uma igualdade perante a lei (formal) para a igualdade através da lei (material), que hoje é inconteste, confunde-se com a própria evolução da noção de igualdade no passar das Constituições brasileiras: partindo de uma visão simplesmente formal até se chegar a um ponto no qual as diferenças são reconhecidas e, tentativamente, mitigadas através do uso dos mais diversos instrumentos estatais (LOBO, 2013).

Nessa linha, é de se mencionar que a isonomia, na visão material, pode ser extraída, no momento evolutivo atual do ordenamento jurídico pátrio, de uma interpretação simples dos escopos estatais estabelecidos pela Constituição Federal de 1988. Se um dos objetivos fundamentais da República é, justamente, “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”, conforme o inciso V do art. 3º, tem-se aí um vetor de dirigência estatal que estabelece duas diretrizes, uma primeira, segundo a qual são repelidas e rechaçadas todas e quaisquer formas de discriminação, e uma

segunda, a qual determina que o Estado busque a promoção do bem de todos de modo igualitário, afastando-se a concessão de inapropriadas benesses a seletos grupos.

Dessa forma, é de se falar que foram estabelecidos certos parâmetros para que seja efetivo e justo o uso dos instrumentos garantidores de isonomia material, através de uma análise da razoabilidade do ato. Assim, é necessário que se contemple se há realmente uma discriminação que exija a atuação estatal apta a equalizar o “campo de jogo”; ademais, deve haver um nexos, um liame entre a atuação discriminatória proposta pelo Estado e a realidade fática que se busca alterar; em arremate, essa intervenção deve observar os demais ditames constitucionais, sob pena de se retirar a força normativa da Carta Política (BARCELLOS, 2018). Em apertada síntese (TAVARES, 2020, p. 577), “[o] elemento discriminador erigido como causa da desequiparação deve estar predisposto ao alcance de uma finalidade. Esta, por sua vez, deve corresponder exatamente a algum objetivo encampado pelo Direito, seja expressa, seja implicitamente.”

É dever do Estado concretizar o ideário proposto e vislumbrado na Lei Maior, vértice superior do ordenamento jurídico pátrio. Dito isso, os três poderes, dentro de suas respectivas esferas de atribuições, devem verter suas condutas para a consecução de tal igualdade dúplice: o Poder Legislativo deverá, em atenção à isonomia formal, se abster de estabelecer tratamento diferenciado para indivíduos que estejam em situação semelhante ou equiparada; da mesma forma, deverá, também, ao identificar situações nas quais haja real desequilíbrio entre particulares, impor disposições peculiares ao enquadramento específico de tais atores, disposições estas aptas a garantir um retorno à equidade no caso concreto; por outro lado, a atuação do Poder Executivo dar-se-á para concretizar o disposto na lei; por fim, o Poder Judiciário, quando acionado, poderá efetivar os ditames constitucionais e legais. Quanto à atuação deste último Poder, há de se mencionar que ela só poderá ocorrer, em regra, caso seja retirado de seu estado de dormência, o que se convencionou chamar de princípio da inércia.

3.2 Igualdade de gênero e atuação estatal

Como visto, é dever do Estado concretizar e tornar efetivos os direitos garantidos pela Constituição de Ulysses Guimarães. Nessa linha, seus três poderes, em seus respectivos âmbitos de atuação, deverão promover as alterações na realidade fática que a Carta Política desejou ao estabelecer garantias mínimas na forma de direitos fundamentais.

No tocante especificamente ao direito de igualdade, a determinação constitucional ainda não foi transmitida para a realidade fática, embora existam projetos e engenhos sociais que busquem mitigar a desigualdade material. Tome-se como exemplo as ações afirmativas: através desses mecanismos, o governo consegue flexibilizar as discrepâncias estruturais da sociedade pátria, reordenando as dinâmicas sociais ao favorecer determinados grupos marginalizados historicamente. A igualdade, sustentáculo dessas práticas, está prevista e disseminada pelo corpo da Carta Política, sendo válido e útil ressaltar a sintetização de Moraes (2018, p. 195), que elabora um aparato dos dispositivos constitucionais que embasam as ações afirmativas:

