

TEMA CENTRAL: O EXAME DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS E DOS PROJETOS DE LEIS QUE ASSEGURAM AOS *PERSONAL TRAINERS* O LIVRE ACESSO ÀS ACADEMIAS DE GINÁSTICA, ORA GRATUITA, ORA ONEROSAMENTE

– A natureza, em parte civil e em parte consumerista, das relações jurídicas em jogo.

Natureza do estudo: parecer jurídico

Consulente: Associação Brasileira de Academias – Acad Brasil

Parecerista: Carlos Ayres Britto



Parecer Jurídico

Sumário: 1. A natureza do estudo. 2. A consulente e o objeto de sua consulta. 3. Os quesitos da associação consulente. 4. O regime constitucional da lei e do seu exame de validade. 4.1. A estrutura escalonada ou ortodoxamente hierarquizada do Direito Positivo. 4.2. A estrutura escalonada da Ordem Jurídica brasileira e sua base normativo-constitucional. 4.3. A estrutura escalonada do Ordenamento Jurídico brasileiro à base de normas de aplicabilidade primária, secundária e terciária da Constituição. 5. Os sujeitos de direito e as relações jurídicas subjacentes às leis e aos projetos de lei de que trata a consulta. 6. A natureza jurídica das relações triangulares entre academia de ginástica, alunos e *personal trainers* autônomos. 7. A necessária distinção conceitual entre a contratualidade simplesmente civil e a consumerista das relações jurídicas a que se reportam as leis e os projetos de leis objeto da consulta. 8. A metodologia ortodoxamente constitucional-positiva do presente estudo, por incidir sobre temas que têm na Constituição Federal o seu mais centrado ponto ou genuíno berço de normatividade. 9. O necessário retorno à identificação da natureza jurídico-civil da relação entre os profissionais autônomos de educação física (*personal trainers*) e as academias de ginástica. 10. Os institutos de Direito Civil que permeiam a específica relação jurídica entre as empresas de academia de ginástica e os profissionais autônomos que se definem como *personal trainers*. 11. A inconstitucionalidade formal ou orgânica das leis e projetos de lei em questão também sob o prisma do trabalho desempenhado pelos *personal trainers*. 12. O sentido constitucional de “consumo” e o espaço reservado aos Estados para a respectiva



conformação legislativa. 13. Os diplomas normativos sob exame e seu desbordamento do conceito constitucional de legislação suplementar. 14. O tema da competência legislativa dos Municípios em “assuntos locais” (inciso I do art. 30 da Constituição). 15. A colisão material entre a Constituição e os diplomas jurídicos a que se reporta a consulta. 16. Respostas aos quesitos da associação consulente. 17. FECHO.



1. A natureza do estudo

1.1. O estudo, que ora inicio, é constitutivo de parecer jurídico. Assim entendido o ponto de vista resultante da objetiva descrição dessa ou daquela figura de Direito Positivo. Descrição puramente objetiva dessa ou daquela figura de Direito Positivo, sim, feita na perspectiva da identificação do respectivo regime jurídico.

1.2. Quanto ao conceito de regime jurídico, faço-o no sentido técnico de **modo normativo de ser de qualquer tema da vida que o Direito Positivo venha a tornar alvo de suas abstratas enunciações**. Venha a tornar alvo ou conteúdo desse ou daquele dispositivo em apartado, ou então já imerso no sistema de comandos em que ele, Direito Positivo, afinal se constitui. Com o que passam a se identificar tema da vida – a conhecer por modo técnico – e figura de Direito – a revelar por modo objetivo. Um e outro modo sob o mais rigoroso critério de imparcialidade do analista, portanto.

2. A consulente e o objeto de sua consulta

2.1. Identifico o objeto da consulta e sua autora. Esta, a Associação Brasileira de Academias (“Acad Brasil”), associação civil de caráter nacional, com sede administrativa no Rio de Janeiro, Estado do mesmo nome, e representativa de todas as academias de ginástica do Brasil.¹ Aquele, consistente no exame de constitucionalidade de leis e projetos de leis, das

¹ Como, aliás, se depreende da própria dicção do inciso II do art. 2º de seu Estatuto: “Congregar as academias de atividades físico-desportivas de todo o território nacional, colaborar na defesa da classe e promover debate, análise e pesquisa de temas de interesse dos membros”

quatro esferas da Federação, todos versantes sobre o livre acesso de profissionais de educação física (*personal trainers*) às academias de ginástica.

2.2. Mais especificamente falando, põem-se como focado objeto de investigação jurídica as leis e os projetos de lei que, em sua maioria, garantem aos *personal trainers* o livre acesso a alheios estabelecimentos de ginástica, ora gratuitamente, ora por forma onerosa. ***Personal trainers* particularmente contratados por seus alunos, mas não contratualmente vinculados às academias para a prestação desses individualizados serviços.** Havendo, ainda, diplomas que: a) se limitam a tornar desembaraçado o trânsito dos profissionais autônomos pelas academias em causa, ressaltando, porém, a possibilidade da exigência de contrapartida financeira; b) vedam qualquer tipo de cobrança a alunos ou então a *personal trainers*, mas possibilitam às academias de ginásticas a imposição de medidas restritivas ao respectivo acesso.

2.3. Ainda quanto ao quadro factual-jurídico subjacente ao presente estudo, que diz a consulente? **Que há notícia de, pelo menos, três decisões liminares suspensivas dos efeitos das leis já efetivamente publicadas. Todas proferidas por juízos estaduais que nelas identificaram traços de inconstitucionalidade, tanto de ordem formal quanto material.**

3. Os quesitos da associação consulente

3.1. Esse *o pano de fundo* que responde pelos quesitos da consulente, a mim apresentados para o devido equacionamento jurídico. Ei-los:

I – “Leis municipais e estaduais que obrigam as academias de ginástica a aceitar, gratuitamente ou não, a prestação de serviços por *personal*



trainers em suas instalações – ou mesmo que apenas vedam a possibilidade de cobrança em caso de livre aceitação desses profissionais –, violam a competência da União para legislar sobre ‘direito civil’, ‘direito comercial’ e ‘condições para o exercício de profissões?’”

II – “Do ponto de vista substantivo, o conteúdo dessas leis é compatível com a Constituição Federal?”

III – “A Acad reveste-se de legitimidade *ad causam* para impugnar as leis objeto da consulta em ações de controle concentrado de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal?”

4. O regime constitucional da lei e do seu exame de validade

4.1. A estrutura escalonada ou ortodoxamente hierarquizada do Direito Positivo

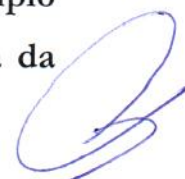
4.1.1. Bem, o caso é de típico exame *in abstracto* de constitucionalidade. Assim entendido o juízo de validade das normas de aplicação primária da Constituição. O que implica reconhecer a cientificidade do seguinte e prévio juízo técnico: a Constituição de 1988 optou por um modelo acabado de estruturação do Direito brasileiro como uma ordem hierarquizada de comandos imperativos ou cogentes. Mas imperativos ou cogentes por forma heterônima. Não pela autonomia de vontade dos seus destinatários, portanto. Ordem escalonada, prossigo, em patamares de “infra-supra-ordenação”², no sentido de que **uma norma jurídica sempre retira o seu fundamento de validade de outra norma igualmente jurídica e que lhe seja**

² Ver KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 246-263.

hierarquicamente superior. Estrutura metaforicamente visualizada pelo jurisconsulto Hans Kelsen sob a forma de uma pirâmide. Isso para elucidar que as tipologias de normas jurídicas ocupam certos degraus ou patamares dessa idealizada pirâmide, em cuja base se alocam as normas de máxima particularidade, concretude e pessoalidade.

