

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito

Thiago Penido Martins

IGUALDADE E AUTONOMIA PRIVADA:
a eficácia do direito fundamental à igualdade no âmbito das relações jurídicas privadas
contratuais e a proteção ao direito de livre desenvolvimento da personalidade humana

Belo Horizonte
2015

Thiago Penido Martins

IGUALDADE E AUTONOMIA PRIVADA:

a eficácia do direito fundamental à igualdade no âmbito das relações jurídicas privadas contratuais e a proteção ao direito de livre desenvolvimento da personalidade humana

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito.

Área de concentração: Direito Privado: Reconstrução dos Paradigmas do Direito Privado no Contexto do Estado Democrático de Direito.

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Almeida Magalhães

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

M386i Martins, Thiago Penido
Igualdade e autonomia privada: a eficácia do direito fundamental à igualdade no âmbito das relações jurídicas privadas contratuais e a proteção ao direito de livre desenvolvimento da personalidade humana. Belo Horizonte / Thiago Penido Martins. Belo Horizonte, 2015.
240 f.

Orientador: Rodrigo Almeida Magalhães
Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Direitos fundamentais. 2. Isonomia constitucional. 3. Autonomia privada. 4. Liberdade profissional. 5. Personalidade (Direito). I. Magalhães, Rodrigo Almeida. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 342.7

Thiago Penido Martins

**IGUALDADE E AUTONOMIA PRIVADA:
a eficácia do direito fundamental à igualdade no âmbito das relações jurídicas privadas
contratuais e a proteção ao direito de livre desenvolvimento da personalidade humana.**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação
Stricto Sensu em Direito da Pontifícia Universidade
Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para
obtenção do título de Doutor em Direito.

Prof. Dr. Rodrigo de Almeida Magalhães - PUC Minas (Orientador)

Professor Dr. Bernardo Gonçalves Fernandes - UFMG (Banca Examinadora)

Professora Dr.^a Jamile Bergamaschine Mata Diz - UFMG (Banca Examinadora)

Professor Dr. César Augusto de Castro Fiúza - PUC Minas (Banca Examinadora)

Professor Dr. Rodolpho Barreto Sampaio Júnior PUC Minas (Banca Examinadora)

Belo Horizonte, 05 de outubro de 2015.

“Só quem não pensa está imune à contradição e ao erro.
É até preferível um erro que decorra de uma tentativa
ousada e comprometida com uma construção teórica
grandiosa a uma verdade elementar e superficial.”

José Souto Maior Borges

RESUMO

Uma das temáticas mais controversas e que tem despertado o interesse de inúmeros estudiosos é aquela relativa à eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações jurídicas entre particulares, em especial, quando o objetivo é definir a extensão da eficácia dos direitos fundamentais nessas relações jurídicas. A questão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares assume especial relevo, haja vista que seu estudo demandará, necessariamente, a análise das relações existentes entre as normas jurídicas constitucionais e as normas jurídicas de direito privado, bem como o conflito entre direitos fundamentais no âmbito de relações jurídicas privadas. O trabalho tem o desiderato de proceder ao estudo da eficácia do princípio da igualdade no âmbito das relações jurídicas entre particulares, com o intuito de contribuir para o desenvolvimento dos debates existentes e aperfeiçoamento das construções teóricas que foram desenvolvidas ao longo das últimas décadas, na tentativa de formular proposições adequadas, capazes de conciliar a promoção do princípio da igualdade e sua correlata proibição de práticas discriminatórias, com a necessidade em se conferir segurança jurídica a estas relações jurídicas, mediante a proteção da autonomia privada e da liberdade contratual, corolários do direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade. O cerne do problema a ser investigado está em definir a extensão da eficácia do princípio da igualdade no âmbito das relações jurídicas privadas contratuais, analisando em que medida os particulares, no âmbito de suas relações jurídicas privadas contratuais estão vinculados ao direito fundamental à igualdade. Podem os particulares, no exercício de sua autonomia privada e liberdade contratual livremente elegerem o outro sujeito contratual e definir o conteúdo do contrato, inclusive para conferir tratamentos diferenciados ou estariam os particulares vinculados ao direito fundamental à igualdade, estando proibida toda e qualquer forma de discriminação no âmbito de suas relações jurídicas privadas? Existe uma margem de liberdade que assegura aos particulares, no exercício de sua autonomia privada, a possibilidade de promoverem tratamentos diferenciados? Podem os particulares se recusarem a celebrar negócios jurídicos com outros particulares em razão de critérios como raça, sexo, idade, orientação religiosa, orientação sexual, ou qualquer outro critério diferenciador? Esse é o instigante tema que se propõe analisar com o presente estudo.

Palavras-Chave: Direitos Fundamentais; Igualdade; Autonomia Privada; Liberdade de Contratação; Livre Desenvolvimento de Personalidade.

RESUMEN

Una de las temáticas más controversas y que ha despertado el interés de incontables estudiosos es aquella relativa a la eficacia de los derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones jurídicas entre particulares, en especial, cuando el objetivo es definir la extensión de la eficacia de los derechos fundamentales en esas relaciones jurídicas. La cuestión de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones jurídicas entre particulares asume especial relieve, haya vista que su estudio demandará, necesariamente, el análisis de las relaciones existentes entre las normas jurídicas constitucionales y las normas jurídicas de derecho privado, así como el conflicto entre derechos fundamentales en el ámbito de relaciones jurídicas privadas. El trabajo tiene el desiderato de proceder al estudio de la eficacia del principio de la igualdad en el ámbito de las relaciones jurídicas entre particulares, con el objetivo de contribuir para el desarrollo de los debates existentes y perfeccionamiento de las construcciones teóricas que fueron desarrolladas al largo de las últimas décadas, en la tentativa de formular proposiciones adecuadas, capaces de conciliar la promoción del principio de la igualdad y su correlata prohibición de prácticas discriminatorias, con la necesidad en conferirse seguridad jurídica a estas relaciones jurídicas, mediante la protección de la autonomía privada y de la libertad contractual, corolarios del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad. El cerne del problema a ser investigado está en definir la extensión de la eficacia del principio de la igualdad en el ámbito de las relaciones jurídicas privadas contractuales, analizando en que medida los particulares, en el ámbito de sus relaciones jurídicas privadas contractuales están vinculados al derecho fundamental a la igualdad. Poden los particulares, en el ejercicio de su autonomía privada y libertad contractual libremente elegeren otro sujeto contractual y definir el contenido del contrato, inclusive para conferir tratamientos diferenciados o estarían los particulares vinculados al derecho fundamental a la igualdad, estando prohibida toda y cualquier forma de discriminación en el ámbito de sus relaciones jurídicas privadas? Existe un margen de libertad que asegura a los particulares, en el ejercicio de su autonomía privada, la posibilidad de que promuevan tratamientos diferenciados? Poden los particulares que se rechacen a celebrar negocios jurídicos con otros particulares en razón de criterios como raza, sexo, edad, orientación religiosa, orientación sexual, o cualquiera otro criterio diferenciador? Ese es el estimulante tema que se propone analizar con el presente estudio.

Palabras-Llave: Derechos Fundamentales; Igualdad; Autonomía Privada; Libertad de Contratación; Libre Desarrollo de Personalidad.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	15
1.1 A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares	17
2 TEORIAS DA EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES JURÍDICAS ENTRE PARTICULARES	31
2.1 Teoria da eficácia indireta ou mediata	32
2.2 Críticas à teoria da eficácia indireta ou mediata dos direitos fundamentais	39
2.3 Teoria da eficácia direta ou imediata	44
2.4 Críticas à teoria da eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais	47
2.5 Teoria dos Deveres de Proteção	51
2.6 Críticas à teoria dos deveres de proteção	55
2.7 Teoria da Integração	57
2.8 Críticas à Teoria da Integração.....	60
2.9 Teoria da Diferenciação	61
2.10 Críticas à Teoria da Diferenciação	62
2.11 Teoria da Equiparação.....	63
2.12 Críticas à Teoria da Equiparação	69
3 EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO BRASIL	73
3.1 Repensando a eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas a partir da superação da visão dicotômica entre eficácia imediata ou mediata	82
3.2 O Princípio da competência decisória	91
4 AUTONOMIA PRIVAA, IGUALDADE E LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE	97
4.1 Teoria dos Princípios e PDrincípio da Proporcionalidade	100
4.2 Autonomia Privada e Princípio da Proporcionalidade	106
4.3 Igualdade e liberdade	112
4.4 O direito ao livre desenvolvimento da personalidade	119
4.5 Dignidade, livre desenvolvimento da personalidade e autonomia privada.....	121
4.6 O Direito ao livre desenvolvimento da personalidade do direito brasileiro.....	127
4.7 Eficácia do princípio da igualdade nas relações jurídicas entre particulares	132
5 CONTRIBUTOS DO DIREITO EUROPEU PARA A EFICÁCIA DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE NAS RELAÇÕES JURÍDICAS ENTRE PARTICULARES.....	145
5.1 A eficácia do princípio da igualdade no direito europeu	147
5.2 Legislações de tratamento igualitário dos Estados Europeus	151
5.3 Eficácia do princípio da igualdade na visão dos órgãos jurisdicionais europeus	164
6 EFICÁCIA DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE NO DIREITO BRASILEIRO	169
6.1 Por uma solução diferenciada: construindo diretrizes interpretativas para a eficácia do princípio da igualdade nas relações jurídicas entre particulares.	169
6.2 Relações jurídicas estritamente privadas	170
6.2.1 Igualdade e liberdade associativa	178
6.2.2 Igualdade nas relações familiares e sucessórias	181
6.2.3 Igualdade nas relações em que predominam aspectos relacionados à intimidade e privacidade, a religiosidade ou confiança	186

6.4 Diretrizes interpretativas para a eficácia do princípio da igualdade nas relações jurídicas entre particulares	189
<i>6.4.1 Autenticidade do exercício da autonomia privada pelos sujeitos contratuais.....</i>	<i>189</i>
<i>6.4.2 Unilateralidade ou bilateralidade do tratamento diferenciado.....</i>	<i>191</i>
<i>6.4.3 Afetação da dignidade da pessoa</i>	<i>194</i>
6.5 Igualdade nos casos em que há oferta de bens e serviços ao público em geral	199
<i>6.5.1 Igualdade e Direito de Admissão</i>	<i>199</i>
<i>6.5.2 Igualdade nos contratos de seguro e de natureza financeira</i>	<i>206</i>
7 CONCLUSÕES.....	221
REFERÊNCIAS	231

1 INTRODUÇÃO

Hodiernamente, uma das temáticas mais controversas e que tem despertado o interesse de inúmeros estudiosos é aquela relativa à eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações jurídicas entre particulares, em especial, quando o objetivo é definir a extensão da eficácia dos direitos fundamentais nessas relações jurídicas. A questão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares assume especial relevo, haja vista que seu estudo demandará, necessariamente, a análise das relações existentes entre as normas jurídicas constitucionais e as normas jurídicas de direito privado, bem como o conflito entre direitos fundamentais no âmbito de relações jurídicas privadas.

O trabalho tem o desiderato de proceder ao estudo da eficácia do princípio da igualdade no âmbito das relações jurídicas entre particulares, com o intuito de contribuir para o desenvolvimento dos debates existentes e aperfeiçoamento das construções teóricas que foram desenvolvidas ao longo das últimas décadas, na tentativa de formular proposições adequadas, capazes de conciliar a promoção do princípio da igualdade e sua correlata proibição de práticas discriminatórias, com a necessidade em se conferir segurança jurídica a estas relações jurídicas, mediante a proteção da autonomia privada e da liberdade contratual, corolários do direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade.

O cerne do problema a ser investigado está em definir a extensão da eficácia do princípio da igualdade no âmbito das relações jurídicas privadas contratuais, analisando em que medida os particulares, no âmbito de suas relações jurídicas privadas contratuais estão vinculados ao direito fundamental à igualdade. Podem os particulares, no exercício de sua autonomia privada e liberdade contratual livremente elegerem o outro sujeito contratual e definir o conteúdo do contrato, inclusive para conferir tratamentos diferenciados ou estariam os particulares vinculados ao direito fundamental à igualdade, estando proibida toda e qualquer forma de discriminação no âmbito de suas relações jurídicas privadas? Existe uma margem de liberdade que assegura aos particulares, no exercício de sua autonomia privada, a possibilidade de promoverem tratamentos diferenciados? Podem os particulares se recusarem a celebrar negócios jurídicos com outros particulares em razão de critérios como raça, sexo, idade, orientação religiosa, orientação sexual, ou qualquer outro critério diferenciador?