A fundamentação constitucional das ações afirmativas emerge do art. 3º, incs. I, III e IV, segundo o qual a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, seriam objetivos fundamentais da Federação, art. 4º, inc. VIII, segundo o qual o repúdio ao terrorismo e ao racismo seria princípio informativo das relações internacionais, art. 5º, inc. XLII, segundo o qual a prática de racismo seria crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, art. 7º, incs. XX e XXXI, segundo o qual a proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, e a proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência seriam direitos

dos trabalhadores urbanos e rurais, art. 23, incs. II e X, segundo o qual a prestação de saúde e assistência pública, a proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência e o combate das causas da pobreza e dos fatores de marginalização, com a integração social dos setores desfavorecidos, seriam de competência comum entre os entes federativos, art. 24, inc. XIV, segundo o qual a proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência seriam de competência concorrente entre as entidades federativas, art. 37, inc. VIII, segundo o qual o percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e os critérios de admissão seriam definidos em legislação ordinária federal, art. 170, inc. VII, segundo o qual a redução das desigualdades regionais e sociais seria princípio informativo da economia, art. 203, incs. IV e V, segundo o qual a habilitação e reabilitação, a promoção de integração à vida comunitária e a garantia de um salário mínimo de benefício mensal aos idosos e pessoas portadoras de deficiência que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou tê-la provida por sua família são objetivos da assistência social, art. 206, inc. I, segundo o qual a igualdade de condições para o acesso e permanência na escola seria princípio informativo da educação, art. 208, inc. III, segundo o qual o atendimento educacional especializado, preferencialmente na rede regular de ensino, seria garantia das pessoas portadoras de deficiência, e art. 227, § 1º, inc. II, segundo o qual a criação de programas de prevenção e atendimento especializado e a integração social, mediante o treinamento para o trabalho e convivência e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, seriam diretrizes dos programas de assistência integral à saúde das crianças e adolescentes portadores de deficiência física, sensorial ou mental, entre outros.

Tendo em vista essa vasta previsão, é notório que, após a evolução experienciada pelo ordenamento jurídico pátrio, já ressaltada previamente, na qual pode ser compreendida como o reconhecimento da desigualdade fática e o posterior tratamento diferenciado entre os diferentes e igual entre os que se encontram em posição semelhante, sempre observando os direitos fundamentais, com o objetivo da plena participação de todos na formação da realidade político-jurídica da sociedade (LOBO, 2013).

Especificamente quanto ao fenômeno dos preços sexistas, é possível contemplar que, embora previsto na lei que tais práticas (discriminação com base em gênero, ausência de informações e esclarecimentos ao consumidor) são abusivas, o poder executivo, incumbido da materialização da lei e da fiscalização dos súditos, mostra-se plácido e passivo. Só a título de esclarecimento, nem seria preciso previsão legal para a vedação de tais práticas, tendo em vista que elas por si só já violam princípios constitucionais como a igualdade e a defesa do consumidor, contudo, faz-se necessário elaborar um pouco mais sobre elas para entender como as mencionadas práticas se revelam contrárias às previsões legais e constitucionais.

O CDC elenca uma série de hipóteses consideradas práticas abusivas em seu art. 39. Embora haja parcela minoritária da doutrina que advogue pela taxatividade de tal previsão, tendo em vista ter ocorrido veto de um dos incisos do dispositivo, o qual atribuiria expresso caráter exemplificativo ao rol, autorizado magistério continuar a avaliar ser esse elenco exemplificativo, a serem consideradas, também, como abusivas as práticas, mesmo não previstas na listagem, que violem direitos e princípios fundamentais. É a perspectiva da sempre lúcida Cláudia Lima Marques (p. 279-280):

[t]omando por guia os valores resguardados pela Constituição Federal – mas é bom também não esquecer as Constituições estaduais – são abusivas as práticas que atentem [...] contra a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), a igualdade de origem, raça, sexo, cor e idade (art. 3º, IV, do CDC), os direitos humanos (art. 3º, II, da CF), a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (art. 5º, X, da CF).

A reforçar essa tutela do consumidor, o Decreto nº 5.903, de setembro de 2006, estabelece ser infração ao direito básico do consumidor à informação adequada e clara sobre os

diferentes produtos e serviços a atribuição de preços diversos para um mesmo item (art. 9º, VII). Nesse ponto faz-se necessário esclarecer que a justificção geralmente apresentada pelas fornecedoras para fundamentar a distinção de preços entre produtos aparentemente idênticos, como aparelhos de barbear e produtos capilares ou de higiene pessoal é o envolvimento, na feitura de tais bens, de processos e de matérias-primas mais custosos que os utilizados na confecção de produtos voltados para o público masculino (MARIMPIETRI, 2017).

Dentro de uma análise realizada pelo setor governamental responsável pelas matérias consumeristas da cidade de Nova Iorque, a pesquisa “From cradle to cane: the cost of being a female consumer” (do berço à bengala: os custos de ser uma consumidora), constatou-se que produtos de higiene pessoal eram os que apresentavam maiores divergências entre os ofertados para homens e os voltados para mulheres. Naquela cidade, verificou-se, à época, que produtos voltados a pessoas que se identificam com o gênero feminino eram 13% mais caros que os que tinham como consumidor-alvo um homem. Especificamente quanto a produtos de saúde capilar, a divergência era de até 48% em detrimento das consumidoras. Na metodologia da pesquisa realizada pelo órgão, buscou-se selecionar produtos que tivessem similitudes entre as versões de cada gênero, especialmente quanto a ingredientes, aparência, textura, construção e/ou marketing. Ademais, voltando à esfera específica dos produtos de higiene pessoal, na pesquisa afirma-se que, embora não haja uma identidade de ingredientes entre os usados para produtos cujos alvos são pessoas que se identificam com o gênero feminino e os usados para produtos cuja clientela principal se identifica com o gênero masculino, os custos de ingredientes e produção não afetam o preço final do produto – ou ao menos não deveriam afetar – tanto quanto as despesas envolvidas na pesquisa de criação e desenvolvimento do referido produto. Concluiu, portanto, o estudo que, aparentemente, as consumidoras acabam por absorver mais das despesas com desenvolvimento e produção que os consumidores (EUA, 2015).