4.1.2. Já no ápice ou cume ou topo de tal pirâmide se põe, com exclusividade, o espécime jurídico de nome Constituição Positiva. Constituição que, reversamente, imprime a si mesma uma compostura normativa de máxima generalidade, abstratividade e impessoalidade. **Com a peculiaridade de que ela própria, Constituição Positiva, é a primeira e mais alta norma dessa ortodoxa estrutura hierarquizada que o Direito Positivo brasileiro assim exhibe. Mas a primeira e mais alta norma jurídica porque instauradora ou fundadora ou inaugural dele, Direito Positivo brasileiro, mantendo-o, além do mais, sob o seu permanente controle.** Vale dizer, a Constituição de 1988 como norma inaugural ou fundadora ou instauradora dele, Direito Positivo brasileiro enquanto sinônimo perfeito de Ordenamento Jurídico ou então “ordem jurídica”. Nome preferido, este último, pela cabeça do art. 127 da mesmíssima Constituição brasileira de 1988. Com a sobredita característica de permanecer ele, Direito Positivo brasileiro, debaixo do mais rígido controle de sua norma inaugural.

4.1.3. Por este vincado prisma de entendimento da Constituição e do Ordenamento Jurídico por ela instaurado, o que se tem, destarte, é a superior hierarquia da primeira. A supremacia da primeira sobre o segundo, na acepção de que ela é o ponto de partida das coisas e o próprio mecanismo de controle de tudo. Ela a fazer do Direito uma ordem escalonada de normas e a tê-lo sempre à sua mercê. Sem emancipá-lo jamais. **Com o que se tem o princípio maior – em sentido operacional ou instrumental - da supremacia da**



Constituição. Que não é senão a Constituição a não emancipar jamais (torno a dizer) o Sistema de Direito Positivo por ela inaugurado. A manter sob o seu controle o Sistema Jurídico por ela fundado e do qual faz parte como fonte, ímã e bússola. Tudo ao mesmo tempo.

4.2. A estrutura escalonada da Ordem Jurídica brasileira e sua base normativo-constitucional

4.2.1. Para além das teorias, porém, por sofisticadas ou bem elaboradas mentalmente que sejam, eis como a Constituição brasileira de 1988 dispôs sobre a estrutura piramidal da ordem jurídica por ela instaurada:

I – Pelos seus dois primeiros títulos normativos, cuidou dos “Princípios Fundamentais” e dos “Direitos e Garantias” igualmente “Fundamentais”, para deixar claro que estava a instaurar ou fundar um Ordenamento Jurídico virginalmente novo. Novinho em folha – permito-me a metáfora –, do ponto de vista lógico. Não cronológico, menos ainda histórico ou mesmo sociológico, por evidente. São as matérias conformadas por esses dois títulos introdutórios (Títulos I e II, respectivamente), abarcantes dos artigos de n.ºs. 1º a 17;

II – Assim reivindicando para si a força de inaugurar a Ordem jurídica brasileira, a Constituição de 1988 passou a cuidar da respectiva dinamização ou atualização. Que se traduz no laborar em que? No campo da completude eficaz dela própria, Constituição. Fazendo-o, atente-se, por dois modos centrais. O primeiro, para listar as competências legislativas de cada qual das pessoas jurídico-políticas da Federação brasileira: União, Estados, Distrito Federal e Municípios.



Tanto as competências privativas da União (já exercidas nos atos legislativos de aplicação direta ou primária ou primeira da Constituição, listados no art. 59) quanto as dos demais entes federados e, ainda, aquelas concomitantes ou concorrentes ou comuns – arts. 22, 24, 25 (*caput*), 29 (cabeça), 30 (incisos I e II) 32 (*caput*) e § 1º. Já o segundo modo de dinamização da Ordem Jurídica, ele se traduz na indicação, também diretamente feita pela Constituição Federal, de atos normativos imediatamente infralegais. Atos normativos imediatamente infralegais, de que os decretos e regulamentos são a mais tipificada ilustração (inciso IV do art. 84);

III – À derradeira, e para manter sob seu permanente controle e fiel serviço o Sistema de Direito Positivo por ela inaugurado e autorizado a se dinamizar, a Constituição: a) erigiu a cláusulas pétreas certas matérias (§ 4º do art. 60, com seus incisos de I a IV); b) impôs ao Supremo Tribunal Federal, “precipuamente”, “a guarda” dela própria, “Constituição” (inciso I do art. 101). Assim como impôs ao Superior Tribunal de Justiça igual competência em relação à lei federal, nos precisos termos do seu art. 105, inciso III, alíneas *a*, *b* e *c* (dando-se que, na primeira dessas alíneas, ainda foi incluída a figura dos tratados internacionais).

4.3. A estrutura escalonada do Ordenamento Jurídico brasileiro à base de normas de aplicabilidade primária, secundária e terciária da Constituição

4.3.1. Em linhas gerais, ou à guisa de síntese desta descrição do que me parece a vontade objetiva da Constituição quanto à montagem de uma



Ordem Jurídica brasileira de ortodoxa hierarquia ou de rigoroso esquema de infra-supra-normatividade, formulo os seguintes juízos:

I – todos os atos normativos brasileiros se identificam pela sua mais servil obediência ao primeiro deles: a Constituição de 1988. Contudo, tal serviência é de se dar: a) por um modo direto ou primeiro ou primário, em se tratando dos atos legislativos a que se reporta o art. 59 dela própria, Constituição (com a ressalva da posição especial das emendas constitucionais); b) por um modo indireto ou secundário ou diferido, em se tratando dos decretos e regulamentos executivos, pois a submissão direta de todos eles se dá em face da lei como ato paradigmático de aplicação primeira do Magno Texto Federal; c) por um modo também indireto ou diferido, porém de feição terciária, em se tratando de instruções ministeriais ou de resoluções administrativas. Isso porque editado para a fiel execução dos decretos e regulamentos executivos. Tanto quanto estes somente são editados para a fiel execução das leis;

II – A título de complemento dessa engenhosa arquitetura de infra-supra-ordenação, tomam assento os institutos dos regimentos internos e dos tratados, atos e convenções internacionais. A exibir natureza híbrida quanto à sua dimensão hierárquica.

4.3.2. Já no que interessa à elaboração do presente parecer jurídico, a síntese ainda mais apertada é a de que à centralidade direta ou primária ou primeira da lei corresponde o mister de cumprir com toda fidedignidade os desígnios formais e materiais da Constituição.