A questão apresenta-se controversa e polêmica, uma vez que o reconhecimento da eficácia absoluta do princípio da igualdade no âmbito das relações jurídicas privadas contratuais, com o desiderato de coibir todo e qualquer tratamento diferenciado, poderia, para além de ocasionar demasiada restrição de sua autonomia privada, privá-los do direito de

exercerem sua liberdade. Sustentar de forma acrítica a eficácia absoluta do princípio da igualdade nas relações jurídicas entre particulares poderia acarretar sérios prejuízos às relações jurídicas contratuais e ao direito de livre desenvolvimento da personalidade.

O trabalho tem como objetivo o estudo da relação existente entre liberdade e igualdade nas relações jurídicas entre particulares, analisando os limites que princípio da igualdade impõe ao exercício da autonomia privada e da liberdade contratual, bem como analisar em que situações o princípio de igualdade não possui eficácia ou uma eficácia muito restrita nas relações jurídicas entre particulares. Poderia o particular, se recusar a contratar ou estabelecer tratamento diferenciado motivado pelo sexo, raça, origem, religião, ou qualquer outro fator diferenciador do outro sujeito contratual? Poderia o locatário promover o despejo de um de seus locadores e não o fazer em relação a outro identicamente inadimplente? Poderia uma associação restringir a condição de associado à pessoa de determinada religião, sexo, raça, origem ou outro critério diferenciador?

Podem os pais conferirem tratamentos diferenciados aos seus filhos no âmbito das relações familiares ou sucessórias, privilegiando um filho em detrimento do outro, por exemplo, ao doar ou testar os bens? Podem os estabelecimentos empresariais que ofertam bens ou serviços ao público estabelecerem condições contratuais diferenciadas em razão da raça, sexo, idade, orientação religiosa, orientação sexual ou qualquer outro fator diferenciador? Podem os estabelecimentos abertos ao público estabelecerem condições diferenciadas de admissão ou recusá-la a determinadas pessoas em razão em razão da raça, sexo, idade, orientação religiosa, orientação sexual ou qualquer outro fator diferenciador?

Essas são apenas algumas das conflituosas situações que se apresentam quando se trata de definir em que medida os particulares se encontram vinculados ao princípio da igualdade em suas relações jurídicas privadas. Cumpre salientar que, por questões metodológicas, o presente estudo não se dedicará ao estudo da eficácia do princípio da igualdade nas relações jurídica privadas de natureza trabalhista, seja porque os direitos trabalhistas previstos no artigo 7º da Constituição da República Federativa do Brasil, por sua natureza, tem como principais destinatários os particulares, seja pelas especificidades destas relações jurídicas, marcadas pela manifesta hipossuficiência dos sujeitos contratuais, a qual demanda a criação de toda uma principiologia específica, bem como instrumentos protetivos dos interesses do trabalhador, parte hipossuficiente da relação jurídica contratual, com o objetivo de conformar o exercício da autonomia privada com o respeito aos direitos do trabalhador.¹

¹ Sob essa perspectiva é que nas relações jurídicas laborativas, mesmo diante de expressa anuência do trabalhador, os atos de renúncia a direitos trabalhistas são considerados desprovidos de eficácia.

1.1 A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares

O estudo da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas é, de certa forma, recente. Os primeiros estudos sobre a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais somente surgiram em meados do século XX, a partir de importantes obras autores alemães.² No direito brasileiro, a questão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas ainda é incipiente, sendo que as primeiras obras datam do início de século XXI³, as quais, ainda assim, em sua maioria, tem como principal enfoque o estudo do fenômeno da constitucionalização do direito privado.

A temática da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas adquiriu relevância a partir do reconhecimento da existência do fenômeno do poder social, ou seja, a partir da constatação de que não só o Estado, mas também os particulares, são capazes de restringirem e vulnerarem os direitos fundamentais de outros particulares em suas relações jurídicas privadas. Os particulares, ao praticarem atos jurídicos, possuem a capacidade de condicionar, restringir e até inviabilizar o exercício de direitos fundamentais por seus semelhantes, capacidade que é potencializada quando se está diante de relações jurídicas em que um dos sujeitos é detentor de uma posição privilegiada.

A constatação de que o poder social também constitui uma séria ameaça à eficácia dos direitos fundamentais, deu origem a um movimento para a reformulação da concepção clássica dos direitos fundamentais segundo a qual estes constituiriam direitos de defesa ou liberdades públicas, atuando apenas como limites ao exercício do poder estatal sobre a esfera privada do existir humano.⁴ A reformulação dessa concepção clássica representa importante

² DURIG, Gunther. **Grundrechte und Zivilrechtsprechung**. In: Maunz, Theodor (Hrsg.); Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung – Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky, München, 1956. LEISNER, Walter. **Grundrechte und privatrecht**. Munique, 1960. HESSE, Konrad. **Derecho constitucional y derecho privado**. Ignacio Gutiérrez (Trad.). Madrid: Civitas, 1955, 88 p; NIPPERDEY, Hans Carl. **Allgemeiner teil des Bürgerlichen rechts**. Tubanga, 1959. CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. SARLET, Ingo Wolfgang; PINTO, Paulo Mota. (Trad.) Coimbra: Almedina, 2003.

³ TEPEDINO, Gustavo. Introdução: Código Civil, os chamados microsistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: TEPEDINO, Gustavo. (Org.). **Problemas de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Mandamentos, 2008. STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. SARLET, Ingo Wolfgang. **A Constituição concretizada: construindo pontes entre o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **A reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

⁴ A concepção segundo a qual os direitos fundamentais constituíam direitos subjetivos ou liberdades públicas subjetivas foi elaborada por George Jellinek, no final do século XIX, em obra intitulada *Sistema dos Direitos Públicos Subjetivos*, obra influenciada pelo pensamento individualista e positivista reinante à época e que

avanço para a evolução da teoria dos direitos fundamentais e para o desenvolvimento do constitucionalismo, ao se reconhecer a capacidade das normas de direitos fundamentais de irradiarem seus efeitos para todas as relações jurídicas, ampliando o seu lastro protetivo.

A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares não se concretiza de idêntica forma àquela verificada nas relações jurídicas entre o particular e o poder estatal, uma vez que nas relações jurídicas entre particulares estar-se-á diante de uma relação jurídica caracterizada pelo fato de ambos os sujeitos serem igualmente titulares de direitos fundamentais. Essa peculiar característica é que torna a questão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas mais tormentosa, configurando, em essência, um problema de conflito de direitos fundamentais ocorrido no tráfico privado, pois, “se os direitos fundamentais atuam a favor e contra todas as partes de uma relação jurídico-privada, produzir-se-á ordinariamente uma colisão de direitos fundamentais.”⁵ Assim, “como dos dois lados estão titulares de direitos fundamentais e direitos fundamentais em oposição, toda a argumentação a favor de uma posição jusfundamental pode ser replicada com os mesmos ou idênticos fundamentos a favor da outra posição jusfundamental em confronto.”⁶

Para Prieto Sanchis:

Certamente, tudo parece indicar que a eficácia dos direitos fundamentais não se mostra com idêntica força na esfera pública e na esfera privada, e justamente pela presença da autonomia da vontade. Mas nem tanto porque a dita autonomia sirva para renunciar aos direitos por parte de seu titular, mas sim porque representa em si mesma um direito fundamental da outra parte na relação jurídica. Em suma, minha opinião é que os direitos fundamentais no âmbito do direito privado se mostram sempre em conflito, porque frente à sua eficácia se alça sempre outro direito fundamental, o direito da outra parte (PRIETO SANCHIS, 1994, p.32, tradução nossa).⁷

Não se pode olvidar que da mesma forma que existem normas veiculadoras de direitos fundamentais que se destinam exclusivamente a limitar o exercício do poder estatal, sendo,

influenciou diversas obras sobre os direitos fundamentais. Sua teoria concebia os direitos fundamentais apenas sob a perspectiva subjetiva e se baseava na ideia de que os direitos fundamentais assegurariam aos indivíduos, em suas relações com o poder estatal, quatro diferentes status jurídicos, quais sejam, *status subiecciones*, *status negativus*, *status activus* e *status positivus*.

⁵ HESSE, 1955, p.60.

⁶ NOVAIS, 2007, p. 323.

⁷ Conforme original: “*Ciertamente, todo parece indicar que la eficacia de los derechos fundamentales no se muestra con idéntica fuerza en la esfera pública y en la privada, y justamente por la presencia de la autonomía de la voluntad. Pero no tanto porque dicha autonomía sirva para renunciar a los derechos por parte de su titular, sino porque representa en sí misma un derecho fundamental de la otra parte en la relación jurídica privada. En suma, mi opinión es que los derechos fundamentales en el ámbito del Derecho privado se muestran siempre en conflicto, porque frente a su eficacia se alza siempre otro derecho fundamental, el derecho de la otra parte.*”

portanto, inoponíveis aos particulares⁸, existem outras que, em razão de sua estrutura ou finalidade, foram pensadas e concebidas especialmente para produzirem seus efeitos no âmbito das relações jurídicas entre particulares.⁹ É o que se verifica, por exemplo, no que diz respeito ao direito de liberdade de associação, liberdade de contratação, direito de indenização por dano material ou moral em razão da violação do direito ao nome, imagem ou honra ocasionada por ato ilícito, dentre outros. Assim, ao mesmo tempo em que esses direitos se destinam a impor limites à atuação do poder público, também servirão de fundamento para impor restrições ao agir dos particulares, que deverão respeitá-los.¹⁰

Perez Luño, destaca a necessidade de se reformular a concepção clássica dos direitos fundamentais, a qual, partindo do pressuposto de uma igualdade formal entre os indivíduos, ignorava a capacidade dos particulares, restringirem de forma abusiva e, portanto, ilícita, os direitos fundamentais de outros particulares no âmbito de suas relações jurídicas privadas. Nesse sentido, a partir do reconhecimento de que os particulares também constituem ameaças a integridade dos direitos fundamentais, Perez Luño assevera a necessidade de se superar a concepção clássica dos direitos fundamentais, alicerçada na concepção formal da igualdade, para reconhecer sua eficácia nas relações jurídicas entre particulares, ao assim se manifestar:

Em sua dimensão subjetiva, os direitos fundamentais determinam o estatuto jurídico dos cidadãos, da mesma forma em suas relações com o Estado e as relações entre si. Tais direitos tendem, portanto, a tutelar a liberdade, a autonomia e a segurança da pessoa não só frente ao poder, mas também frente aos demais membros do corpo social. Concebidos inicialmente como instrumentos de defesa dos cidadãos frente à

⁸ Cite-se, por exemplo, as garantias de direito à informação, direito de petição, inafastabilidade da jurisdição.

⁹ Interessante destacar o entendimento de Sarmento para quem, que desde o advento das teorias contratualistas, os direitos fundamentais tinham por objetivo proteger os indivíduos de seus pares, sendo, inclusive, esta uma das justificativas para a criação do Estado, que assume o dever de lhes garantir os direitos fundamentais e protegê-los contra as violações perpetradas por outros particulares e pelo próprio poder público. Esse entendimento representa importante enfoque crítico sobre a concepção clássica dos direitos fundamentais como liberdades públicas, defendida por séculos por constitucionalistas, especialmente pela doutrina alemã. Sarmento desenvolve críticas contundentes à concepção clássica dos direitos fundamentais, em especial quanto à concepção de que os direitos fundamentais constituiriam apenas limites ao poder estatal, assim se manifestando: “*Sem embargo, a própria origem contratualista das teorias sobre os direitos humanos induz a ideia de que, na concepção dos filósofos inspiradores do constitucionalismo, tais direitos também valiam no âmbito das relações privadas. De fato, se os direitos eram naturais e precediam a criação do Estado, é evidente que eles podiam ser invocados nas relações privadas, até porque, num hipotético Estado de Natureza, inexistiria poder público. Sob esta ótica, a criação do Estado através do contrato social não desvirtuava tal situação, pois o que justificava o poder estatal era exatamente a necessidade de proteção dos direitos do homem, em face de seus semelhantes. Portanto, nas doutrinas jusnaturalistas, os direitos naturais valiam erga omnes, sendo concebidos como direitos de defesa do homem também em face de outros indivíduos e não apenas do Estado*” (SARMENTO, 2008, p. 12).