A síntese é simples: empresas fornecedoras de tais produtos costumam alegar como fator de discrimen - ou seja, usam como justificativa - supostas adaptações realizadas em tais produtos para adequá-los ao coletivo que se identifica com o gênero feminino. No entanto, embora se comprovada tal justificativa fosse válida a distinção, a realidade é que nas embalagens as empresas não apresentam fatores distintivos relevantes o suficiente para justificarem as discrepâncias entre preços de produtos “para homens” e preços de produtos “para mulheres”. É escancarada e escandalosa a violação do princípio da igualdade, encartado na CF/88. Isso porque, ao se admitir que os fornecedores estabeleçam preços com base no gênero dos consumidores, está-se dando aval a que uma discriminação odiosa ocorra, onerando pessoas que têm identificação com o gênero feminino.

3.3 Cabimento das Ações Civis Públicas para regular a prática abusiva das “pink taxes”

A Ação Civil Pública é, materialmente, um direito fundamental. Como analisa Sarlet (2017, p. 960), “Trata-se de particularização do direito fundamental à tutela adequada, efetiva e tempestiva mediante processo justo.” Diga-se, em complemento, que, nesse sentido, também consiste em garantia dos direitos estabelecidos pela Carta Política e de meio de conformação das condutas tanto da Fazenda Pública.

Mas em que consiste esse instrumento protetor? Mazzilli, ao criticar o uso da expressão “Ação Civil Pública” pelo legislador na alcunhada lei das ACPs, traz uma conceituação do instituto (2007, p. 69-70):

A rigor, sob o aspecto doutrinário, a ação civil pública é a ação de objeto não penal proposta pelo Ministério Público. Sem melhor técnica, portanto, a Lei n. 7.347/85 usou a expressão “Ação Civil Pública para referir-se à ação para defesa de interesses transindividuais, proposta por diversos co-legitimados ativos, entre as quais até mesmo associações privadas, além do Ministério Público e outros órgãos públicos.

Mais acertadamente, quando dispôs sobre a defesa em juízo desses mesmos interesses transindividuais, o CDC preferiu a denominação ação coletiva, da qual as associações civis, o Ministério Público e outros órgãos públicos são co-legitimados.

Na visão do ilustre autor, trata-se de verdadeiro mecanismo de defesa dos interesses transindividuais. O objeto das ACPs, portanto, e como já observado, é bem expansivo. Engloba, assim, hipóteses que permitem a responsabilização de autores de condutas que causarem lesões a interesses difusos e coletivos (LOPES, 2009). Nessa toada, é de se proceder à subsunção da hipótese específica das “pink taxes” à norma e verificar se há real coincidência entre aquela e o objeto desta.

Nota-se, logo de cara, que a lei pretende tutelar os direitos do consumidor, bem como outros interesses, difusos ou coletivos, não expressamente colacionados em seu texto (art. 1º, II, c/c IV, Lei nº 7.347/85). Ora, é nítido que a prática dos preços sexistas se revela abusiva em diversos níveis. Configura uma quebra da isonomia entre os gêneros, em virtude de onerar mais uma categoria que, na verdade, merecia um tratamento diferenciado mais benéfico - as pessoas que se identificam com o gênero feminino - impondo um custo maior a esse grupo que historicamente é menos bem remunerado. Aqui há de se falar em verdadeira regressividade dos preços, uma isonomia material ao contrário: os mais marginalizados acabam por pagar mais por um mesmo bem de vida. Acompanhando essa tendência, vê-se que a ocorrência impacta diretamente na tributação, ocasionando o fenômeno da regressividade tributária, tendo em vista a base de cálculo maior que se impõe às mulheres, em virtude do preço maior dos produtos a elas voltados.

Se a base de cálculo sobre a qual incide a alíquota do tributo é maior, logicamente o resultado final da operação da incidência tributária, qual seja, o valor pago a título de tributo, será maior. Desta forma, por exemplo, se os produtos de higiene pessoal, como aparelhos de barbear, possuem um preço “x”, quando unissex ou quando voltados a pessoas que se identificam com o gênero masculino, e um preço “y”, maior que “x”, quando os produtos forem voltados ao público que se identifica com o gênero feminino (produtos “rosa”, por assim dizer), uma mera operação aritmética comprova que, sendo a base de cálculo referente a essa segunda tributação maior que a primeira, o resultado desta última também o será.