4.3.3. Assim fixadas estas premissas, é de se perguntar: as leis e projetos de lei aqui mencionados operam no âmbito normativo constitucionalmente destinado aos Estados e aos Municípios? Ou, ao contrário, eles avançam sobre a competência legislativa que a mesma Constituição reserva ao ente central da União? Mais: em termos de conteúdo, os direitos e deveres neles inscritos guardam conformidade material com a Lei das Leis do País? São os desafios temáticos a seguir enfrentados.

5. Os sujeitos de direito e as relações jurídicas subjacentes às leis e aos projetos de lei de que trata a consulta

5.1. Nesse mais focado enfrentamento cognitivo do tema, meus primeiros passos se direcionam para as leis e os projetos de leis que disponham sobre os sujeitos de direitos e as relações jurídicas já anunciados no próprio título deste parecer. O que faço para assentar que, subjetivamente, a imposição legal do livre ou então do gratuito acesso dos *personal trainers* a alheios estabelecimentos de ginástica alcança: a) a esfera de movimentação jurídica dos alunos ou pessoas físicas nelas matriculados; b) por modo ainda mais direto, elas próprias como pessoas jurídicas ou empresas de prestação de serviços privados; c) os *personal trainers*, obviamente.

5.2. Quanto à categoria jurídica dos alunos, a disciplina legal lhes afeta, sim, pela ampliação das suas possibilidades de atendimento personalizado no próprio espaço físico das academias. Nas próprias dependências arquitetônicas das academias de ginástica, então. Isto porque tais alunos passam a fazer uso da liberdade de escolha do profissional responsável pelo seu pessoal treinamento. **Um profissional de fora, no sentido de que diretamente contratado por eles, alunos, e não pelo estabelecimento mercantil em**



que toda academia privada de ginástica se traduz. Do que pode resultar, assim, tanto uma direta quanto indireta desoneração por esse personalizado e heterodoxo serviço; quer dizer, desoneração direta ou então indireta aos alunos, pois o que intentam as leis e os projetos de lei em causa é a proibição das duas válidas e corriqueiras fórmulas de que se valem as academias de ginásticas para disponibilizar suas instalações, equipamentos e pessoal administrativo aos *personal trainers* autônomos ou sem vínculo empregatício com elas. Fórmulas que se inserem no objeto social das academias e que se traduzem em: a) cobrança de um determinado custo financeiro aos alunos, a título de acréscimo à mensalidade já ordinariamente paga pelo contratual direito de acesso à Casa e fruição dos respectivos serviços; b) ou, mais comumente até, cobrança desse custo adicional ao *personal trainer*, pessoal e diretamente. Dando-se que, em tal situação, o sobrevalor acaba por ser repassado (ao menos parcialmente) pelo profissional-contratado ao aluno-contratante. **Seja como for, somente é definível como válida relação de consumo a prestação de uma utilidade que já se contenha no objeto social ou ramo de negócio do respectivo fornecedor/prestador.** O que não ocorre nas prefigurações objeto da consulta, pois as leis e os projetos de lei em causa o que intentam é embutir no ramo de atividade mercantil das academias um serviço para cuja prestação elas não se dispõem; qual seja, a obrigação de receber alunos com seus particulares *personal trainers* a tiracolo. Sem consideração, portanto, à livre formação da vontade contratual delas, academias de ginástica.

5.3. De outra parte ou sob o prisma das empresas em que consistem as academias, os diplomas jurídicos em foco lhes impõem, conforme dito, um heterodoxo tipo de sujeição. Um heterodoxo tipo de sujeição, exatamente pela vinculação que estabelecem: a) entre elas e os *personal trainers*; b) entre elas e os alunos, mas por efeito do primeiro vínculo. **Por efeito ou consequência da**

indevida intromissão dos *personal trainers* na originária e natural relação entre quem monta uma academia de ginástica e aqueles indivíduos que dela precisam para manter, ou aprimorar, ou recuperar sua forma física. Ali, um empreendedor econômico ou empresário que se dispõe a prestar, remuneradamente, um serviço específico e divisível ao público-alvo dos alunos. Aqui, um tomador eventual dessa modalidade de serviço. Um tomador que remunera o prestador, naturalmente. Sem se perguntar, também naturalmente, sobre o custo da contratação empregatícia de um *personal trainer*, ou mais de um, pelo agente responsável pela concepção, montagem e efetiva operacionalização do estabelecimento de que venha a fazer parte como aluno. Logo, situação distinta daquelas prefiguradas nas leis e nos projetos de lei sob comento, pois, nesses diplomas, tudo é de se dar à revelia da vontade contratual das academias. Por consequência, tudo é de se dar à margem do conceito jurídico de relação de consumo.

6. A natureza jurídica das relações triangulares entre academia de ginástica, alunos e *personal trainers* autônomos

6.1. Vê-se, então, que, no plano objetivo de ambas as tipologias de relações jurídicas, os textos sob análise veiculam um permanente enlace. Promovem uma transversalidade ou um entrecruzar de liames das três categorias de sujeitos jurídicos, tendo por ponto de unidade a figura do estabelecimento comercial³. Sem atinar, contudo, para a essencial consideração constitucional (inciso XXXII do art. 5º e inciso V do art. 170, ambo da Constituição) de que, entre a empresa de ginástica e os assim chamados alunos, o que transcorre é uma ortodoxa relação de

³ Amador Paes de Almeida define estabelecimento comercial como “o conjunto de bens materiais e imateriais (‘coisas simples e compostas, singulares ou coletivas, agregadas num todo’)”. *Manual das Sociedades Comerciais – Direito de Empresa*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 46.



consumo. Relação de consumo⁴, porém neste exato sentido: oferta e correspondente fruição, em caráter final ou definitivo, de uma determinada utilidade a que se destine, economicamente, essa ou aquela empresa. Utilidade material, ou imaterial. Sob a forma de produto ou então, como se dá na hipótese, sob a roupagem de um destacado serviço. Serviço mercadologicamente disponível, porque voluntariamente encartado no objeto social da empresa. Serviço, e não trabalho, além do mais. Nem o trabalho assalariado nem o prestado em caráter autônomo, pois esta última tipologia de labor humano é que vai responder, justamente, pelos laços que prendem o *personal trainer* ao aluno que o contrata por modo direto. Personalíssimo. Que não se confunde com relação empregatícia, reitero, à falta dos elementos que timbram toda e qualquer relação de emprego: naturalidade do sujeito, pessoalidade, não eventualidade, subordinação e onerosidade⁵. O que já autoriza o juízo técnico de que, se toda relação de emprego é uma relação de trabalho, nem toda relação de trabalho é uma relação de emprego; bastando lembrar que há relações de trabalho que são protagonizadas por artesãos,

⁴ Considerando a fórmula legislativa do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), a doutrina mais acatada tem-se limitado a definir a relação de consumo a partir dos conceitos legais dos sujeitos que nela figuram. Por ilustração, “haverá relação jurídica de consumo sempre que se puder identificar num dos polos da relação o consumidor, no outro, o fornecedor, ambos transacionando produtos e serviços” (Rizzato Nunes, *Curso de Direito do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 71). Já no plano diretamente legislativo, eis as definições veiculadas pelo CDC:

“Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.”