¹⁰ Em sentido idêntico: “*La distinción entre Derecho público y privado, con la hegemonia de este, como expresión jurídica de la autonomía de la voluntad de la burguesía. Así, los derechos fundamentales en sus primeras etapas se concebían como derechos de los privados, propiedad y libertad, como ‘disfrute pacífico de la independencia individual’ al decir de Constant, que identifica así lo que llama la libertad de los modernos.*” (PECES-BARBA MARTINEZ, 1999, p. 138).

onipotência do Estado, se considerou que os direitos fundamentais não teriam razão de ser nas relações entre sujeitos do mesmo nível em que se desenvolvem as relações particulares. Este pensamento obedecia a uma concepção puramente formal da igualdade entre os diversos membros da sociedade. Mas é um fato notório que na sociedade neocapitalista essa igualdade formal não supõe uma igualdade material, e que nela o pleno desfrute dos direitos fundamentais se vê, em muitas ocasiões, ameaçado pela existência na esfera privada de centro de poder não menos importantes aqueles que correspondem aos órgãos públicos (PEREZ LUÑO, 2007, p. 22-23, tradução nossa).¹¹

A extensão eficaz dos direitos fundamentais às relações jurídicas privadas é também fruto de profundas transformações no constitucionalismo. O ponto de partida para o reconhecimento da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas está na superação da concepção unidirecional dos direitos fundamentais que, sob a égide do constitucionalismo liberal, os compreendia como direitos subjetivos públicos, oponíveis unicamente ao poder estatal. Essa concepção restritiva criava relevante contradição para o ordenamento jurídico, ao admitir que os direitos fundamentais positivados no texto constitucional fossem eficazes nas relações jurídicas com o poder estatal e ineficazes nas relações jurídicas privadas, permitindo aos particulares ampla liberdade para violarem os direitos fundamentais, dando azo a uma dupla ética social e jurídica.¹²

Há que se destacar, que no marco do constitucionalismo liberal, ao lado dos direitos fundamentais e do princípio da separação de poderes, importantes mecanismos constitucionais de limitação do poder estatal, o princípio da legalidade assume relevante papel. Como não se

¹¹ Conforme original: *“En su dimensión subjetiva, los derechos fundamentales determinan el estatuto jurídico de los ciudadanos, lo mismo en sus relaciones con el Estado que en sus relaciones entre sí. Tales derechos tienden, por tanto, a tutelar la libertad, autonomía y seguridad de la persona no sólo frente al poder, sino también frente a los demás miembros del cuerpo social. Concebidos inicialmente como instrumentos de defensa de los ciudadanos frente a la omnipotencia del Estado, se considero que los derechos fundamentales no tenían razón de ser en las relaciones entre sujetos del mismo rango donde se desarrollan las relaciones entre particulares. Este planteamiento obedecía a una concepción puramente formal de la igualdad entre los diversos miembros de la sociedad. Pero es un hecho notorio que en la sociedad neocapitalista esa igualdad formal no supone una igualdad material, y que en ella el pleno disfrute de los derechos fundamentales se ve, en muchas ocasiones, amenazado por la existencia en la esfera privada de centros de poder no menos importantes que los que corresponden a los órganos públicos.”*

¹² Analisando a teoria de Jellinek, Fernandes tece relevante crítica sobre ao sustentar que: *“a teoria era por demais arraigada na perspectiva estatalista de abordagem do ordenamento jurídico (...) os direitos gravitavam sempre em função do Estado e das posições do indivíduo frente ao mesmo. Não que o Estado tenha perdido a centralidade, mas a mesma tende a ser relativizada sob perspectivas mais atuais (contemporâneas) do direito constitucional. Peter Harbele, por sua vez, objeta que a leitura de Jellinek é dicotômica, colocando em dois extremos a vida política e a vida privada, com quase que antagônicas. Tal tese é fruto, na verdade, de uma leitura que separa a sociedade do Estado, estabelecendo a sociedade civil como figura apolítica e hostil a qualquer intervenção estatal. Tal cisão figura ainda na oposição entre liberdade dos antigos e liberdade dos modernos. A primeira entendida a partir de Aristóteles, como proteção da participação nos negócios da polis, ao passo que a outra, a partir de Constant, reservada à proteção dos assuntos privados de cada indivíduo tomado como elemento isolado do todo social”* (FERNANDES, 2014, p. 318). Esse também é o pensamento de CANOTILHO, 2006, p. 392.

reconhecia aos direitos fundamentais a capacidade para produzirem efeitos nas relações jurídicas entre particulares, haja vista que não se atribuía às normas constitucionais força normativa e irradiante, a lei se transformou em instrumento de garantia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas, competindo-lhe disciplinar a forma de sua aplicação e sua eficácia no tráfico privado.¹³ Assim, no marco do constitucionalismo liberal, os direitos fundamentais tinham sua eficácia jurídica nas relações jurídicas entre particulares condicionada à intermediação legislativa.¹⁴ Conforme destaca Sarmento:

A noção de que a Constituição é uma norma jurídica, dotada de caráter imperativo, cujos comandos podem ser tutelados em juízo quando não forem espontaneamente respeitados, embora possa hoje parecer uma completa obviedade, demorou algum tempo para se firmar. Durante um bom período campeou, sobretudo na Europa, em razão da ausência de uma jurisdição constitucional, a idéia de que a Constituição conteria uma proclamação de princípios políticos, que dependeriam sempre o legislador para a produção de efeitos concretos (SARMENTO, 2008, p.50).

A partir do momento em que se reconhece que as normas constitucionais são dotadas de força normativa e, portanto, capazes de irradiar seus efeitos por todo ordenamento jurídico, em razão de sua supremacia hierárquica, dá-se início ao constitucionalismo contemporâneo. A mais relevante mudança verificada sob a égide do constitucionalismo contemporâneo, ocorrida na segunda metade do século XX, foi a afirmação do princípio da supremacia da Constituição, segundo o qual a validade de todo ato normativo está condicionada a sua conformidade com o texto constitucional.¹⁵ Em função do princípio da supremacia da Constituição e do reconhecimento da força normativa das normas constitucionais, a teoria dos direitos fundamentais passou por profundas transformações que ecoaram pelo ordenamento jurídico, inclusive com relevantes reflexos sobre as relações entre direito público e direito privado.

Nesse contexto é que os direitos fundamentais irão se emancipar e se autonomizar ante à lei. Se antes a eficácia dos direitos fundamentais estava condicionada à lei, movendo-se em seu âmbito, e dependente da normatização de seu conteúdo, agora é a lei que deverá se desenvolver em conformidade dos direitos fundamentais. Diga-se de passagem, que as normas

¹³ Há que destacar que enquanto não se discutia a eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares, não se reconhecendo a força normativa e irradiante das normas de direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares, a proteção dos indivíduos era realizada pelas normas jurídicas de direito privado, as quais tutelam a liberdade, a propriedade, a vida, dentre outros direitos individuais.

¹⁴ Em igual sentido, STEINMETZ, 2004, p.73

¹⁵ Destaque-se que a supremacia das normas constitucionais já havia sido reconhecida pela Suprema Corte norte-americana, no julgamento do paradigmático caso *Marbury x Madison*, datado de 1803. Foi a primeira decisão em que a Suprema Corte norte-americana afirmou sua competência para exercer o controle de constitucionalidade.

constitucionais, em razão de sua força normativa, passam a produzir tanto efeitos negativos, ao condicionarem a atividade legiferante à estrita observância aos preceitos constitucionais, fundamento de sua validade, quanto efeitos vinculantes ou irradiantes, ao exigirem que o legislador potencialize a efetividade dos direitos fundamentais, adotando as medidas necessárias para aumentar o seu lastro protetivo, em especial, mediante a atividade legislativa. Os direitos fundamentais adquirem a qualidade de direitos jurídico-constitucionais, irradiando efeitos também para as relações jurídicas privadas, conformando-as.¹⁶

Os direitos fundamentais, para além constituírem direitos subjetivos destinados a disciplinar as relações entre os indivíduos e o poder estatal, tem reconhecida a sua dimensão objetiva, sendo concebidos também como princípios objetivos do ordenamento jurídico, irradiando seus efeitos por todas as relações jurídicas, garantindo, inclusive, a unidade e sistematicidade do ordenamento jurídico.¹⁷ O reconhecimento da dupla dimensão dos direitos fundamentais constitui, portanto, um dos mais relevantes pressupostos para o desenvolvimento dos estudos acerca da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas, contribuindo para a reformulação da visão clássica dos direitos fundamentais, para a relativização da dicotomia entre o direito público e direito privado, bem como para a reconstrução dos influxos existentes entre o texto constitucional e as normas jurídicas de direito privado, estando diretamente relacionado ao fenômeno da constitucionalização do direito. Sarmento ao analisar a superação da perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais destaca que:

(...) os direitos fundamentais no constitucionalismo liberal eram visualizados exclusivamente a partir de uma perspectiva subjetiva, pois cuidava-se apenas de identificar quais pretensões o indivíduo poderia exigir do Estado em razão de um direito positivado na sua ordem jurídica. Sem desprezar esse papel dos direitos

¹⁶ A eficácia irradiante dos direitos fundamentais irá se manifestar, sobretudo, mas não exclusivamente, no processo de interpretação das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, existentes nas normas infraconstitucionais, dentre eles, os conceitos de boa-fé, interesse público, ordem pública, bons costumes, abuso de direito, dentre outros, os quais, em razão de sua plasticidade, permitem a infiltração do conteúdo das normas constitucionais de direitos fundamentais.

¹⁷ Conforme destacado por Sarlet, “em que pese o substancial consenso a respeito da existência de uma perspectiva objetiva dos direitos fundamentais (pelo menos no âmbito da dogmática constitucional europeia continental, importa consignar, desde já, que, no concernente ao seu conteúdo, significado e diversas implicações, ainda permanecerem sérias controvérsias na doutrina e jurisprudência, dissídio esse que se manifesta até mesmo na seara terminológica, em face das diversas denominações atribuídas à perspectiva objetiva dos direitos fundamentais.” (SARLET, 2004, p.80). Dentre as várias terminologias adotadas para designar esse fenômeno, as mais usuais são: ordem objetiva de valores, sistema de valores ou direitos fundamentais como normas objetivas. Sobre a questão Fernandes aduz que “a dimensão objetiva (indo além das funções de cunho subjetivo tradicionalmente consagradas aos direitos fundamentais e não sendo apenas um reverso da medalha da dimensão subjetiva) se apresentaria como um verdadeiro reforço de juridicidade das normas de direitos fundamentais, bem como da sistemática de concretização e densificação das mesmas.” (FERNANDES, 2014, p. 309).

fundamentais, que não perdeu a sua essencialidade na teoria contemporânea, a doutrina vai agora desvelar uma outra faceta de tais direitos, que virá para agregar-lhes novos efeitos e virtualidades: trata-se da chamada dimensão objetiva dos direitos fundamentais (SARMENTO, 2006, p. 105).¹⁸

Vale, ao analisar as funções subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais, tece as seguintes considerações:

Os direitos fundamentais, assim, visam, em primeira linha, à satisfação de interesses próprios dos titulares. Conferem aos indivíduos pretensões a que sejam realizadas ações ou omissões tendentes a assegurar os valores e bens constitucionais que lhes são conferidos pelas normas constitucionais. Como direitos subjetivos, os direitos fundamentais delimitam posições jurídicas individuais em face do Estado. (...) Por outra perspectiva, a dimensão objetiva traduz-se na fundamentação dos direitos fundamentais como valores, regras ou princípios possuidores de validade objetiva, absoluta, universal, independentemente da experiência dos indivíduos. Com esse entendimento, normas de direitos fundamentais prescrevem deveres objetivos de forma a não se referirem a qualquer titular concreto (VALE, 2004, p.78).¹⁹

Neste contexto, em que se promove a releitura da concepção clássica dos direitos fundamentais, antes concebidos apenas como direitos subjetivos, para lhes compreender também como princípios objetivos do ordenamento jurídico, é que surge a teoria dos deveres de proteção²⁰. Segundo a teoria dos deveres de proteção, também denominada de teoria dos imperativos de tutela, os direitos fundamentais, além de imporem abstenções ao exercício do poder estatal, lhe impõe o dever de proteger seus titulares de lesões e ameaças provindas de outros particulares, no âmbito de suas relações jurídicas privadas. Ao dissertar sobre a dupla

¹⁸ Aduz Perez Luño, *“En el horizonte del constitucionalismo actual los derechos desempeñan, portanto, una doble función: en el plano subjetivo siguen actuando como garantías de la libertad individual, si bien a este papel clásico se aúna ahora la defensa de los aspectos sociales y colectivos de la subjetividad, mientras que en el objetivo han asumido una dimensión institucional a partir de la cual su contenido debe funcionalizarse para la consecución de los fines y valores constitucionalmente proclamados.”* (PEREZ LUÑO, 2007, p.25). No mesmo sentido (VALE 2004, p.77). Conforme destaca Mendes: *“A dimensão objetiva resulta do significado dos direitos fundamentais como princípios básicos da ordem constitucional (...) o aspecto objetivo dos direitos fundamentais comunica-lhes, também, uma eficácia irradiante, o que os converte em diretriz para a interpretação das normas dos demais ramos do Direito. A dimensão objetiva enseja, ainda, a discussão acerca da eficácia horizontal dos direitos fundamentais – a eficácia desses direitos na esfera privada, no âmbito das relações jurídicas entre particulares.”* (MENDES, 2011, p. 190-191).