E mesmo que haja razões para a diferenciação - o que parece não ser o caso, conforme esclarecido pelo Departamento de Matérias Consumeristas de Nova Iorque (NY-DCA), atualmente chamado de Departamento de Proteção ao Consumidor e ao Trabalhador de Nova Iorque (NY-DCWP) - ainda assim a prática seria abusiva. Isso porque, caso haja um fator que justifique a discriminação, ele não tem sido exposto ou revelado. O direito a informação é garantido expressamente pelo CDC, norma de natureza supralegal que extrai sua fundamentação de forma direta das previsões da Carta Política constantes da ordem econômica e das disposições transitórias (SOUZA, et. al., 2015). O diploma mencionado foi criado como verdadeira mitigação da vulnerabilidade fática presente na relação de consumo em detrimento do consumidor. O legislador, nessa linha, estabeleceu o dever de informação ao fornecedor de bens e ao prestador de serviços com o intuito de resguardar e esclarecer a parte hipossuficiente dessa dinâmica diferenciada.

Ao não indicar expressamente nas embalagens tais motivos que as empresas alegam para justificar a diferença no custo de produtos femininos em comparação aos masculinos, tem-se claramente uma violação irretratável do direito do consumidor à informação. Destituí-lo do conhecimento necessário para fazer uma escolha informada acaba por aumentar a distância entre os dois polos dessa relação comercial peculiar, expandindo o fosso existente entre a realidade fática do fornecedor e a do consumidor.

O cabimento da Ação Civil Pública, desta forma, se revela notório: trata-se essa dinâmica de uma relação tipicamente costumeira na qual se contempla ou uma quebra da

isonomia, direito fundamental cravejado no bojo da Lei das Leis, ou uma prática abusiva, consistente na omissão de informações relevantes para uma escolha informada por parte das consumidoras. Inafastável, assim, o interesse coletivo *lato sensu* a ser protegido, tanto em uma hipótese quanto em outra.

Ademais, a tutela das consumidoras por parte do Ministério Público nessas hipóteses torna-se cada vez mais patente. Ocorrendo o fenômeno dos preços sexistas, há agressão ao direito fundamental a igualdade. Por outro lado, não ocorrendo tal fenômeno, em virtude de fatores que de fato justifiquem a desigualdade nos valores atribuídos aos bens femininos em comparação aos bens voltados ao público masculino, ainda assim seria necessário que houvesse a exposição de tais razões, de forma facilitada, tendo em vista que ao consumidor as informações devem ser prestadas com a maior clareza possível, sob pena de prática abusiva. É notável, pois, o encaixe das hipóteses em apreço às macrofinalidades do órgão ministerial, as quais já foram previamente elaboradas.

Não há como defender que nesses casos haveria mero interesse individual homogêneo em que ausente o interesse público. Pelo contrário. Uma violação direta à Carta Política de 1988 contra um coletivo demonstra a presença evidente e inafastável de interesse público.

Seria, assim, o caso de o órgão ministerial pleitear em juízo uma prestação consistente na regulação da abusividade dos valores cobrados, caso constatada a ausência de justificativa apta a embasar a distinção, ou a imposição de uma obrigação de fazer, consistente na exposição dos motivos que fundamentem a diferença nos valores cobrados por um e por outro produto.

4 JUSTIFICATIVAS CONSTITUCIONAIS À INTERVENÇÃO ESTATAL NO DOMÍNIO ECONÔMICO: REGULAÇÃO DE DISTORÇÕES E DISCRIMINAÇÕES INCONSTITUCIONAIS

Uma breve leitura das disposições constitucionais pertinentes à ordem econômica já autoriza que se conclua – de forma correta – que o Brasil adotou o modo de produção capitalista. Veja-se que a Lei Maior estabelece ser a ordem econômica fundada na livre iniciativa e no trabalho humano, estabelecendo, ainda, ser a livre concorrência e a propriedade privada princípios regentes de tal setor jurídico, os quais, por óbvio, são presenças constantes em estados liberais (SILVA, 2008).