⁵ Maurício Godinho Delgado. *Curso de Direito do Trabalho*. 13ª ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 291.

profissionais autônomos e profissionais liberais, artistas, etc., sem vínculo empregatício com quem quer que seja⁶.

6.2. Diferente, óbvio, é a relação jurídica entre um *personal trainer* autônomo e uma academia de ginástica a ele não pertencente. À luz da Constituição – mais e mais buscarei demonstrá-lo –, **o que transcorre entre os *personal trainers* e as academias particulares de ginástica, nessa hipótese de serviço autônomo ou por eles prestados a alunos, é uma relação de Direito Civil. Relação contratual-civil e, portanto, de Direito Privado.** Relação que tem por elemento definidor o seguinte *ricochete* obrigacional: a) de parte das academias, a franquia do acesso a sua propriedade imobiliária, assim como a disponibilidade do uso profissional do seu estabelecimento comercial e respectivos equipamentos pelos professores a que se convencionou chamar de *personal trainers*, justamente; b) do ângulo deles, *personal trainers*, o repasse, às academias, de parte dos ganhos obtidos dos alunos pelo trabalho autonomamente desenvolvido no ambiente físico em que elas concretizam o seu objeto social ou ramo de atividade mercantil.

7. A necessária distinção conceitual entre a contratualidade simplesmente civil e a consumerista das relações jurídicas a que se reportam as leis e os projetos de leis objeto da consulta

7.1. Ora bem, de tudo quanto até agora exposto e comentado, o que ressaí é um tipo absoluto de necessidade metodológico-científica: distinguir conceitualmente as coisas. Bem distinguir entre contratualidade simplesmente civil e a consumerista das relações jurídicas a que se reportam as leis e os

⁶ Onde a nova redação do art. 114 da Constituição, empreendida pela Emenda Constitucional nº 45\2004 para habilitar a Justiça do Trabalho a conhecer de ações respeitantes às genéricas relações de trabalho, e não apenas às de natureza ortodoxamente empregatícias.

projetos de leis objeto da consulta. Empreitada intelectual de que me desincumbo mediante o seguinte esquema explicativo:

I – a relação que prende toda academia de ginástica a seus concretos alunos **é, em princípio, contratual-consumerista. Relação entre uma empresa fornecedora de serviço e um particular consumidor final de tal serviço.** Relação jurídica entre o prestador e o tomador de um tipo de serviço tão específico em sua materialidade quanto divisível em seu empírico desfrute; ou seja, desfrute de mensuração rigorosamente individual ou *per capita*. Enfim, serviço voluntaria ou livremente embutido no ramo de atividade mercantil de cada qual dessas unidades empresariais, tudo de acordo com um tino negocial que não comporta interferência legal;

II – já a relação entre o titular da atividade econômica ou de empresariamento de uma determinada academia de ginástica e o *personal trainer* que dela faça uso para atender por modo autônomo a aluno, bem, aqui, a relação jurídica se define como **contratual-civil**. Implica uso de instalações e equipamentos alheios por modo oneroso. E se digo por modo oneroso é no conforto da lógica proposição de que ninguém vai empresariar uma academia de ginástica para franquear por modo gratuito o acesso à sua finalística destinação. **Em regra ou pela natural destinação do empreendimento em causa, trata-se de relação que se forma por acordo de vontades e que muito se assemelha à da locação por hora certa de bem material alheio. Relação de Direito Civil, no caso, desde que voluntariamente pactuada por ambas as partes;**

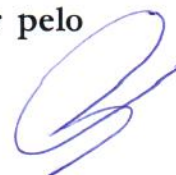


III – por fim, a relação entre esse tipo de *personal trainer* autônomo e seus alunos se define **como de natureza laboral. De natureza laboral-autônoma, entenda-se, e não de natureza empregatícia.** Já anotado que toda relação empregatícia é uma relação de trabalho (não de prestação de serviço), mas nem toda relação de trabalho é uma relação empregatícia.

7.2. Vistas assim pelo prisma de sua natureza jurídica, as relações em tela, sem exceção, **caem sob o privativo domínio legiferante da União.** Inserem-se na competência legislativa que a pessoa jurídico-política da União detém com privatividade, como, sequenciadamente, passo a demonstrar. Tudo, porém, sob a precedente afirmação de que as relações de Direito Privado se formam, em regra, no pressuposto da livre formação de vontade das partes.

8. A metodologia ortodoxamente constitucional-positiva do presente estudo, por incidir sobre temas que têm na Constituição Federal o seu mais centrado ponto ou genuíno berço de normatividade

8.1. Com efeito, a necessidade da demonstração de que acabo de falar decorre de um imperativo metodológico. Decorre da mais rigorosa ortodoxia do método de investigação constitucional-positiva, pois os temas suscitados na consulta têm na Constituição Federal o seu mais centrado ponto de normatividade. Seu mais genuíno berço regravatório. São temas constitucionalmente puro-sangue, permito-me expressar por esse modo salientemente coloquial. É que enxergo na própria Constituição Federal o ponto de partida e o ponto de chegada, praticamente, da investigação que me cabe encetar em termos tão centrais quanto conclusivos. **A começar pelo**



regime constitucional da repartição federativa das competências para legislar. Regime cuja imediata matriz normativa reside nos artigos 22, 24, 25 e 30, todos encartados no tema “DA ORGANIZAÇÃO DO ESTADO”, assim nomeado o “TÍTULO III” da Lei Maior do País. Título que, nos Capítulos II, III, IV e V em que se desdobra, versa as matérias que se alocam no poder normativo de cada qual das unidades federadas do Brasil. Unidades federadas ou entes federativos de que se compõe a Federação brasileira, a teor dos arts. 1º e 18 da Constituição, também como remansosamente sabido. Logo, a Federação como gênero ou continente, cada qual das suas personalizadas frações como espécies ou conteúdos.

8.2. Também daqui se desata o entendimento de que, na matéria, tudo se resume em identificar o ente federativo aquinhado com a aptidão legislativa para disciplinar as relações jurídicas subjacentes às leis e aos projetos de lei *sub examen*⁷. É o desafio temático a que me obriga a consulta e