¹⁹ Em igual sentido Viera de Andrade: *“Partindo-se do postulado de que os direitos fundamentais, na sua dimensão subjetiva, se referem exclusivamente às relações entre os particulares e o Estado, conclui-se que será na sua dimensão objetiva, enquanto normas constitucionais e valores comunitários, que se justifica e exprime a respectiva eficácia fora do âmbito dessas relações, em especial nas relações dos particulares entre si.”* (VIEIRA DE ANDRADE, 2009, p.141). E Sarmento: *“No mesmo diapasão, afirma-se que a dimensão objetiva expande os direitos fundamentais para o âmbito das relações privadas, permitindo que estes transcendam o domínio das relações entre cidadão e Estado, às quais estavam confinados pela teoria liberal clássica. Reconhece-se então que tais direitos limitam a autonomia dos atores privados e protegem a pessoa humana da opressão exercida pelos poderes sociais não estatais, difusamente presentes na sociedade contemporânea.”* (SARMENTO, 2008, p.107).

²⁰ Canaris prefere o termo imperativos de tutela à deveres de proteção.

função desempenhada pelos direitos fundamentais, Julio Estrada, destaca a importância do desdobramento da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais para a ampliação do lastro protetivo aos seus titulares:

Esta dupla qualificação, na qual os dois elementos coexistem em uma relação de tensão, é resultado da implantação da denominada teoria objetiva, que redundará na ampliação do conteúdo dos direitos fundamentais, os quais não se limitam a atuar na relação do indivíduo com o poder público, mas sim, como valores supremos que valem para todo o ordenamento jurídico, também informam as relações recíprocas entre particulares, e limitam a autonomia privada, ao mesmo tempo que servem como mandatos de atuação e deveres de proteção para o Estado. (JULIO ESTRADA, 2000, p.66, tradução nossa).²¹

Sarlet disserta acerca da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais como deveres de proteção ou imperativos de tutela, destacando a sua importância para o desenvolvimento da temática da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares:

Além das funções já referidas e dos outros desdobramentos possíveis no âmbito da dimensão jurídico-objetiva e que aqui não teremos condição de desenvolver, assume relevo – notadamente em virtude de sua particular repercussão para a temática ora versada – a função atribuída aos direitos fundamentais e desenvolvida com base na existência de um dever geral de efetivação atribuído ao Estado (por sua vez, agregado à perspectiva objetiva dos direitos fundamentais) na condição de deveres de proteção (*Schutzpflichten*) do Estado, no sentido de que a este incumbe zelar, inclusive preventivamente, pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos não somente contra os poderes públicos, mas também contra agressões oriundas de particulares e até mesmo de outros Estados, função esta que muitos tratam sob o rótulo de função dos direitos fundamentais como imperativos de tutela, como prefere especialmente Canaris (SARLET, 2000, p.92-93).

A questão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas é uma decorrência lógica da força normativa e irradiante das normas constitucionais sobre o ordenamento jurídico, dentre as quais estão as normas constitucionais veiculadoras de direitos fundamentais. Trata-se da superação da visão dicotômica do direito, segundo a qual direito público e direito privado seriam compartimentos estanques, impermeáveis e incomunicáveis, conforme fora sustentado pela doutrina alemã do século XIX.

²¹ Conforme original: “*Esta doble cualificación, en la cual los dos elementos coexisten en una relación de tensión, es el resultado de la implantación de la denominada teoría objetiva, que redundará en una ampliación del contenido de los derechos fundamentales. Los cuales no se limitan a actuar en la relación del individuo con el poder público, sino que, como valores supremos que rigen para todo el ordenamiento jurídico, también informan las relaciones recíprocas entre particulares, y limitan la autonomía privada, al mismo tiempo que funcionan como mandatos de actuación y deberes de protección para el Estado.*”

Essa visão compartimentada do Direito, que predominou até meados do século XX, partia do pressuposto de que as normas constitucionais não poderiam assumir uma função protetora ou garantidora de direitos fundamentais no âmbito de relações jurídicas privadas, uma vez que essas funções deveriam ser exercidas pelas normas jurídicas de direito privado, fato que explicava, à época, a propalada primazia do Direito Privado sobre o Direito Constitucional, bem como o dogma da completude do Direito Civil. Tratava-se de uma visão essencialmente legicêntrica que se assentava na crença da legitimidade dos parlamentos, enquanto órgãos de representação popular, para a criação das normas jurídicas e obrigações legais e na ilegitimidade dos órgãos jurisdicionais para a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas.²²

No modelo oitocentista, às codificações civis competia disciplinar de forma detalhada as condutas humanas e suas consequências jurídicas, de modo que a função dos órgãos jurisdicionais deveria se limitar à realização de simples silogismos jurídicos, à análise da subsunção dos fatos às normas jurídicas. Nesse contexto, acreditava-se na onipotência dos órgãos legislativos e no servilismo dos órgãos jurisdicionais à lei, decorrente de uma concepção clássica do princípio da separação dos poderes.²³ Aos órgãos jurisdicionais competiria apenas aplicar o direito, a norma jurídica, sendo vedada qualquer atividade hermenêutica construtiva.

Ao fim da Segunda Guerra Mundial, a relação entre direito público e privado passa por uma “mutação qualitativa essencial”²⁴, caracterizada pela completa alteração das funções desempenhadas pelas normas jurídicas de direito público e de direito privado. Essa mudança é marcada pela passagem de uma “originária justaposição amplamente incomunicada” entre

²² Conforme destaca Salvador Coderch: “*nadie niega hoy seriamente la relevância de la Constitución en las normas del Derecho Privado ni su aplicación judicial, ni en la necesidad de una concordancia practica entre las normas sobre derechos fundamentales y el Derecho Privado o de conciliar el alcance de los distintos derechos fundamentales cuando se produce una colisión entre ellos en el ámbito de una relación privada negocial o extranegocial.*” (SALVADOR CORDECH, 1997, p. 99)

²³ Atualmente muito se discute acerca do conteúdo do princípio da separação de poderes e das funções a serem desempenhadas pelos órgãos legislativos e jurisdicionais. Em decisão proferida no julgamento dos Mandados de Injunção n.º 670 e 708, o Supremo Tribunal Federal destaca a necessidade de se revistar o conteúdo do princípio da separação dos poderes e superar a sua concepção clássica. Nos termos das referidas decisões: “*o STF não pode se abster de reconhecer que, assim como o controle judicial deve incidir sobre a atividade do legislador, é possível que a Corte Constitucional atue também nos casos de inatividade ou omissão do Legislativo. A mora legislativa em questão já foi, por diversas vezes, declarada na ordem constitucional brasileira. Por esse motivo, a permanência dessa situação de ausência de regulamentação do direito de greve dos servidores públicos civis passa a invocar, para si, os riscos de consolidação de uma típica omissão judicial. Na experiência do direito comparado (em especial, na Alemanha e na Itália), admite-se que o Poder Judiciário adote medidas normativas como alternativa legítima de superação de omissões inconstitucionais, sem que a proteção judicial efetiva a direitos fundamentais se configure como ofensa ao modelo de separação de poderes*” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Mandado de Injunção 708, Rel. Min Gilmar Mendes; DJ 30.10.2008)

²⁴ QUEIROZ, 2010, p. 363.

direito público e direito privado, para uma “relação de recíproca complementariedade e dependência”²⁵. O fenômeno da constitucionalização do direito privado surge a partir do reconhecimento da necessidade de se reinterpretar essa visão clássica e dicotômica da ciência jurídica, superando a compreensão dos direitos fundamentais como direitos de defesa ou liberdades públicas subjetivas oponíveis apenas ao poder estatal, desconsiderando a sua força normativa irradiante, sua dimensão objetiva e sua capacidade de produzir efeitos no âmbito de relações jurídicas privadas.²⁶

Há que se destacar a importância da evolução da teoria dos direitos fundamentais para o processo de superação e desconstrução da dicotomia entre direito público e privado, uma vez que, conforme destaca Leisner²⁷, neste contexto em que o texto constitucional adquire centralidade perante o ordenamento jurídico, outrora ocupada pelo Direito Civil, os direitos fundamentais transformam-se em indispensáveis pontos de conexão entre a Constituição e o direito privado. O Código Civil, acompanhando as mudanças promovidas pelo constitucionalismo contemporâneo e evolução dos direitos fundamentais, passou a dedicar alguns de seus dispositivos à proteção dos direitos de personalidade, os quais, em sua essência, também estão assegurados como direitos fundamentais pelo texto constitucional. Essa inserção de normas protetivas dos direitos da personalidade no direito privado contribuiu para o processo de personalização do direito privado e conseqüente matização da patrimonialidade até então dominante.

A dicotomia entre público e privado traz consigo a falsa ideia de que o direito público se restringiria a disciplinar as relações entre particulares e o poder público, quando o próprio texto constitucional contém diversas normas constitucionais que possuem como titulares particulares, tutelando-os no âmbito de suas relações jurídicas privadas. Numerosos são os preceitos constitucionais relativos aos direitos fundamentais que possuem como destinatários particulares em suas relações jurídicas privadas. Esse processo de relativização da dicotomia entre público e privado é marcado por uma profunda mudança nas relações entre as normas constitucionais, em especial, as normas de direitos fundamentais, e as normas jurídicas de direito privado, transferindo a posição de centralidade no ordenamento jurídico para o texto constitucional.²⁸

²⁵ HESSE, 1955, p. 32.

²⁶ Segundo destaca Canaris: “*Em quase todo e qualquer ordenamento jurídico moderno, de modo mais ou menos cogente, coloca-se a questão da relação entre direitos fundamentais e o Direito Privado. Ela radica no fato de os direitos fundamentais, enquanto parte da Constituição, terem um grau mais elevado na hierarquia das normas do que o Direito Privado, podendo, por conseguinte, influenciá-lo.*” (CANARIS, 2003, p.9).

²⁷ LEISNER, Walter. **Grundrechte und privatrecht**. Munique, 1960.