Por outro lado, embora mencione tais marcos característicos do sistema de produção referido, essa opção é mitigada em virtude de determinados vetores que flexibilizam interesses individuais em prol do benefício coletivo, a exemplo dos princípios da função social da propriedade e da defesa do consumidor. Aqui é cabível um esclarecimento, por oportuno. A posição privilegiada ocupada pela livre iniciativa no ordenamento pátrio, a se considerar sua plúrima previsão constitucional, tanto como princípio da ordem econômica quanto como fundamento da própria República, pode levar à conclusão incorreta de que esta seria inafastável e absoluta. Não é bem assim. Sua interpretação deve ser conjugada com os determinantes limitadores de seu alcance, como a justiça social e o bem-estar coletivo e os demais princípios expressos da ordem econômica, como a defesa do consumidor e a tutela do meio ambiente. Ensinamento de Tavares sintetiza essa dinâmica extraordinária a que submetido este princípio (e, resguardadas as proporções, o próprio capitalismo em terras brasis) (2013, p. 35):

Não obstante a livre-iniciativa e todas as suas liberdades conexas serem constitucionalmente amparadas, ela jamais foi admitida em termos absolutos, ou seja, completamente livre de condicionamentos, por mínimos que fossem. Os condicionamentos à liberdade de iniciativa (privado-econômica) surgem exatamente na medida em que se constata a necessidade de garantir a realização da justiça social e do bem-estar coletivo. Nesse sentido, a liberdade privada em dedicar-se a uma determinada atividade econômica significa tão somente liberdade de desenvolvimento

dessa atividade no quadro estabelecido pela Constituição, que aqui se torna Constituição-garantia em duplo sentido, para o empresário e para a sociedade e, portanto, com limites em ambas as dimensões. Este é o motivo pelo qual se pode afirmar validamente que a liberdade de iniciativa se exerce dentro dos parâmetros, fazendo-se compreender, no texto constitucional, a abertura para a criação de limites e restrições por via da lei, desde que proporcionais, quer dizer, plausíveis e compatíveis com a própria Constituição.

Aliás, acompanha essa concepção o fato de a redação do *caput* do art. 170 da Carta Magna prever expressamente a conformação da ordem econômica aos ditames da justiça social, sinal mais que indicativo desse mencionado ajuste dos interesses privados à finalidade pública. Isso significa que, em vez de ser adotada uma perspectiva na qual interesses individuais prevalecessem de forma irretroatável sobre quaisquer outros, a se admitir, por exemplo, o caráter absoluto da propriedade, o que permitiria, desta forma, a prática de atos emulativos, preza-se por uma realidade na qual o bem comum sobrepuje o mero benefício do indivíduo. É essa, em verdade, a noção de justiça social em seu âmago, em sua concepção mais íntima: a determinação de que todas as atuações humanas devam ser voltadas ao bem comum (FERREIRA FILHO, 2012). Essa conceituação simplista, todavia, não permite que o debate se desenvolva para identificar as reais proporções nas quais ocorre a adaptação do cenário econômico a esse ditame, o que demanda, em consequência, uma definição mais técnica. Aqui, é conveniente a lição dada por Eros Grau (2015, p. 224), ao esclarecer a ideia real do instituto e seu impacto social:

Justiça social, inicialmente, quer significar superação das injustiças na repartição, a nível pessoal, do produto econômico. Com o passar do tempo, contudo, passa a conotar cuidados, referidos à repartição do produto econômico não apenas inspirados em razões micro, porém macro econômicas: as correções na injustiça da repartição deixam de ser apenas uma imposição ética, passando a consubstanciar exigência de qualquer política econômica capitalista.

Nessa toada, o Constituinte, ao estabelecer a justiça social como regente de toda ordem econômica e condicionar e atribuir finalismo a esta ordem, revela patente predileção pela abertura de um intervencionismo estatal legitimamente voltado a concretizar o mapa traçado na Carta de Outubro. A Justiça Social seria, desta forma, o fim último que deve perseguir a ordem econômica pátria, com o intuito de preencher de materialidade os até então abstratos objetivos constitucionais, como o desenvolvimento nacional e a erradicação da pobreza. Aliás, o previamente mencionado autor acompanha essa perspectiva, ao identificar a forma legítima pela qual deve ser interpretada a cabeça do Art. 170 (2015, p. 66):

Analisado, porém, com alguma percuciência o texto, o leitor verificará que o art. 170 da Constituição, cujo enunciado é, inquestionavelmente normativo, assim deverá ser lido: as relações econômicas – ou a atividade econômica – *deverão ser (estar)* fundadas na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim (fim delas, relações econômicas ou atividade econômica) assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios... (grifos do autor)

Reforça-se essa tese com a contemplação de que, dentre os fundamentos da república, além de serem elencados os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, também foi prevista a dignidade da pessoa humana e, logo depois, dentro dos apontados como objetivos fundamentais, vislumbrou-se a redução das desigualdades sociais e regionais. Ora, esses valores são verdadeiros reflexos da Justiça Social, que aqui se defende ser vetor interpretativo da atuação econômica. Não haveria Justiça Social sem a justiça distributiva, que atua para reduzir desigualdades; além disso, um ordenamento no qual haja disparidades econômico-sociais

graves não pode ser considerado como garantidor da dignidade da pessoa humana, uma vez que dentro desta se enquadra aquilo que se convencionou chamar de mínimo existencial.