⁷ Sobre o tema das diferentes fontes legislativas no esquadro constitucional do Estado brasileiro - logo, sobre o tema do partejamento de ordens jurídicas parcelares pela Constituição Federal (que bem poderia ser chamada de *Carta-mãe*), é elucidativo o testemunho intelectual do eminente Ministro Celso de Mello: “a Constituição da República proclama estrutura política que dá configuração ao modelo federal de Estado, a coexistência de comunidades jurídicas responsáveis pela pluralização de ordens jurídicas normativas próprias que se distribuem segundo critérios de discriminação material de competências fixadas pelo texto constitucional. O relacionamento normativo entre essas instâncias de poder - União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios - encontra fundamento na Constituição da República, que representa, no contexto político-institucional do Estado brasileiro, a expressão formal do pacto federal, consoante ressaltam, em autorizado magistério, eminentes doutrinadores (PINTO FERREIRA, “Comentários à Constituição Brasileira”, vol. 1/374, 1989, Saraiva; MICHEL TEMER, “Elementos de Direito Constitucional”, p. 55/59, 5ª ed., 1989, RT; CELSO RIBEIRO BASTOS/IVES GANDRA MARTINS, “Comentários à Constituição do Brasil”, vol. 1/216-221, 1988, Saraiva; JOSÉ CRETILLA JÚNIOR, “Comentários à Constituição Brasileira de 1988”, vol. I/131, item n. 38, 1989, Forense Universitária). O estatuto constitucional, em que reside a matriz do pacto federal, estabelece, entre a União e as pessoas políticas locais, uma delicada relação de equilíbrio, consolidada num sistema de discriminação de competências estatais, de que resultam - considerada a complexidade estrutural do modelo federativo - ordens jurídicas parciais e coordenadas entre si, subordinadas à comunidade total, que é o próprio Estado Federal (cf. HANS KELSEN, comentado por O. A. BANDEIRA DE MELLO, “Natureza Jurídica do Estado Federal”, “apud” GERALDO ATALIBA, “Estudos e Pareceres de Direito Tributário”, vol. 3/24-25, 1980, RT). Na realidade, há uma relação de coalescência, na Federação, entre uma ordem jurídica total (que emana do próprio Estado Federal, enquanto comunidade jurídica total, e que se expressa, formalmente, nas leis nacionais) e uma pluralidade de ordens jurídicas parciais, que resultam da União Federal, dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios. Nesse contexto, as comunidades jurídicas parciais são responsáveis pela instauração de ordens normativas igualmente parciais, sendo algumas de natureza central, imputáveis, nessa hipótese, à União (enquanto pessoa política de caráter central e interno) e outras de natureza regional (Estados-

que passo a enfrentar já no próximo e nos subsequentes tópicos formais de ideias. Não sem antes pontuar que são estes os mais pertinentes lócus de normatividade constitucional do tema:

“Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

I – direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;

(...)

XVI - organização do sistema nacional de emprego e condições para o exercício de profissões;”

“Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

I – (...)

V - produção e consumo;”

“Art. 30. Compete aos Municípios:

I - legislar sobre assuntos de interesse local;

II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;”

9. O necessário retorno à identificação da natureza jurídico-civil da relação entre os profissionais autônomos de educação física (*personal trainers*) e as academias de ginástica

membros/Distrito Federal) ou de caráter local (Municípios), enquanto comunidades periféricas revestidas de autonomia institucional. Cabe advertir, portanto, que o Estado Federal brasileiro - expressão institucional da comunidade jurídica total, que detém “o monopólio da personalidade internacional” (PAULO BONAVIDES, “Ciência Política”, p. 197, item n. 3.1, 14ª ed., 2007, Malheiros)- não se confunde com a União, pessoa jurídica de direito público interno, que se qualifica, nessa condição, como simples ordem ou comunidade meramente central, tal como assinala, em preciso magistério, o saudoso e eminente VICTOR NUNES LEAL (“Problemas de Direito Público”, p. 160/161, item n. 1, 1960, Forense)” (RE 543943/PR, Relator Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 30/11/2010, DJ de 15-02-2011.)

9.1. Retorno, agora, ao tema da identificação da natureza jurídico-civil da relação entre os profissionais autônomos de educação física e as academias de ginástica. Relação de caráter eminentemente privado e que: a) tem por objeto bens da vida *intra comertium* (os imóveis em que se situam as academias e os equipamentos nela instalados); b) é instaurada para o desempenho de atividade típica de mercado (a exploração econômica em si daqueles referidos bens *intra comertium*). Por conseguinte, cuida-se de relação que a própria Lei Maior do País categoriza como de titularidade privada; quer dizer, como própria dos particulares, e não do Estado, conforme expressa enunciação do parágrafo único do art. 170. Confira-se: “É assegurado a todos o livre exercício de atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”.

9.2. Está-se a lidar, assim, com atividade expressamente excluída do rol daquelas que ele, Texto Magno Federal, **reserva com exclusividade ao senhorio estatal**. Sabido que, na sistemática da Constituição brasileira, o que não for previamente qualificado como exclusivo do Estado (aqui inserido o monopólio de certas atividades econômicas) já se disponibiliza para exploração econômica em caráter privado. Categoria produtiva que, por duas vezes, a Constituição nomina de “livre iniciativa” (inciso IV do art. 1º e *caput* do art. 170). Fazendo-o, na primeira vez, como um dos “fundamentos” do “Estado Democrático de Direito” que se lê desde a cabeça do artigo introdutório do corpo de dispositivos dela, Constituição; na segunda, como princípio em que se funda toda a ordem econômica brasileira (art. 170).

9.3. A livre iniciativa como categoria jurídica de conteúdo econômico ou produtivo, acabo de falar, para a ela acrescer o juízo de que o seu exercício se dá a título de direito subjetivo-privado. Direito exercitável por modo

individual, ou coletivo. *Solteira ou então grupalmente*, portanto, além do que em bases livres. Donde traduzir essa livre iniciativa uma situação jurídica assim ativa como praticamente infinita quanto às suas formas de concepção e exercício, pois abrangente de todas as modalidades lícitas de produção de riqueza em sentido material. O que não impede, claro, que a própria Constituição Federal se disponha a traçar por conta própria o respectivo regime jurídico central⁸.

9.4. Regime jurídico central da livre iniciativa, pontuei, **que se inicia pela apropriação privada dos chamados bens de produção. Apropriação de bens jurídicos redutíveis a pecúnia, além da respectiva fruição e da capacidade tanto de disposição quanto de reivindicação contra quem ilicitamente os retenha⁹. Seguindo-se daqui o direito de dispor, específica e otimizadamente, dos fatores da produção que vão compor o universo imaginativo de todo empresário por vocação. Fatores da produção que se reúnem sob a forma principal de natureza, capital, trabalho e tecnologia, tudo enfeixado no conceito de liberdade de empresa que ressaí dos conjugados termos do parágrafo único do art. 170¹⁰ da Constituição e do art. 966¹¹ do Código Civil. Também saltando à inteligência que esse direito ao mais otimizado manejo dos fatores de produção é o que se dá em ambiente que a Constituição mesma chama de “livre concorrência” (inc. IV do art. 170). Ambiente de competição ou emulação empresarial que passa por estratégias de modelos de**

⁸ Luís Roberto Barroso, *A Ordem Econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços*, in Revista de Direito Administrativo, 226, out./dez/ 2011, p. 187 a 212.

⁹ “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I – (...)

II - propriedade privada;”

¹⁰ “Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.”

¹¹ “Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.”

negócio e formação de preços, naturalmente. Tudo a desembocar na ideia-força da liberdade de contratar, como não podia deixar de ser. Que não é senão autonomia de vontade para encetar relações jurídicas bilaterais ou intersubjetivas (cabeça do art. 5º, já transcrito).