²⁸ Conforme destaca Perlingeri: “*O Código Civil certamente perdeu a centralidade de outrora, O papel*

O reconhecimento da força normativa e supremacia hierárquica das normas constitucionais, com a consequente mudança do eixo interpretativo para o texto constitucional, não tem o condão de subtrair do direito privado a sua autonomia e importância no ordenamento jurídico. É importante reconhecer que da mesma forma que o direito público possui institutos e princípios que lhes são próprios, os quais são erigidos considerando as peculiares características das relações jurídicas que pretendem disciplinar, o direito privado também possui institutos e princípios que lhe são próprios e lhes dão essência, de modo que, mesmo diante do reconhecimento da força normativa e irradiante das normas constitucionais, é indispensável que o intérprete não desconsidere as normas de direito privado vigentes e a principiologia que lhe é inerente.^{29 30}

Muitas são, todavia, as situações em que o direito público recorre aos institutos ou princípios inerentes ao direito privado, para atender a situações específicas. Canotilho adverte que mesmo diante dessa aproximação entre direito público e privado e dos influxos das normas constitucionais sobre o ordenamento jurídico, não se pode pretender transformar a Constituição em um supercódigo, nem reduzir o direito privado a um simples direito

unificador do sistema, tanto nos seus aspectos mais tradicionalmente civilísticos quanto naqueles de relevância publicista, é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo Texto Constitucional. Falar de descodificação relativamente ao Código vigente não implica absolutamente a perda do fundamento unitário do ordenamento, de modo a propor a sua fragmentação em diversos microordenamentos e em diversos microssistemas, com ausência de um desenho global.” (PERLINGERI, 1999, p.6). Veja-se também, sobre o tema, as obras de: MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional, **Revista de Direito Civil**, nº 65. p. 21-32. jul./set., 1993, pág. 22.; FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. 2ª. ed. Atual. Rio de Janeiro, Renovar, 2003a; TEPEDINO, Gustavo. Introdução: Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: TEPEDINO, Gustavo. (Org.). **Problemas de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 1/16.; MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **A reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002; SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes. A normatividade da constituição e a constitucionalização do Direito Privado. **Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 23, p. 272-297, 2003.

²⁹ Preleciona Canotilho, “*A ordem jurídica privada não está, é certo, divorciada da Constituição. Não é um espaço livre de direitos fundamentais. Todavia, o direito privado perderá a sua irredutível autonomia quando as regulações civilísticas – legais ou contratuais – veem o seu conteúdo substancialmente alterado pela eficácia directa dos direitos fundamentais na ordem jurídica privada. A Constituição, por sua vez, é convocada para as salas diárias dos tribunais com a consequência da inevitável banalização constitucional. Se o direito privado deve recolher os princípios básicos dos direitos e garantias fundamentais, também os direitos fundamentais devem reconhecer um espaço de auto-regulação civil, evitando transforma-se em direito de não liberdade do direito privado. A nosso ver, o problema não está apenas nos perigos que espreitam as duas ordens constitucional e civil – quando se insiste na conformação estrita e igualitarizante das relações jurídicas privadas pelas normas constitucionais.*” (CANOTILHO, 2006, p.211)

³⁰ Conforme destaca Nery: “*As situações jurídicas privadas pautam-se pela igualdade e pela liberdade, enquanto que as situações jurídicas públicas têm embasamento em princípios diferentes, dos quais os da autoridade e da competência são os mais marcantes. Em virtude disso, os sujeitos de direitos, no âmbito das situações particulares, podem agir livremente no contexto das situações jurídicas que não lhe sejam proibidas (atipicidade dos negócios jurídicos). Diferentemente se dá com o sujeito que realiza atos e negócios que se inserem no contexto do trato das coisas públicas, a quem se permite apenas a realização daquilo para cujo exercício esteja previamente autorizado (princípio da legalidade e tipicidade dos negócios de direito público).*” (NERY, 2008, p. 172)

constitucional concretizado, competindo ao intérprete observar as especificidades e peculiaridades das relações jurídicas entre particulares e aquelas inerentes as relações entre os particulares e o poder público, bem como respeitar as decisões legislativas contidas nas normas jurídicas de direito privado decorrentes do exercício das competências constitucionais pelo legislador, desde que estejam em conformidade com o texto constitucional.³¹

Nery aduz que a despeito a autonomia estrutural e principiológica existente entre direito público e direito privado, não se pode admitir e fomentar a existência de um dualismo dogmático-jurídico, no qual o direito público seja compreendido como o ordenamento do bem comum e o direito privado como uma ordem jurídica egoística e individualista de utilidade privada. O ordenamento jurídico não pode se orientar por princípios contraditórios sob pena de perda de sua unidade e quebra de sua sistematicidade, comprometendo a segurança jurídica das relações sociais.³² Nessa perspectiva o texto constitucional assume a função de centro axiológico normativo do ordenamento jurídico, tornando-se responsável por promover e assegurar a unidade e harmonia normativa.

Sarmiento³³, defensor da eficácia irradiante dos direitos fundamentais, analisando o fenômeno da constitucionalização do direito privado, tece relevantes observações acerca dos riscos de uma “panconstitucionalização” ou “constitucionalização metodologicamente descontrolada”. Para o autor, a constitucionalização descontrolada e excessiva do direito privado poderia se apresentar antidemocrática, ao subtrair do povo, o direito de, mediante representantes eleitos e observado o devido processo legislativo, decidir sobre aspectos da vida privada, bem como provocar uma “anarquia metodológica”, decorrente da utilização irracional e não intersubjetivamente controlável de preceitos constitucionais semanticamente vagos, abstratos e abertos na resolução dos casos concretos pelos órgãos jurisdicionais. Nesse sentido, Sarmiento destaca que:

Muito mais que servos autômatos da lei, os juízes, sobretudo os investidos de jurisdição constitucional, tornaram-se guardiões dos direitos fundamentais e partícipes, em alguma medida, no próprio processo de criação do Direito – o que não deixa de suscitar uma série de questões complexas, seja no que tange à sua legitimação democrática, seja no que concerne aos cuidados metodológicos necessários à compatibilização deste ativismo com os postulados imanentes ao Estado de Direito, ligados à previsibilidade e à segurança jurídica (SARMENTO, 2006, p. 121).

³¹ CANOTILHO, 2006, p. 1288.

³² NERY, 2008, p. 172.

³³ SARMENTO, 2006, p. 115.

Do mesmo modo que as normas jurídicas de direito privado devem ser interpretadas em conformidade com o texto constitucional, garantindo a unidade do ordenamento jurídico, deve-se atentar para a necessidade de se respeitar a competência decisória do legislador, no cumprimento de sua função constitucional de densificar e concretizar o conteúdo dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares. O reconhecimento da força normativa, superioridade e fundamentalidade das normas constitucionais, tem o condão de proporcionar-lhes a possibilidade de irradiarem seus efeitos por todo o tecido normativo, tornando questionável a visão liberal e clássica assentada na contraposição rígida entre direito público e direito privado. Ao irradiarem seus efeitos para todo o tecido normativo, as normas constitucionais ampliam a sua efetividade e promovem mudanças substantivas nas relações entre direito público e direito privado, entre as normas constitucionais e as normas de direito privado, viabilizando as discussões entorno da eficácia das normas de direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares.

Tecidas as considerações iniciais acerca dos pressupostos sociais e jurídicos que contribuíram para o surgimento e desenvolvimento da temática da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares, indispensável, antes de se adentrar no estudo da eficácia do princípio da igualdade nas relações jurídicas privadas, proceder à análise crítica das principais construções teóricas e pensamentos de estudiosos elaborados ao longo das últimas décadas sobre o tema, com o desiderato de verificar em que medida cada uma delas pode contribuir para a construção e proposição de uma solução diferenciada, que seja capaz de conciliar o exercício da autonomia privada e liberdade contratual com a tutela do princípio da igualdade e proteção contra a prática de discriminações ilícitas.

2 TEORIAS DA EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES JURÍDICAS ENTRE PARTICULARES

No atual estágio de desenvolvimento do constitucionalismo e da teoria dos direitos fundamentais, é praticamente inequívoco que os direitos fundamentais possuem eficácia nas relações jurídicas entre particulares. Sustentar a ineficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas representaria refutar a força normativa e efetividade das normas constitucionais, desprezando o importante papel desempenhado pelos direitos fundamentais no ordenamento jurídico.³⁴ Estando os particulares vinculados aos direitos fundamentais, seja direta ou indiretamente, cumpre, doravante, analisar criticamente as principais construções teóricas que se dedicaram ao estudo da temática da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares, para, posteriormente, definir se o princípio da igualdade possui eficácia nas relações jurídicas entre particulares, e, em caso positivo, definir de que forma, em que medida se processará essa eficácia.

Tecidas as considerações preliminares acerca dos fatores que contribuíram para o surgimento e desenvolvimento dos estudos relativos à eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas, imprescindível, para a consecução dos objetivos deste trabalho, apresentar os aspectos elementares das principais construções teóricas desenvolvidas sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares, quais sejam, as teorias da eficácia direta ou imediata, teoria da eficácia indireta ou mediata, a teoria dos deveres de proteção, teoria da integração, teoria da diferenciação e teoria da equiparação, apresentando e analisando criticamente os seus principais fundamentos, com o desiderato de verificar como cada uma delas pode contribuir para a construção de soluções diferenciadas para a eficácia do princípio da igualdade nas relações jurídicas entre particulares.

Considerando os objetivos do trabalho, que tem por corte metodológico o estudo da eficácia do princípio da igualdade nas relações jurídicas privadas, não serão objetos de estudo, em razão de sua incompatibilidade com a discussão acerca da eficácia do princípio da igualdade nas relações jurídicas privadas, teorias que sustentem a ineficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas, por se assentarem em premissas refutáveis, tais

³⁴ Conforme destaca Novais: “*Em primeiro lugar, parece pacífico que a recusa de qualquer eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares é inaceitável. O simples facto da existência de uma discussão que se prolonga por mais de cinquenta anos não permitiria, de resto, outra conclusão: alguma eficácia terá de haver, pois não pode toda a gente ter andado a discutir sobre o vazio durante todo esse tempo.*” (NOVAIS, 2007, p. 357). Em igual sentido Alexy: “*actualmente se acepta, en general, que las normas jusfundamentales influyen en la relación ciudadano/ciudadano, en este sentido, tienen un efecto en terceros o un efecto horizontal.*” (ALEXY, 2014, p. 104).

como a absoluta autonomia do direito privado, sua completa incomunicabilidade com o texto constitucional, e a ausência de subordinação hierárquica do direito privado ao texto constitucional. Na atualidade, parece incontroverso que os direitos fundamentais são aplicáveis às relações jurídicas entre os particulares, sendo o ponto controvertido, cerne e objeto das principais discussões teóricas, a necessidade de se determinar a medida, a forma como se processará essa eficácia, análise que, neste trabalho, se restringirá ao princípio da igualdade.³⁵

2.1 Teoria da eficácia indireta ou mediata

Dentre os entendimentos tradicionalmente defendidos pelos estudiosos da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas está a teoria da eficácia mediata ou indireta dos direitos fundamentais, que teve como o seu principal precursor Durig³⁶. A teoria da eficácia mediata ou indireta, partindo do pressuposto de que aos particulares é assegurada constitucionalmente a liberdade em seus diversos aspectos e conteúdos, sustenta a impossibilidade de que os direitos fundamentais possuam eficácia absoluta no âmbito das relações jurídicas privadas, aduzindo que as normas de direitos fundamentais carecem de intermediação para produzirem seus efeitos nas relações jurídicas entre particulares. Desta forma, os direitos fundamentais não incidiriam nas relações jurídicas privadas como direitos subjetivos, como ocorre nas relações jurídicas entre particulares e o poder estatal, atuando apenas como princípios objetivos ou ordem objetiva de valores.

A concepção segundo a qual os direitos fundamentais constituiriam também princípios objetivos ou ordem objetiva de valores, bem como o reconhecimento da fundamentalidade, força normativa e irradiante das normas constitucionais, constituem ponto de partida para o desenvolvimento do fenômeno da constitucionalização do direito. Os direitos fundamentais, compreendidos em sua dupla dimensão, não se restringem a exigir que o poder estatal se abstenha de violar os direitos fundamentais dos particulares, exigindo-lhe ações positivas com o intuito de garantir sua eficácia, em especial, mediante o exercício das atividades legislativa e jurisdicional.

Diante da incapacidade das normas de direitos fundamentais para produzirem efeitos diretamente sob as relações jurídicas privadas e vincular os particulares aos seus preceitos, a

³⁵ A análise da eficácia dos direitos fundamentais deverá ser realizada considerando o direito fundamental em questão, sua natureza e estrutura normativa, bem como as peculiaridades fáticas e jurídicas do caso concreto.

³⁶ DURIG, 1956.

sua eficácia dependeria da atividade mediadora concretizadora do legislador, em um primeiro plano, a quem competiria normatizar como se processará a eficácia de cada direito fundamental nas relações jurídicas privadas. Constatada omissão por parte do legislador em seu dever de concretizar conteúdo dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas, disciplinando a forma de aplicação, ou a insuficiência da normatização porventura existente, competiria aos órgãos jurisdicionais, a partir da análise da especificidade do caso concreto, conferir às normas infraconstitucionais vigentes interpretação conforme as normas constitucionais de direitos fundamentais, concretizando o seu conteúdo no âmbito das relações jurídicas entre particulares.