Dentro ainda desse paradigma interpretativo que adapta os valores econômicos à realidade social inaugurada pela nova ordem jurídica, é de se ressaltar um outro princípio cuja existência intervém na seara econômica, a função social da empresa. Em termos claros (TAVARES, 2013, p. 106):

[...] a função social impõe às empresas, também, algumas responsabilidades e deveres. Isso, pois, em uma interpretação ampla, o bem-estar do coletivo e o interesse geral (almeçados pela função social) não podem ser sobrepujados completamente pelos interesses particulares. Portanto, o mero funcionamento da empresa e da correspondente atividade empresarial não é suficiente para garantir que sua função social seja atingida. Em outras palavras, existem limites à liberdade econômica e de busca pelo lucro – o que é salutar, diga-se de passagem, mesmo em uma economia de mercado. O que se impõe é que a empresa concilie – no que se tem um delicado convívio – seus interesses particulares com interesses coletivos ou sociais constitucionalmente avalizados. [...] mostra-se evidente que a função social da empresa se apresenta como uma limitação à autonomia privada da busca ao lucro. É desnecessário dizer que a busca pelo lucro não apenas é constitucionalmente legítima, pois [...] é constitutiva da ordem econômica do Brasil. Contudo, uma busca desenfreada, socialmente deletéria, que não respeite outros valores constitucionais, estará impossibilitando que a empresa exerça sua função social.

É de se verificar a inter-relação estabelecida entre a função social da empresa e os valores mais queridos pela ordem econômica, aqueles os quais o constituinte achou por bem enunciar expressamente no bojo da lei maior, destacando o respaldo e a relevância de tais caracteres. Dentro de uma atuação que compreenda o preenchimento e o atendimento da função social da empresa estar-se-á, na maioria das vezes, senão em todas, atingindo as finalidades estabelecidas pela Carta Política naquilo que cravejado no art. 170, ou seja, ocorre o fenômeno da instrumentalização da ordem econômica para o atingimento da justiça social, através da valorização do trabalho e da livre iniciativa. Do que exposto, portanto, fica evidente que há um claro diálogo estabelecido entre a livre iniciativa e a determinação constitucional de atingimento da justiça social, quando se identifica que a livre iniciativa em vez de ser excluída é fomentada pelo objetivo de justiça social, pois esta última também garante o atingimento daquela primeira através de uma isonomia material.

De uma interpretação, quer isolada, quer sistemática, da ordem econômica pelos princípios mencionados, é possível notar que há uma tendência constitucional a respaldar o agir do Estado diante de práticas mercantis e econômicas que destoem do mapa confeccionado pelo constituinte. Todavia, é também de se mencionar que a mera previsão de instrumentos de atuação estatal na economia, aptos a permitir que o governo regule ou diminua distorções comuns do modelo de produção adotado, não afasta o caráter predominantemente capitalista do Estado pátrio. Na verdade, é justamente o contrário: existem esses mecanismos até mesmo para garantir a livre concorrência e coibir os efeitos indesejáveis do capitalismo, como a concentração dispar de riquezas e o possível surgimento de monopólios (SOUSA, 2017). Assim, não há uma necessária incompatibilidade entre os postulados mencionados e a intervenção do Estado como regulador do mercado, mas uma verdadeira relação simbiótica.

Ademais, não se pode usar princípios como a liberdade contratual para que se legitimem discriminações como a analisada durante todo esse estudo. Em virtude do desenho constitucional elaborado pela CF/88, resta evidente que a autonomia contratual, como manifestação da ordem econômica, encontra uma série de limitações, inclusive se levado em conta o princípio da função social do contrato. Na verdade, mesmo se ignorados fossem os princípios regentes de tal ordem, ainda assim às práticas abusivas em âmbito privado seriam

impedidas e rechaçadas: é que os direitos fundamentais não são oponíveis apenas ao Estado, mas também aos particulares entre si, podendo-se falar, hoje em dia, em eficácia vertical e horizontal. Além disso, considerando a força normativa da Constituição, esta efetua uma verdadeira filtragem do conteúdo das normas, a estabelecer que tudo que esteja abaixo dela hierarquicamente seja com ela compatibilizado, em termos de interpretação. Ou seja, as leis e os atos públicos serão interpretados conforme a Constituição, a se evitar visões que com esta última destoem. Nessa senda, inadmissível compreender como absoluto o direito de contratar.