10. Os institutos de Direito Civil que permeiam a específica relação jurídica entre as empresas de academia de ginástica e os profissionais autônomos que se definem como *personal trainers*

10.1. À luz de todo esse quadro factual-jurídico, eis o definitivo juízo técnico a que chego: **são de Direito originariamente Constitucional e sequenciadamente Civil os institutos que permeiam a específica relação jurídica entre as empresas de academia de ginástica e os profissionais autônomos que se definem como *personal trainers*.** Que institutos? Os que atendem pelos nomes de “propriedade privada” e “contrato” entre sujeitos de direitos. Sujeitos igualmente privados, sendo que um deles é constitutivo de unidade empresarial, enquanto o outro se põe como profissional autônomo. **Não como empregado, tampouco na condição jurídica de consumidor.** Mas ambas as tipologias de sujeito jurídico a ter por específico alvo de atendimento a figura do aluno ou pessoa física. **Pessoa física ou aluno que mantém com seu *personal trainer* uma relação jurídica do tipo civil-laboral (não de Direito do Trabalho) e com a academia de sua preferência uma relação de serviço.**

10.2. Se é assim, tomam assento *ou passam a dar as cartas* dois ramos do Direito que se inscrevem na competência legislativa que a União detém: a) em caráter privativo, tratando-se do Direito Civil; b) em caráter geral ou para a edição de normas gerais, tratando-se do Direito do Consumidor (ou Direito

Consumidorista, como amiúde se fala). É como insisto em demonstrar nos capítulos entrantes.

11. A inconstitucionalidade formal ou orgânica das leis e projetos de lei em questão também sob o prisma do trabalho desempenhado pelos *personal trainers*

Não é só. Se é correto ajuizar que a relação jurídica entre os profissionais autônomos de educação física e as empresas de ginástica se inscreve no círculo da dicotomia que a Constituição designa por “valores sociais do trabalho” e “livre iniciativa – dicotomia avançada pelo inc. III do art. 1º como fundamento da República Federativa e retomada pelo *caput* do art. 170 como base da ordem econômica –, **então o caso é de se reforçar o juízo de incompetência do Distrito Federal, dos Municípios e dos Estados para versar normativamente o tema.** É que, mesmo vista sob o ângulo do “direito do trabalho” ou das “condições para o exercício das profissões” de *personal trainers*, **a matéria permanece no rol de competências legislativas da União.** Competências que assistem à União em caráter privativo, conforme se lê da nova transcrição que faço dos incs. I e XVI do art. 22:

“Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

I – direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e **do trabalho;**

(...)

XVI - organização do sistema nacional de emprego e **condições para o exercício de profissões;**” (sem os caracteres negritados).

12. O sentido constitucional de “consumo” e o espaço reservado aos Estados para a respectiva conformação legislativa

12.1. Por outro giro, não se pode dizer que a matéria objeto da consulta atende ao significado constitucional de consumo. Significado que resultaria da previsão constante do inc. V do art. 24 da Lei Maior, atinente à demarcação da área de legiferação concorrente entre União e Estados. Já o disse anteriormente: a relação de consumo conota o fornecimento mercadológico de um produto ou serviço em termos finais ou conclusivos, pois não há como confundir **consumo com insumo**. Fornecimento, destarte, que se destina ao gozo desse determinado produto ou serviço com definitivo *animus fruendi*. Noutras palavras, a relação jurídica de consumo é espécie *de fim em si mesmo* quanto à cadeia de produção da ordem econômica.

12.2. Nesse fluxo de ideia, também já afirmei que o vínculo jurídico entre uma academia de ginástica e respectivo aluno é, em princípio, típica relação de consumo. Traduz-se na prestação de serviços que tanto podem ser disponibilizados por modo coletivo e indistinto aos alunos – a partir de professores permanentemente presentes nas salas de exercícios – quanto podem ser prestados em caráter individual. Agora, sim, mediante atuação dos tantas vezes referidos *personal trainers*. **Sucedendo que esta última hipótese de serviço personalizado somente passa a fazer parte do feixe obrigacional da relação aluno-academia: a) se constar do portfólio de atividades oferecidas ao público pelas academias, diretamente; b) se for objeto de contratação igualmente direta com as academias, seja por modo oral, seja por forma escrita.** Assim é que as coisas tomam corpo, logicamente, para que esse tipo de relação jurídica seja definido como de consumo. Vale dizer: somente aquele tipo de produto ou serviço que as

academias, elas mesmas, voluntariamente disponibilizam para o seu público-alvo é que pode ser caracterizado como típica relação consumerista. Mercantil ou empresarial que é. **Tudo o mais é contrato de trabalho entre alunos e profissionais autônomos de educação física.** Tipologia de contrato cuja execução, não se nega, pode ter por cenário o ambiente privado das academias de ginástica. **Mas isso, é claro, desde que livremente pactuado por elas, academias, e os *personal trainers* que laborem de forma autônoma.** Pactuação que não se identifica jamais com uma relação jusconsumerista, nunca é demasiado repetir.

12.3. Arremato o juízo: apenas aquele tipo de utilidade material que a academia de ginástica livre ou finalisticamente presta, *em seu nome*, aos respectivos alunos é que recebe o qualificativo constitucional de “consumo”. **Qualificativo que não se compadece com norma que venha a inserir, heterônoma e transversalmente, um terceiro e autônomo sujeito de direito na multicitada relação jurídica. Menos ainda se tal inserção assumir as vestes de uma declarada restrição aos institutos da propriedade privada, da liberdade de empresa, da livre concorrência e da liberdade de contratar.** Temas em tudo e por tudo insubmissos à ação legislativa dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Assim como insubmissos à própria competência legislativa da União, se veiculados por norma legal que se atreva a instaurar relações, no âmbito das academias, estranhas ao objeto social de cada qual delas.

13. Os diplomas normativos sob exame e seu desbordamento do conceito constitucional de legislação suplementar



13.1. Prossigo na tessitura da reflexão jurídica. Se assim não fosse, vale dizer, ainda que a realidade normativa examinada pudesse, de alguma forma, infletir sobre a figura jurídica do consumo, nem assim restaria superado o vício de inconstitucionalidade orgânica ou formal. É que, no plano da competência legislativa concorrente, a Constituição apenas defere aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a disciplina suplementar da matéria. Veja-se:

“Art. 24 (...):

§ 2º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.”

13.2. Pois bem, consoante assentei em voto proferido na ADI 3.322-MC¹², normas suplementares são aquelas que vêm por acréscimo. São produzidas para desdobrar ou fazer render o texto normativo geral, este sob competência da União¹³. A significar, então, não ser legítimo às normas suplementares incidir em contraposição às normas gerais. **Mas nisso incluindo-se, por derivação ou arrastamento, a proibição de que as normas suplementares instituem *pautas* de direitos e deveres que o sentido da legislação geral federal pertinente não tolere. E é nesse exato ponto de intelecção das coisas que reside mais um vício insanável de incompetência legislativa das Assembleias estaduais e das Câmaras municipais ou distrital. Explico.**

¹² “(...) no campo das normas suplementares, é da lógica, é da natureza dessas normas que a matéria seja a mesma, porque o suplementar é o que vem por acréscimo, é o que vem para completar, é o que vem para desdobrar, é o que vem para suprir insuficiências da legislação geral.” (ADI 3059, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 09/04/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-085 DIVULG 07-05-2015 PUBLIC 08-05-2015).

¹³ Sem que se ignore a competência supridora que assiste aos Estados, mas apenas e enquanto inexistir lei federal sobre o tema.