Para os defensores da teoria da eficácia mediata ou indireta, as cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados exerceriam, nesta ordem de ideais, relevante função para o ordenamento jurídico ao atuarem como cláusulas de abertura ou conceitos abertos, permitindo ao intérprete e aplicador concretizar o seu conteúdo a partir dos princípios objetivos ou ordem objetiva de valores consagrada pelas normas constitucionais, em especial, pelas normas constitucionais de direitos fundamentais.³⁷ Assim, a teoria da eficácia mediata ou indireta dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas, afasta o entendimento de que os direitos fundamentais são diretamente oponíveis nas relações jurídicas entre particulares como direitos subjetivos, condicionando a sua força normativa e à intermediação legislativa ou jurisdicional, transformando os direitos fundamentais em diretrizes interpretativas das normas jurídicas de direito privado, em um típico processo hermenêutico de interpretação conforme a Constituição.³⁸

Uma das principais preocupações daqueles que sustentam a eficácia mediata ou indireta dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares é a preservação da autonomia privada como princípio fundamental do direito privado.³⁹ De acordo com seus

³⁷ Conforme destaca Alfaro Aguila-Real: *“En efectos, las clausulas generales constituyen autenticas ‘normas de delegación’ al juez por parte del legislador para que aquel ‘componga’ la norma concreta aplicable al caso, de forma que la tarea de los jueces no se limita a interpretación legal en sentido estricto sino que, mediante un proceso de ‘concretación’ há de ir construyendo normas mas específicas que sean susceptibles de aplicación al caso concreto.”* (ALFARO AGUILA-REAL, 1993, p. 75)

³⁸ A interpretação conforme a Constituição caracteriza-se como importante princípio hermenêutico que orienta o intérprete a adotar, dentre as várias exegeses possíveis para uma norma jurídica, aquela que seja mais compatível com os preceitos constitucionais e que melhor promova a efetividade do texto constitucional, mesmo que não seja a mais evidente. A interpretação conforme a Constituição é indispensável para a efetivação do controle de constitucionalidade, tendo sido introduzido na jurisprudência constitucional brasileira a partir das experiências jurisprudenciais das Cortes Constitucionais alemã e italiana.

³⁹ Vazquez de Castro destaca que *“No obstante, hau que señalar que la civilistica alemana no es demasiado partidaria de la aplicación directa de los derechos fundamentales, debido ao temor que el principio de la autonomia de la voluntad pueda, de hecho, ser abolido.”* (VAZQUEZ DE CASTRO, 2010, p. 84).

defensores⁴⁰, a admissão de uma eficácia imediata e direta dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas significaria o total domínio das normas constitucionais sob as normas jurídicas de direito privado, bem como uma restrição demasiada da autonomia e liberdade contratual, conferida aos sujeitos de direito para constituírem relações jurídicas privadas, razão pela qual propõe uma visão dualista dos direitos fundamentais, segundo a qual os direitos fundamentais vinculariam apenas diretamente ao poder público e indiretamente aos particulares, mediante princípios e normas jurídicas próprias do direito privado. Por este motivo, sustentam que os princípios constitucionais da autonomia privada e liberdade devem continuar sendo os postulados essenciais a serem levados em consideração quando da resolução dos litígios decorrentes da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares.⁴¹

Para os defensores da eficácia indireta, os princípios constitucionais da autonomia privada, liberdade e livre desenvolvimento da personalidade, constituem fonte e fundamento das relações jurídicas privadas, razão pela qual devem ser considerados e preservados quando da resolução do caso concreto. Para Durig, submeter as atividades dos sujeitos privados aos mesmos postulados que limitam o poder estatal representaria transformar os direitos em deveres, de forma a inverter o sentido da garantia de direitos fundamentais.⁴² Segundo Hesse, superpor as normas constitucionais de direitos fundamentais às normas jurídicas e direito privado e cláusulas contratuais causaria uma restrição indevida à autonomia privada e à liberdade contratual, modificando a essência do direito privado e da principiologia que lhe é própria. Conforme aduz Hesse, “onde o direito privado deixa mais liberdade do que direitos fundamentais, essa liberdade não deve ser restringida por uma vinculação aos direitos fundamentais.”⁴³

Essa preocupação com a proteção do direito privado e da autonomia privada conduziu os defensores da teoria da eficácia indireta a sobrelevar o papel a ser desempenhado pelos órgãos legislativos e, de maneira subsidiária, pelos órgãos jurisdicionais. O legislador, na

⁴⁰ HESSE, 1955. CANARIS, 2003. LARENZ, 1993.

⁴¹ Canaris aponta os riscos em se generalizar a extensão da eficácia dos direitos fundamentais para as relações jurídicas privadas, ao assim se manifestar, “(...) se, porém, generalizarmos este entendimento, ele conduz a consequências dogmáticas insustentáveis, pois então ampla partes do direito privado, e em especial, do direito dos contratos e da responsabilidade civil, seriam guindadas ao patamar do direito constitucional e privadas da autonomia privada. Além disso, incorre-se em grandes dificuldades de ordem prática, já que a maioria dos efeitos jurídicos a que, conseqüentemente prosseguida tal concepção forçosamente chegaria – tal como a nulidade de contratos que restringem direitos fundamentais – teria de ser afastada logo por interpretação, pela sua evidente insustentabilidade. Foi, pois, com razão que a teoria da eficácia imediata acabou por não se impor.” (CANARIS, 2003, p. 52)

⁴² DURIG, 1956.

⁴³ HESSE, 1955, p. 286.

perspectiva da eficácia indireta dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares, assume relevante função de concretizar e densificar os direitos fundamentais, competindo-lhe transformar o conteúdo dos direitos fundamentais em normas jurídicas de direito privado aplicáveis ao caso concreto, considerando as peculiaridades das relações jurídicas privadas, sem que sua atividade importe em risco de supressão da autonomia privada, indispensável à tutela da liberdade individual. Note-se, portanto, que o legislador dispõe de estreita margem de atuação, tendo em vista que deverá conciliar a proteção dos direitos fundamentais com o respeito à autonomia privada e liberdade contratual, igualmente direitos fundamentais. Acerca da atividade concretizadora a ser desempenhada pelo legislador, Hesse preleciona que:

(...) ao legislador de Direito Privado corresponde constitucionalmente a tarefa de transformar o conteúdo dos direitos fundamentais, de modo diferenciado e concreto, em direito imediatamente vinculante para os participantes de uma relação jurídico-privada. A ele compete fundamentalmente cuidar das múltiplas modificações que obriga a influência dos direitos fundamentais sobre o Direito Privado. O legislador deve ter em conta que ele não pode reduzir-se e recortar a autodeterminação e a responsabilidade individuais, que a autonomia privada compreende também a possibilidade de contrair por livre decisão obrigações que os poderes públicos não podiam impor ao cidadão (HESSE, 1955, p.63-64, tradução nossa).⁴⁴

Caso o legislador seja omissivo em sua tarefa de concretizar e densificar o conteúdo dos direitos fundamentais, ao deixar de elaborar normas jurídicas infraconstitucionais, a responsabilidade para densificar o conteúdo dos direitos fundamentais para as relações jurídicas privadas é transferida aos órgãos jurisdicionais, mediante um processo hermenêutico integrador, que reconheça aos direitos fundamentais a natureza de princípios objetivos ou ordem objetiva de valores. Nessa perspectiva, para os defensores da eficácia mediata, o conteúdo das normas de direitos fundamentais se infiltrará nas normas jurídicas privadas aplicáveis ao caso, mediante o preenchimento do conteúdo das cláusulas gerais e conceitos indeterminados existentes no direito privado, permitindo, dessa forma, que as normas de direitos fundamentais irradiem seus efeitos por todo ordenamento jurídico. Conforme destaca Hesse:

⁴⁴ Conforme original: “Al legislador del Derecho Privado corresponde constitucionalmente la tarea de transformar el contenido de los derechos fundamentales, de modo diferenciado y concreto, en Derecho inmediatamente vinculante para los participantes en una relación jurídico-privada. A él compete fundamentalmente cuidar de las múltiples modificaciones a las que obliga la influencia de los derechos fundamentales sobre el Derecho Privado. El legislador debe tener en cuenta que ello no puede reducirse a recortar la autodeterminación y la responsabilidad individuales, que la autonomía privada comprende también la posibilidad de contraer por libre decisión obligaciones que los poderes públicos no podrían imponer al ciudadano.”

Ao juiz civil, finalmente, é liberado por princípio de necessidade de uma ampla aplicação imediata dos direitos fundamentais, que por regra geral faz imprescindíveis problemáticas ponderações jurídico-constitucionais. Pode se concentrar de novo em sua própria especialidade. Evidentemente lhe incumbe adiante o controle de constitucionalidade das normas jurídicas aplicáveis; em seu caso, há de interpretar o direito aplicável em conformidade com a Constituição, e deve observar os direitos fundamentais como princípios objetivos na precisão de conceitos indeterminados ou na interpretação das cláusulas gerais (HESSE, 1955, p.183, tradução nossa).⁴⁵

A teoria da eficácia indireta dos direitos fundamentais foi adotada pela primeira vez pelo Tribunal Constitucional alemão (1958), no julgamento do caso *Luth*⁴⁶, o qual reiterou seu entendimento em diversos casos posteriores, tais como *Blinkfuer*⁴⁷, *Lebach*⁴⁸ e *Wallraff*⁴⁹. Na decisão daquele caso paradigmático, influenciado pelo pensamento de Durig, o Tribunal Constitucional alemão assim se manifestou:

⁴⁵ Conforme original: “*Al juez civil, finalmente, se le libera por principio de la necesidad de una amplia aplicación inmediata de los derechos fundamentales, que por regla general hace imprescindibles problemáticas ponderaciones jurídico-constitucionales. Puede concentrarse de nuevo en su propia especialidad. Evidentemente le incumbe en adelante el control de constitucionalidad de las normas jurídicas aplicables; en su caso, há de interpretar el Derecho aplicable de conformidad con la Constitución, y debe observar los derechos fundamentales como principios objetivos en la precisión de conceptos indeterminados o en la interpretación de cláusulas generales.*”

⁴⁶ Trata-se de caso em que Erich Luth, presidente de uma associação de imprensa em Hamburgo, em uma conferência, que contava com a participação de diversos produtores e distribuidores de filmes, manifestou e incentivou um boicote ao filme “Amantes Mortais”, do diretor Veit Harlan, que na época do nazismo, havia dirigido diversos filmes antisemitas e propagandísticos para o regime nazista. Em razão do boicote, Veit Harlan deduziu pretensão indenizatória e inibitória em desfavor de Erich Luth, que foi julgada procedente nas primeiras instâncias. Em sede de recurso constitucional, o Tribunal Constitucional, anulou as decisões anteriores e sustentou o entendimento de que elas violariam o direito de liberdade de manifestação do pensamento de Erich Luth.

⁴⁷ Trata-se de caso em que o jornal denominado *Blinkfuer*, mesmo após a construção do muro de Berlim, permaneceu publicando a programação das rádios da República Democrática Alemã. Em razão de tal fato, a editora Springer, objetivando promover o boicote das publicações do jornal *Blinkfuer*, emitiu uma circular para todos os pontos de venda de jornais ameaçando-os suspender o fornecimento de seus produtos jornalísticos caso não interrompessem a comercialização do jornal *Blinkfuer*. A pretensão de indenização formulada pelo jornal *Blinkfuer* foi rejeitada em primeira instância. Em sede de recurso constitucional, o Tribunal Constitucional posicionou-se no sentido de que a editora Springer não poderia valer-se de sua posição econômica privilegiada para fazer prevalecer a sua opinião.

⁴⁸ Trata-se de caso em que um programa de televisão anunciava a divulgação de um documentário denominado de “O assassinato dos soldados em Lebach”, no qual se relatava crime cometido contra quatro soldados do exército alemão enquanto dormiam, em um quartel situado na cidade de Lebach. Um indivíduo, que havia sido condenado como cúmplice deste crime e que estava prestes a abandonar a prisão, deduziu pretensão inibitória aduzindo que a apresentação do documentário no qual seu nome e fotografia eram explicitados, violava seu direito de personalidade e prejudicava sua ressocialização. O Tribunal Constitucional, analisando o caso, entendeu que por se tratar de repetição de informações que não refletiam interesses atuais de informação, o direito de personalidade e de ressocialização deveriam prevalecer sobre o direito de informação.