Admitida a atuação estatal com o intuito de regular distorções mercadológicas e abusos cometidos por fornecedores de produtos e prestadores de serviços, deve-se ter em mente que o fenômeno estudado – os preços sexistas – deve ser enfrentado por todas as esferas de Poder. Ao Poder Legislativo cumpre a confecção de disposições regentes que coíbam a prática desse tipo de abuso. Já quanto ao Poder Executivo, este, no uso de suas atribuições típicas, deve fiscalizar as ocorrências fáticas e aplicar a lei, posto que, como o nome já prenuncia, sua atuação é de execução, executa a lei. Em arremate, no que tange o Poder Judiciário, é evidente que este atuará, quando acionado, para pacificar conflitos sociais pacificando a sociedade e afastando práticas abusivas ou que se apresentem desconformes com o disposto na CF/88.

Ora, se admitida a existência do fenômeno, ter-se-ia quebra da isonomia e impactos negativos nos princípios da ordem econômica que garantem justiça social; já se não admitida por haver motivo que enseje a distinção e sendo ausente a descrição dos diferenciais, flagrante a existência de quebra do dever de publicidade que resulta no direito à informação outorgado aos consumidores. Em qualquer dos casos, é contemplável um direito a ser tutelado pelo Poder Judiciante. E é nesse ponto que se justifica a atuação ministerial, dentro do instrumento de tutela coletiva conhecido como Ação Civil Pública. Pelo instrumento, o Poder Judiciário, após seu acionamento pelos legitimados para o manejo dessa espécie de petição, defendendo-se, com esteio no encimado, a legitimidade do órgão ministerial, poderá regular a economia e tutelar o interesse dos vulneráveis na situação relacional abordada. Assim, plenamente legítimo o uso do instrumento e, da mesma forma, legítima também a atuação do “parquet”.

5 CONCLUSÃO

Em apertada síntese, o ordenamento jurídico pátrio, não obstante a cláusula de isonomia exposta expressamente no art. 5º, ainda tem um caminho árduo e longo a percorrer. Acompanhando uma linha oposta à tendência de igualdade de gênero imposta pela Carta Constitucional vigente, o âmbito econômico revela-se permeado de dinâmicas desleais e abusivas, a exemplo das “pink taxes”, exploradas nesse diálogo. O fenômeno, consistente na prática negocial de atribuir um preço maior a produtos voltados a pessoas que se identificam com o gênero feminino, mesmo não havendo fatores que justifiquem tais distinções, acaba por ampliar ainda mais o “social gap” existente entre os gêneros, impactando no âmbito tributário, ocasionando distorções negativas na sociedade (a exemplo de uma verdadeira tributação regressiva em tais hipóteses, em virtude da maior cobrança efetuada a uma camada social que historicamente é menos bem remunerada que os homens) e prejudicando o plano de igualdade idealizado pelo constituinte.

A fim de remediar tal situação, uma possível luz no túnel surge: a tutela judicial. Levando em consideração a interpretação majoritária do disposto na carta política quanto à ordem econômica, no sentido de se possibilitar uma atuação dos poderes com o fim de equalizar a esfera econômica, garantir justiça social e promover o desenvolvimento nacional, é de se considerar legítima uma atuação judicial, após seu acionamento pelos interessados, que determine o controle e a supressão de práticas abusivas como o fenômeno dissecado previamente. Nessa linha, é nítido o cabimento da Ação Civil Pública, instrumento de que certos legitimados podem lançar mão para garantir a tutela de direitos coletivos lato sensu, na hipótese

de se buscar uma regulação, ou até mesmo uma vedação, das “pink taxes” no comércio pátrio. Isso porque a hipótese envolve, obviamente, direito consumerista, mas, mais que isso, engloba também a concretização de um direito constitucionalmente garantido e uma das pedras de toque do ordenamento vigente, a igualdade material. Ademais, tangencia postulados relevantíssimos e matérias queridas pelo constituinte originário, como a justiça social e o desenvolvimento nacional sustentável.

É de se mencionar, pois, que, em tais situações, em virtude do legítimo e evidente interesse público adjacente, torna-se notória e inafastável a possibilidade de atuação do Ministério Público, por vias de ACP, para pleitear ao poder judicante que promova o controle desses abusos.

Embora a atuação do órgão ministerial não seja incondicionada, exigindo-se a presença de interesse público a ser tutelado, este, na hipótese, por envolver práticas anti-igualitárias, desleais, possivelmente violadoras do dever de informação do consumidor e da boa-fé objetiva, é inegável. Portanto, nítido é que o “parquet” pode – e deve – atuar em prol de obstaculizar tais ocorrências, dando novo respaldo à letra da constituição, já há muito violada.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Adriano; MASSON, Cléber; ANDRADE, Landolfo. **Interesses difusos e coletivos esquematizado**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016.

AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

ALVIM, José Eduardo Carreira. Direito à segurança e dever de segurança – Ação Civil Pública como instrumento de defesa da cidadania. **Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região**, Tribunal Regional Federal da 3ª Região, São Paulo, n. 77, p. 85-98, mai/jun., 2006. Disponível em: <https://www.trf3.jus.br/lpbin22/lpext.dll?f=templates&fn=main-h.htm&2.0>. Acesso: 28 nov. 2020.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

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

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso: 09 ago. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 2.181, de 20 de março de 1997**. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2181.htm. Acesso em 01 nov. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 144.030, Goiás**. Recorrente: Ministério Público do Estado de Goiás. Recorrido: Estado de Goiás. Relator Ministro Gilson Dipp, Brasília, 24 nov. 2002. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=199700570584&dt_publicacao=18/12/1998. Acesso: 13 set. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 308.486, Minas Gerais**. Recorrente: TV Vídeo Cabo de Uberlândia LTDA. Recorrido: Ministério Público do estado de Minas Gerais. Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Brasília, 24 jun. 2002. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200100268102&dt_publicacao=02/09/2002. Acesso em 05 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 472.489, Rio Grande do Sul**. Agravante: Instituto Nacional da Seguridade Social – INSS, Agravado: Ministério Público Federal. Relator Ministro Celso de Mello. Brasília, 29 abr. 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=544157>. Acesso em 09 dez. 2020.

BUENO, Cássio Scarpinella. A Ação Civil Pública e o Poder Público. **Universitária: Revista do Curso de Mestrado em Direito das Faculdades Integradas Toledo de Araçatuba**. Vol. 4, n. 1, pp. 81/106, Editora da Universidade, Araçatuba, jul. 2004.

CARVALHO, Flávia Xavier de; MANDALOZZO, Silvana Souza Netto. Gênero: uma história de luta no Brasil. **Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, PR, v. 3, n. 32, p. 72-82, jul./ago. 2014. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/94236>. Acesso: 08 out. 2020.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

EUA. Department of Consumer Affairs. **From Cradle to Cane: The Cost of Being a Female Consumer**. DCA: Nova Iorque, 2015.

FERREIRA FILHO. Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988: Interpretação e Crítica**. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

LOBO, Bárbara Natália Lages. **O direito à igualdade na Constituição brasileira: comentários ao Estatuto da Igualdade Racial e a Constitucionalidade das Ações Afirmativas na Educação**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

LOPES, Roberta Castilho Andrade. **Ação Civil Pública e ajustamento de conduta em áreas de proteção aos mananciais na região metropolitana de São Paulo**. 184 p. Dissertação (Mestrado em Arquitetura e Urbanismo) - Faculdade de Arquitetura e Urbanismo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

MADEIRA, Thereza Catharina Afonso Ferreira. A ação civil pública como instrumento do Ministério Público na defesa de interesses individuais para tratamentos de saúde. **Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União**. Escola Superior do Ministério Público da União - ESMPU, Brasília, ano 17, n. 52, p. 173-206, jul./dez., 2018.

Disponível em: <http://escola.mpu.mp.br/publicacoes/boletim-cientifico/edicoes-do-boletim/boletim-cientifico-n-52-julho-dezembro-2018>. Acesso: 25 nov. 2020.

MARIMPIETRI, Flávia. Pink Tax e o direito das consumidoras. **Revista Direito UNIFACS - Debate Virtual**, n. 206, s.n., Ago 2017. Disponível em:

<https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/4971>. Acesso: 29 set. 2020.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Manual do Promotor de Justiça**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed. Rio de Janeiro: Método, 2020.

PADILHA, Rodrigo. **Direito Constitucional**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SOUSA, Roger Vítório Oliveira. **O Desenvolvimento nacional programado e o fomento às micro e pequenas empresas e ao microempreendedor individual: um exame à luz do direito brasileiro**. 72 p. Dissertação (graduação em bacharelado em Direito) – Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Estadual do Piauí – UESPI, Teresina, 2017.

SOUZA, Carlos Henrique Medeiros de; LIMA, Náthani Siqueira; LAURO, Rogério Gomes de; AMARAL, Shirlena Campos de Souza. O Código de Defesa do Consumidor no contexto do Ordenamento Jurídico brasileiro e a Teoria do Diálogo das Fontes. **Interscience Place - Revista Científica Internacional**, nº 02, vol. 10, p. 88-103, abr./jun., 2015.

TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional da Empresa**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

VALENTE, Tarcísio Regis. **A tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos na esfera trabalhista**. 2007. 221 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/7760>. Acesso: 29 nov. 2020.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. Direitos Coletivos lato sensu: definição conceitual dos direito difusos, dos direitos coletivos stricto sensu e dos direitos individuais homogêneos. In: AMARAL, Guilherme Rizzo; CARPENA, Márcio Louzada (Coords.). **Visões Críticas do Processo Civil brasileiro: uma homenagem ao Prof. Dr. José Maria Rosa Tesheiner**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

ZAVASCKI, Teori Albino. Ministério Público e Ação Civil Pública. **Revista de informação legislativa**. V. 29, n. 114, p. 149-156, abr./jun., Brasília, 1992. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176080>. Acesso: 06 out. 2020.