“§ 3º Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.

§ 4º A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.”

13.3. Explico, sim, pois o que salta dos diplomas *sub examem* é a criação de um direito potestativo, de titularidade dos consumidores de academia, à expansão subjetiva da relação jurídico-consumerista para nelas incluir profissionais autônomos de educação física. Canhestra espécie de compulsório entrelaçamento obrigacional que não se extrai, nem mesmo pela mais alargada inferência, da norma geral federal sobre a matéria: o encarecido Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1980). Noutros termos, o conteúdo das normas jurídicas a que se refere a consulta não sequencia nenhum dos princípios, tampouco regras, positivados pelo legislador federal. Nada tem a ver com a formulação da “Política Nacional de Relações de Consumo” (Capítulo II do Título I do CDC) nem com os “Direitos Básicos do Consumidor” (Capítulo III do mesmo título). Também assim com as regras “Da Qualidade de Produtos e Serviços, da Prevenção e da Reparação dos Danos” (Capítulo IV), “Das Práticas Comerciais” (Capítulo V) ou mesmo do conjunto normativo sobre o tema “Da Proteção Contratual” (Capítulo VI, ainda mesmo Título I). Como se fosse pouco, é conteúdo totalmente estranho aos Títulos II (Das Infrações Penais), III (Da Defesa do Consumidor em Juízo), IV (Do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor) ou V (Da Convenção Coletiva de Consumo).

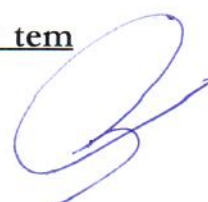
13.4. Concluo: em nenhum dos segmentos temáticos do CDC é possível encontrar *o germe ou a semente ou o embrião* do que seria uma relação de potestade e sujeição, respectivamente, entre fornecedores e consumidores, com o fito de ampliar tanto subjetiva quanto objetivamente o liame consumerista. Daí o juízo de que as leis e os projetos de lei em tela se arvoram o status de normas de aplicação primária ou primeira da Constituição, naquele sentido, já explorado, de relançamento virginal do discurso constitucional. Pretensão que se põe *em rota de colisão* frontal com os parágrafos 2º e 3º do art.

24 da Lei Maior, pois somente passível de positivação pela via das normas gerais. Normas gerais que são da exclusiva competência da União.

14. O tema da competência legislativa dos Municípios em “assuntos locais” (inciso I do art. 30 da Constituição)

14.1. Neste novo tópico de investigação cognitiva dos temas de que versa a consulta, debruço-me sobre a competência legislativa que assiste aos Municípios para dispor sobre “assuntos locais” (inc. I do art. 30). Mas angulação ou ótica ou prisma local, já antecipo, que também nada tem a ver com a natureza de cada qual das relações jurídicas aqui triangularmente estudadas. Nada ou nenhuma perspectiva de aplicação municipalizada se contém nos três modelos de relação jurídica a que se refere a consulta. **Todos os institutos de Direito Civil e do Consumidor que permeiam tais relações jurídicas são de aplicabilidade federativamente uniforme. Ontologicamente *panfederativos* ou de incidência nacional por natureza. Por definição. Nada materialmente restando, absolutamente nada, que justifique uma legislação municipal de contorno ou lateral. Uma legislação que adapte as coisas às peculiaridades desse ou daquele Município brasileiro.**

14.2. O que intento dizer com isso é que nenhum dos diplomas referidos na consulta se caracteriza como aquilo que se pode chamar de imperiosa legislação exceptiva ou de feição necessariamente municipalista. Legislação de contorno ou de superação de injustos ou mesmo de ilógicos percalços na aplicação federativamente uniforme da legislação civil e do Código de Defesa do Consumidor. E nenhum dos diplomas objeto da consulta exhibe normação de cunho necessariamente local **porque não tem**



como exhibir. Impossível fazê-lo, dado o caráter absolutamente geral ou comum ou uniforme da triangular relação entre as academias de ginástica, os *personal trainers* autônomos e os alunos ou consumidores finais. **A impossibilidade normativa, aqui, é natural, antes de ser jurídica.** Decorre da materialidade mesma das relações em foco. Da ontologia ou inata compostura material de cada uma delas. Situação em que somente cabe legislar por normas gerais, a incidir sobre todo o território nacional. Por isso que de competência da pessoa central da Federação brasileira: a União.

15. A colisão material entre a Constituição e os diplomas jurídicos a que se reporta a consulta

15.1. Neste derradeiro tópico de investigação dos temas que se desentranham da consulta, ajunto o entendimento de que nem mesmo à União é possível legislar sobre eles. Entenda-se bem: do jeito como noticiado na consulta, o que se tem é um conjunto de leis e de projetos de lei materialmente afrontosos da Constituição. É que a ampliação dos direitos dos alunos e seus particulares *personal trainers* foi e está sendo concebida por um modo que priva as academias de ginástica de um rol de faculdades diretamente constitucionais. Faculdades que são ínsitas ao princípio da livre iniciativa e de princípios como os da propriedade privada e da livre concorrência. Por isso que pude dizer, um pouco mais acima, que não se pode impedir as academias de ginásticas do seu elementar direito de somente cuidar das atividades consubstanciadoras do seu próprio objeto social. No formato por elas livre e até formalmente esquadrinhado. A partir do que também se forma a sua espontânea vontade contratual.



15.2. Estou a falar, portanto, da submissão do poder legislativo do Estado – ainda que detido pela União – à vocação empresarial dos agentes econômicos. Às estratégias de mercado e de competição que forem ditadas pelo tino e experiência de cada produtor de riquezas. Estes o significado e o sentido da livre iniciativa como fundamento da República Federativa (República e Federação a um só tempo) e base de toda a “Ordem Econômica” brasileira. Ordem Econômica elementarizada por princípios como, repito, os da “propriedade privada” e da “livre concorrência” (incisos II e IV, respectivamente, do art. 170). Todos constitucionalmente concebidos para dotar empresário e empresas de uma vontade contratual a eles afeita. Por isso que também livremente formada. Algo absolutamente incompatível com a idéia de toda academia de ginástica ter que se submeter à ocupação de seus espaços por *personal trainers* de fora (profissionais autônomos), cada qual deles com seus alunos particulares a tiracolo. Ou a ideia de cada aluno de dentro portar consigo um professor estranho de educação física. Tudo à margem do modelo econômico da empresa e à revelia de sua vontade contratual. Com a possibilidade, até – pasme-se – de frequência e treinamento gratuitos.

15.3. Em síntese, não há como deixar de reconhecer a inconstitucionalidade de leis e projetos de leis que imponham tão severas restrições a institutos que a própria Constituição erige à condição tanto de pilar quanto de princípios da ordem econômica. Inconstitucionalidade que resulta da colocação de cada qual das academias brasileiras de ginástica na paradoxal posição jurídica passiva quanto à exploração econômica de seu próprio estabelecimento comercial. Posição jurídica passiva ou até mesmo inercial, pois o que tencionam as leis e projetos de lei é relegar as empresas de academia de ginástica à condição de meras espectadoras de relações jurídicas alheias (tecidas entre alunos e *personal trainers*) e desenvolvidas no particular ambiente de negócios delas mesmas, academias. **Nítida interferência**

indevida do Estado no domínio econômico, a que bem assenta o irônico ditado popular do “*não se deve fazer cortesia com o chapéu alheio*”.