⁴⁹ Trata-se de caso envolvendo um repórter que, adotando uma falsa identidade, obteve emprego de jornalista na redação do jornal sensacionalista *Bild-Zeitung*. Em razão dessa experiência profissional, obteve material para a edição de um livro. A empresa jornalística ingressou com uma pretensão inibitória, no sentido de impedir a publicação do livro produzido por *Wallraff*, a qual foi rejeitada em primeira instância. Em sede de recurso constitucional, o Tribunal Constitucional entendeu como ilícita a conduta adotada por *Walraff*, sob o argumento de que houve quebra de confiança na relação de emprego a justificar a restrição ao direito de liberdade de expressão.

O conteúdo dos direitos fundamentais como normas objetivas se desenvolve no direito privado por meio das disposições que diretamente regem este âmbito civil. Uma contenda entre particulares sobre direitos e deveres derivados de tais normas de Direito Civil influenciadas por direitos fundamentais segue sendo material e processualmente uma contenda jurídico-civil, ainda quando sua interpretação há de seguir o Direito Privado, à Constituição. A influência dos direitos fundamentais, como critérios valorativos, se realiza, sobretudo, mediante aquelas disposições do Direito Privado que contem direito imperativo e, portanto, formam parte da ordem pública em sentido amplo, é dizer, mediante princípios que, por razões de interesse geral, não de ser vinculantes para a modelação das relações jurídicas entre os particulares e, portanto, estão subtraídos à autonomia da vontade. Tais disposições, por finalidade, estão relacionadas com o Direito Público, do qual são um complemento, e em especial com o Direito Constitucional. Para realização dessa influência à jurisprudência são oferecidas cláusulas gerais que, como a do parágrafo 826, do BGB, remetem o juízo da conduta humana a medidas metacivis e inclusive metajurídicas. Na hora de decidir o que esses mandatos sociais exigem no caso concreto, deve-se partir, em primeiro lugar, da totalidade das representações de valor do desenvolvimento cultural fixado em sua Constituição. Por isso foram qualificadas, com razão, as cláusulas gerais, com pontos de irrupção dos direitos fundamentais no Direito Civil. Por mandato constitucional o juiz terá de examinar se as disposições de Direito Civil que ele deve aplicar materialmente estão influenciadas pelos direitos fundamentais na forma exposta, e, em seu labor de interpretação e aplicação, deverá ter em conta tais modificações do Direito Privado. (SILVA, 2008, p. 20)⁵⁰

Adotando a teoria da eficácia mediata dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares, o Tribunal Constitucional alemão, sustenta que os direitos fundamentais irradiarão seus efeitos para as relações jurídicas entre particulares mediante as cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, que atuarão como pontos de irrupção para concretização do conteúdo das normas constitucionais de direitos fundamentais. Apesar do esforço teórico e argumentativo empreendido pelos defensores da teoria da eficácia indireta dos direitos fundamentais, bem como de ser a teoria mais adotada nos ordenamentos jurídicos português e alemão, esta tem sido objeto de profundas críticas, que maculam e comprometem sua aceitação como teoria adequada para resolver a difícil questão de definir de que forma e em que medida os particulares encontram-se vinculados aos direitos fundamentais.

A teoria da eficácia mediata assumiu diversas matizações teóricas. A primeira delas, defendida por Garcia Torres⁵¹ e Cruz Vilallon⁵², restringe a eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares à atividade mediadora a ser exercida pelos órgãos legislativos, não admitindo que os órgãos jurisdicionais, diante da ausência de cláusulas gerais

⁵⁰ Interessante colacionar observação trazida por Venegas Grau, que ao analisar a decisão proferida no caso Luth, destaca que o Parlamento Federal alemão, eleito em 1949, não estava disposto a desenvolver pela via legislativa o conteúdo das normas constitucionais, de modo que alguns setores da doutrina alemã teriam instigado aos juízes a adotar uma posição mais ativa e evitar que as normas constitucionais ficassem despojadas de sua eficácia. (VENEGAS GRAU, 2004, p.139).

⁵¹ GARCIA TORRES, 1986, p. 146.

⁵² CRUZ VILALLON, 1998, p. 34.

e conceitos jurídicos indeterminados, decidam sobre os efeitos dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares. Uma segunda matização, menos restritiva, defendida por Alfaro Aguila-Real⁵³, sustenta ser preferencialmente competência dos órgãos legislativos concretizar e densificar o conteúdo dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares, competindo, aos órgãos jurisdicionais, desde que constatada a ausência legislativa, promover a irradiação dos efeitos das normas de direitos fundamentais através das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados. Não sendo possível a atividade de concretização, em razão da ausência de cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados, o direito fundamental não vincularia os particulares, não irradiando seus efeitos para as relações jurídicas particulares.

A terceira matização, adotada por Hesse⁵⁴, sustenta a primazia dos órgãos legislativos para concretizar e densificar o conteúdo dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares, competindo, em um segundo momento, aos órgãos jurisdicionais, desde que constatada a ausência legislativa, promover a irradiação dos efeitos das normas de direitos fundamentais para as relações jurídicas privadas, mediante a utilização das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados. Não sendo possível essa atividade de concretização do conteúdo dos direitos fundamentais, admite, em caráter excepcional, desde que se esteja diante de uma relação jurídica privada caracterizada por desigualdades fáticas entre os particulares ou relações de subordinação, a possibilidade da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares.

Por fim, uma quarta matização, adotada por Pinto⁵⁵, sustenta a primazia dos órgãos legislativos para concretizar e densificar o conteúdo dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares, competindo, em um segundo momento, aos órgãos jurisdicionais, diante da ausência legislativa, promover a irradiação dos efeitos das normas de direitos fundamentais através das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados. Inexistindo as cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados a permitir a infiltração do conteúdo dos

⁵³ ALFARO AGUILA-REAL, 1993, 60-61.

⁵⁴ HESSE, 1955, p. 45. Nesse sentido também é o entendimento de Larenz, para quem: *“La vinculación del juez a la ley conforme a la Constitución condiciona a la primacia de concretización del legislador. En tanto que el legislador haya dictado una regulamentación específica y esta se mantenga dentro dos límites prefijados por los principios constitucionales, el juez, por tanto, há de tomarla en consideración y no puede eludirla mediante una distinta concretización de los principios a la cual quisiera dar preferencia. Por ello solo hay margen para una concretización directa de los principios constitucionales por la jurisprudencia em tanto cuanto el legislador na hay hecho uso de su derecho preferente de concretización, y por tanto, especialmente, cuando el Derecho legal ordinario pone de manifiesto lagunas, así como en el caso de que la regulación legal no pueda ser interpretada conforme a la Constitución e, por consiguiente, se haya de negar validez.”* (LARENZ, 1993, p. 98).

⁵⁵ PINTO, 2007, p. 154.

direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas, independente da existência de desigualdades fáticas na relação jurídica entre particulares, admite a eficácia direta dos direitos fundamentais, competindo aos órgãos jurisdicionais concretizar e densificar o seu conteúdo.

2.2 Críticas à teoria da eficácia indireta ou mediata dos direitos fundamentais

A primeira crítica recai sobre a essência da teoria da eficácia indireta, ao questionar a adequação em se recorrer à ordem objetiva de valores para a resolução do caso concreto. Um dos principais críticos, Habermas⁵⁶, alerta para o risco em se substituir os juízos deontológicos, assentados no código binário das normas jurídicas, que se realizam no plano do dever ser, por juízos axiológicos, realizados mediante a ponderação de valores, os quais desvirtuam a discussão do plano do dever ser para o plano daquilo que é bom.⁵⁷ Esse problema decorre da impossibilidade de se extrair da ordem objetiva de valores deveres conteúdos determinados e inequívocos a serem observados pelos particulares em suas relações jurídicas privadas, haja vista que os valores não possuem a estrutura binária típica das normas jurídicas.⁵⁸

A crítica de Habermas⁵⁹ se aproxima da crítica aventada por Hesse⁶⁰ ao sustentar que o recurso à ordem objetiva de valores implicaria risco à segurança jurídica, em razão da ausência de clareza conceitual inerente aos valores, característica que é potencializada pelo

⁵⁶ HABERMAS, 2009. Atualmente constitui entendimento predominante entre os teóricos que a colisão entre princípios deverá ser resolvida mediante a técnica da ponderação. Essa questão, todavia, não é pacífica, recebendo inúmeras críticas de teóricos com Jürgen Habermas, Klaus Günther e Friderich Müller, que apontam os riscos decorrentes da substituição de juízos deontológicos por juízos axiológicos, traduzindo-se em insegurança jurídica e decisionismo judicial. Esses teóricos sugerem a substituição da técnica da ponderação pela adoção de juízos de adequação, para delimitar, a partir das variáveis fáticas e jurídicas e normativas do caso concreto, qual princípio se apresenta mais adequado ao caso concreto.

⁵⁷ Conforme assevera Fernandes, a partir de uma leitura da obra de Dworkin: “*a leitura axiológica, bem como o decisionismo individualista por parte do magistrado, acabam por destruir a noção de dever (sollen) inerente ao direito – deontológica. O direito estabelece condutas a partir de uma linguagem binária: ou algo é lícito ou é ilícito. Não há uma terceira via; não há o meio lícito ou o meio ilícito. A leitura axiológica levada a cabo pela teoria da ‘proporcionalidade’ comete o equívoco de tratar tudo como uma questão de preferência, retirando do direito a sua função de traçar antecipadamente as condutas socialmente corretas (lícitas) do seu oposto (ilícito), e, com isso, perde-se o norte de qual conduta é correta.*” (FERNANDES, 2014, p. 344).

⁵⁸ Conforme destaca Cruz: “*Tratar direitos fundamentais como valores, como preferência do juiz que for apreciá-lo importa em um risco grande demais para a consistência de uma democracia legítima, eis que abala tanto o código binário do direito, como põe em risco a equiprimordialidade da autonomia pública com a privada, eis que os direitos fundamentais, deixam de ser tidos como triunfos – no dizer de Dworkin –, e passam a ser relativizados por meio de juízos de valor dos diferentes órgãos estatais. Logo, a nosso sentir, a teoria da eficácia direta precisa ser depurada da noção de que ela só possa ser empregada por meio de uma teoria da argumentação de natureza axiológica. Direitos fundamentais ajudam a compor a essência de um sistema jurídico que pretenda legitimamente estabilizar as expectativas sociais de comportamento. Dessa forma, exigem respeito para a sua natureza deontológica de modo a evitar a desnaturação do Direito em Política.*” (CRUZ, 2007, p.354).

⁵⁹ HABERMAS, 2009, p. 321.

⁶⁰ HESSE, 1955, p. 183.

fato de que, tanto as cláusulas gerais, quanto os conceitos jurídicos indeterminados, possuem elevado grau de vagueza semântica e fluidez normativa.⁶¹ Note-se que a crítica não se dirige às cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, pois notória sua importância como técnica legislativa destinada a conferir abertura e mobilidade ao direito privado, mas sim ao risco do subjetivismo jurídico decorrente da atribuição de poder aos órgãos jurisdicionais para a realização de juízos axiológicos na concretização do conteúdo dos direitos fundamentais no âmbito das relações jurídicas privadas.⁶² Segundo destaca Habermas:

Ao deixar-se conduzir pela ideia de realização de valores materiais, dados preliminarmente no direito constitucional, o tribunal constitucional transforma-se numa instância autoritária. No caso de uma colisão, todas as razões podem assumir o caráter de argumentos de colocação de objetivos, o que faz ruir a viga mestra introduzida no discurso jurídico pela compreensão deontológica de normas e princípios de direito (...) Na medida em que um tribunal constitucional adota a teoria da ordem de valores e a toma como base de prática decisória, cresce o perigo de juízos irracionais, porque, nesse caso, os argumentos funcionalistas prevalecem sobre os normativos (HABERMAS, 2009, p. 321-322).