15.4. E se assim coloquialmente enxergo as coisas é por me ater à ideia, já lançada neste parecer jurídico, de que a Constituição investe os indivíduos na titularidade de “qualquer atividade econômica” (parágrafo único do art. 170). No pleno domínio dessa tipologia de atividade, portanto, com a ressalva apenas dos casos especificados nela própria, Constituição¹⁴. Modo normativo de ser da ordem econômica assegurado, além do mais, pela cabeça do art. 174¹⁵ da Lei das Leis. Dispositivo, este, que se autoqualifica de meramente indicativo (não impositivo) em tema de planejamento estatal para o setor privado da economia. Cogente ou determinante é apenas o planejamento estatal-econômico para o setor público. Daí se falar que a imposição legal do

¹⁴ Ressalva que não vai além do Monopólio da União quanto a algumas das atividades petrolíferas e em torno “de minérios e minerais nucleares e seus derivados” (ainda assim, com algumas exceções para a “produção, comercialização e utilização de radioisótopos”), a teor do art. 177 e seus incisos de I a V:

“Art. 177. Constituem monopólio da União:

I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos; (Vide Emenda Constitucional nº 9, de 1995)

II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;

III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores;

IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem;

V - a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, com exceção dos radioisótopos cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão, conforme as alíneas b e c do inciso XXIII do caput do art. 21 desta Constituição Federal.”

¹⁵ “Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.”

acesso dos *personal trainers* às academias de ginástica subverte a ordem econômica, na medida em que direciona, heterônoma e centralizadamente, os esforços empresariais particulares ao benefício de outros sujeitos de direitos, igualmente particulares. Sujeitos de direitos que nada têm a ver com o processo de metamorfose jurídica da livre iniciativa empresarial em empresa empiricamente estabelecida. Em empresa naturalmente pré-ordenada para a remuneração lucrativa, por evidente. Com a pertinente ressalva de que não se esteja a cogitar de lucros elevados arbitrariamente ou a partir do uso abusivo do poder econômico (§4º do art. 173¹⁶). Quadro disfuncional, esse do aumento arbitrário de lucros, que em nada se assemelha à obtenção de parcela do proveito econômico resultante do trabalho desenvolvido pelos *personal trainers* a partir da exploração do estabelecimento comercial das academias de ginástica.

15.5. Nesse ritmo argumentativo, fácil é perceber a violação perpetrada pelas leis e projetos de lei aos princípios da propriedade privada (inc. II do art. 170) e da livre concorrência (inc. IV do mesmo artigo constitucional). Tanto um como outro a figurar como elementos conceituais da ordem econômica. E no que toca a propriedade privada, tais diplomas a vulneram pela restrição eficaz que lhe pesa. Sabido que o direito de propriedade é oponível *erga omnes* ou em face de todos. Dando-se que os textos em causa veiculam, sob a forma do garantido acesso dos profissionais autônomos às academias de ginástica, verdadeira hipótese exceptiva ou desarrazoadamente elisiva do direito de propriedade. Por fim, a liberdade concorrencial é afetada pelo

¹⁶ “Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

(...)

§ 4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.”

engessamento promovido pelos diplomas no tocante ao processo de composição de custos e modelação de receitas das academias de ginástica.

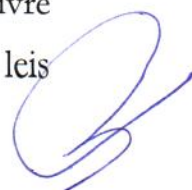
16. Respostas aos quesitos da associação consulente

Primeiro quesito: “Leis municipais e estaduais que obrigam as academias de ginástica a aceitar, gratuitamente ou não, a prestação de serviços por *personal trainers* em suas instalações – ou mesmo que apenas vedam a possibilidade de cobrança em caso de livre aceitação desses profissionais –, violam a competência da União para legislar sobre ‘direito civil’, ‘direito comercial’ e ‘condições para o exercício de profissões?’”

Resposta: leis que tais violam, sim, a competência legislativa que a União detém com privatividade para legislar sobre Direito Civil. Assim como desrespeitam a competência igualmente privativa que a mesma União detém para editar normas gerais sobre relações de consumo. Normas gerais de consumo ou de Direito Consumerista, como também se diz com habitualidade, aqui no Brasil. Ramo do Direito que, para os fins deste parecer, apartei por completo do Direito Comercial. Razão por que deixo de responder à pergunta sobre esta última “província jurídica” (Miguel Reale).

Segundo quesito: “Do ponto de vista substantivo, o conteúdo dessas leis é compatível com a Constituição Federal?”

Resposta: Não! A Constituição dispôs sobre o princípio fundamental da livre iniciativa e os institutos da propriedade privada e da livre concorrência por um modo tal que, no caso das leis e projetos de leis



em foco, resultam invalidamente contrariados. Contrariedade que tanto se dá no âmbito das relações entre as empresas de academia de ginástica e os *personal trainers* autônomos quanto na esfera das relações entre essas academias e seu público-alvo. Que são os alunos ou pessoas físicas nelas matriculados..

Terceiro quesito: “A Acad reveste-se de legitimidade *ad causam* para impugnar as leis objeto da consulta em ações de controle concentrado de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal?”

Resposta: Sim! A consulente, Associação Brasileira de Academias, é entidade de ampla representatividade da categoria econômica ou empresarial das academias de ginástica em todo o território nacional. Setor frontalmente atingido pelas leis e projetos de leis que garantam o livre acesso dos *personal trainers* aos estabelecimentos de ginástica. Concebida que foi com lícitos propósitos institucionais, dentre os quais o de desenvolver, promover e proteger a indústria a que se deu o nome de *fitness* (art. 2º, II, de seu Estatuto). Onde se fazer presente a necessária pertinência temática para a sua legitimação ativa. Mais: a atuação da associação consulente também abarca a defesa dos direitos e interesses dos respectivos membros (art. 2º, VIII, do mesmo Estatuto). Sendo assim, preenche todos os requisitos de legitimidade *ad causam* em ações abstratas ou de aferição concentrada de constitucionalidade.

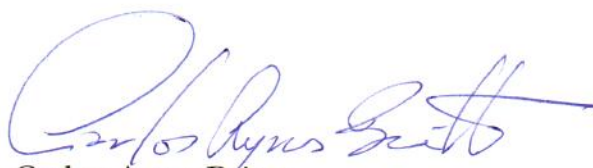


17. FECHO

Dou por encerrado o estudo a que me propus, com um acréscimo às perguntas formais da associação consulente. O acréscimo de que, também sob o prisma da aferição de constitucionalidade material das leis e dos decretos aqui tantas vezes referidos, eles se revelam incontornavelmente inválidos. É o tema específico do segmento de nº 15 deste parecer, que não poupa sequer as leis da União quanto a esse juízo de invalidade.

É o meu parecer, respeitadas as opiniões em contrário.

Brasília, DF, 2 de agosto de 2016



Carlos Ayres Britto
OAB-DF nº 40.040