De acordo com Alexy⁶³, o recurso a uma ordem objetiva de valores, se por um lado possui a vantagem de garantir a flexibilidade, por outro, peca por sua imprecisão, tornando a fundamentação jurídica um processo obscuro, ao exigir do intérprete que deduza ou derive de princípios abstratos, conteúdos concretos, aplicáveis às relações jurídicas entre particulares.⁶⁴

⁶¹ Preleciona Canaris que, “*Em estreita conexão com esta crítica está, finalmente, o facto de a lei compreender uma porção de cláusulas gerais ‘carecidas de preenchimento com valorações’ tais como a boa-fé, os bons costumes, a exigibilidade, o cuidado necessário no tráfego, etc. Nestas, a concretização da valoração e a formação de proposições jurídicas só podem operar perante o caso concreto ou em face de grupos de casos considerados como típicos; semelhantes normas são, assim, de antemão, de dogmatização inviável. Acresce ainda que a passagem de tais cláusulas carecidas de preenchimento com valorações para as demais disposições é inteiramente fluida, podendo mesmo dizer-se que todas as determinações da lei carecem, numa ou noutra direção, de concretização valorativa.*” (CANARIS, 2003, p.44).

⁶² Destaca Nery: “*a vantagem da cláusula geral é que ela permite que o sistema do Código Civil seja revestido de maior mobilidade, abrandando a rigidez da norma conceitual casuística. Faz o sistema ficar vivo e sempre atualizado, prolongando a aplicabilidade dos institutos jurídicos, amoldando-os às necessidades da vida social, econômica e jurídica. Evita o engessamento da lei civil.*” (NERY, 2008, p. 213) A autora, todavia, aponta os riscos de sua adoção, ao aduzir que “*as cláusulas gerais conferem certo grau de incerteza, dada a possibilidade de o juiz criar norma pela determinação dos conceitos, preenchendo o seu conteúdo com valores.*” (NERY, 2008, p. 213)

⁶³ ALEXY, 2014, p. 320

⁶⁴ ALEXY, 2014, p. 510. Ainda de acordo com Sampaio Júnior, “*A vantagem das cláusulas gerais repousa sobre a convicção de que o legislador, não tendo o dom da onisciência, seria incapaz de disciplinar todas as múltiplas questões que surgem no seio da sociedade e que demandam a atenção do Direito. Por conseguinte, ao juiz caberia um papel ativo, de construção do Direito, e não apenas de sua aplicação. Ademais, as cláusulas gerais representam a tentativa de manter o texto legal atualizado em face de alterações sociais, políticas ou econômicas, que poderiam fazer com que ele se divorciasse da nova realidade, fazendo-se necessária a sua atualização. Considerando a demora natural do processo legislativo, que retarda a tão necessária adequação da lei a um novo contexto, o recurso às cláusulas gerais há de ser elogiado.*” (SAMPAIO JÚNIOR, 2008, p. 4649). Contudo, destaca o autor que: “*infelizmente, também não se pode questionar que o modelo ora adotado não é mais compatível com a evolução da própria técnica legislativa, por conferir excessivo poder ao magistrado.*” (SAMPAIO JÚNIOR, 2008, p.4664).

Mendes ainda destaca que a ausência de uma definição precisa do que constitui a ordem objetiva de valores “dificulta senão impossibilita uma decisão clara sobre os valores que não de prevalecer em uma dada situação em conflito”, e conclui que “a incerteza quanto aos critérios quase permitiriam afirmar que uma orientação pelos valores básicos poderia fundamentar qualquer decisão, situação que comprometeria a segurança jurídica e a integridade do Direito, enquanto sistema normativo.”⁶⁵

A substituição dos juízos deontológicos por juízos de valor acaba por atribuir aos órgãos jurisdicionais a possibilidade de intervenção ilimitada na definição da extensão e do conteúdo do direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares, dando azo, conforme destaca Schmitt⁶⁶, à tirania dos direitos fundamentais sobre as relações jurídicas privadas e à sobrelevação do papel dos órgãos jurisdicionais na ponderação dos valores em conflito, propiciando o indesejável decisionismo, que pode comprometer a garantia da liberdade contratual e da autonomia privada, indispensáveis aos particulares na conformação de suas relações jurídicas privadas.

Há a preocupação com o respeito ao princípio da separação de poderes, dada a possibilidade de que os órgãos jurisdicionais, mediante juízos de preferibilidade, criem, modifiquem ou extingam direitos no âmbito das relações jurídicas privadas, desconsiderando decisões legislativas alicerçadas no princípio democrático, bem como a preocupação que os órgãos jurisdicionais intervenham demasiadamente nas relações jurídicas particulares, subtraindo a capacidade dos indivíduos para se autodeterminarem, exercerem sua autonomia privada e liberdade contratual. Novais destaca relevante questão sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares:

(...) o verdadeiro problema que o tema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares encerra não é um problema sociológico, mas jurídico-constitucional. Não é o problema de saber se as relações entre privados se caracterizam pela horizontalidade ou verticalidade, se a liberdade individual pode ser ameaçada por outros particulares ou se nas relações privadas há relações de poder. O problema é o de saber qual enquadramento dogmático mais adequado dos conflitos jurídicos que emergem dessas realidades e, especificamente, qual o tipo e natureza das garantias jurídicas de que os particulares aí devem dispor para se defenderem de tais ameaças e quais as responsabilidades e margens de decisão dos diferentes órgãos estatais na resolução desses conflitos. Isto significa que, para além do problema jurídico-constitucional incidente sobre a relevância que os direitos fundamentais desenvolvem nas relações entre particulares, há também aí um problema de distribuição de competências, de separação de poderes, designadamente o das margens relativas da intervenção que deve caber ao legislador e ao juiz (NOVAIS, 2007, p. 380).

⁶⁵ MENDES, 2004, p. 228.

⁶⁶ SCHMITT, 1982, p. 87.

A segunda crítica direciona-se à concepção de que os direitos fundamentais, enquanto ordem objetiva de valores, irradiariam seus efeitos e se infiltrariam no direito privado através das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados. A crítica torna-se contundente se se considerar a possibilidade de inexistirem cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados aptos a atuar como pontos de irrupção para os direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares. Nessa hipótese, como os direitos fundamentais irradiarão seus efeitos para as relações jurídicas entre particulares se inexistem as cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados? E nos casos de completa omissão legislativa, em que inexista qualquer norma jurídica de direito privado densificando o conteúdo de determinado direito fundamental? De duas, uma: ou os defensores da tese da eficácia indireta sustentarão que o direito fundamental não terá eficácia no âmbito da relação jurídica privada ou se verão obrigados a admitir a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares, sob pena de se negar a força normativa das normas constitucionais sobre o direito privado.⁶⁷

Se se partir do pressuposto de que as normas constitucionais são dotadas de força normativa, fundamentalidade e superioridade hierárquica, restringir e condicionar a irradiação e infiltração do conteúdo dos direitos fundamentais às cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados apresentar-se-á contraditório, em razão da possibilidade de que os órgãos jurisdicionais, ao apreciarem o caso concreto em que haja conflito de direitos fundamentais, atribuam às normas jurídicas infraconstitucionais interpretação conforme à Constituição, afirmando a sua constitucionalidade. A irradiação dos efeitos das normas constitucionais de direitos fundamentais sobre as normas jurídicas de direito privado pode, inclusive, independer das cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados, podendo recair sobre qualquer norma jurídica infraconstitucional vigente. Nesse sentido, salienta Vale que:

(...) deve-se enfatizar que, ao fim e ao cabo, a teoria da eficácia mediata acaba por admitir, ainda que de forma camuflada, a possibilidade de uma eficácia direta dos direitos fundamentais. O precedente criado pelo Tribunal Constitucional alemão no caso Luth e seguido nos casos posteriores, como Blinkfuer, determinou que o juiz está diretamente vinculado pelas normas de direitos fundamentais, porquanto se não as observa em sua decisão, viola o direito fundamental do indivíduo de ter sua controvérsia resolvida com base em direitos fundamentais. Assim, ao cidadão que leva sua controvérsia aos tribunais não se reconhece um direito fundamental

⁶⁷ Importante destacar que, hodiernamente, mesmo autores como CANARIS e STERN, reconhecem que a irradiação do conteúdo dos direitos fundamentais para as relações jurídicas entre particulares não pode ficar condicionada ou restrita à existência de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, podendo ocorrer em relação a qualquer norma jurídica infraconstitucional, em especial, mediante a interpretação conforme a Constituição. (CANARIS, 2003) e (STERN, 1987).

diretamente aplicado em sua relação privada com outros indivíduos, mas lhe é concedido o direito fundamental de obter a solução de sua contenda. Na prática, não há diferenças. Os defensores da eficácia mediata atestam que somente o juiz estará vinculado pelas normas de direitos fundamentais. Porém, se o órgão judicial está obrigado a respeitar os direitos fundamentais é porque esses direitos são eficazes nas relações privadas e devem se observados pelo particular a quem se atribui a suposta violação (VALE, 2004, p. 159-160).

A teoria da eficácia indireta dos direitos fundamentais, ao condicionar a eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares à mediação legislativa ou jurisdicional inverte a própria lógica do ordenamento jurídico ao dar primazia ao princípio da legalidade em detrimento do princípio da constitucionalidade, relativizando a força normativa, o efeito irradiante e a supremacia das normas constitucionais. Os direitos fundamentais estariam com a sua eficácia condicionada à vontade política dos órgãos legislativos ou a judicialização dos conflitos privados, demandando a atuação dos órgãos jurisdicionais na concretização dos efeitos dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas, o que é incompatível com o atual estágio de desenvolvimento do constitucionalismo.⁶⁸ Seria o mesmo que sustentar que a eficácia das normas constitucionais estará sempre condicionada à atuação dos órgãos legislativos ou jurisdicionais.

A terceira crítica recai sobre um dos argumentos aduzidos para justificar a teoria da eficácia indireta dos direitos fundamentais, qual seja, de que as normas constitucionais que veiculam direitos fundamentais, por constituírem enunciados normativos abstratos, ambíguos, semanticamente vagos, abertos e flexíveis, colocariam em risco a segurança e previsibilidade jurídicas, tão desejadas às relações jurídicas privadas, demandando, para sua aplicação ao caso concreto, a realização de processos hermenêuticos e ponderações complexas. Ocorre, todavia que, a teoria da eficácia indireta, ao contrário de efetivamente proteger a segurança jurídica, incorre no mesmo problema atribuído à teoria da eficácia direta, ao olvidar-se que, identicamente aos enunciados de direitos fundamentais, as cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados se caracterizam pelo elevado grau de indeterminação normativa, sendo tão vagos e imprecisos quanto as normas de direitos fundamentais, razão pela qual, em

⁶⁸ Conforme crítica elaborada por Vieira de Andrade: “ou se considera o direito privado, à maneira liberal, como um ordenamento independente do direito público e, portanto, do sistema constitucional – tese inadmissível e anacrônica –, ou se limita a vinculação das entidades privadas à obrigação de respeitar a lei ordinária, que, pelo seu lado, estaria sujeita ao princípio da constitucionalidade. (...) A ideia da aplicabilidade mediata foi (compreensivelmente) mal defendida, porque seus partidários não se libertaram do peso das concepções liberais-individualistas e deixaram-se influenciar pela circunstância de ter sido o direito civil, na sua ancianidade, que primeiro assegurou os direitos fundamentais nas relações privadas.” (VIEIRA DE ANDRADE 2009, p. 289) Segundo destaca Sombra “a teoria da eficácia mediata poderia ser traduzida em um pedido de permissão dos direitos fundamentais ao Direito Privado para que pudessem incidir nas relações por este reguladas.” (SOMBRA, 2004, p. 162)

ambos casos, a concretização do conteúdo dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares ficará nas mãos dos órgãos jurisdicionais.⁶⁹

2.3 Teoria da eficácia direta ou imediata

Dentre os entendimentos tradicionalmente defendidos pelos estudiosos da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas, está a teoria da eficácia imediata ou direta dos direitos fundamentais, cujos precursores são Nipperdey⁷⁰ e Leisner⁷¹. Para os defensores da eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas, os direitos fundamentais possuem eficácia direta sobre as relações jurídicas privadas, vinculando os particulares independentemente de mediação concretizadora por parte dos poderes públicos, seja pela atividade legislativa ou pela atividade jurisdicional. As normas constitucionais de direitos fundamentais, na condição de princípios objetivos, irradiariam seus efeitos pelo ordenamento jurídico, inclusive sobre as relações jurídicas entre particulares.⁷²

Partindo do pressuposto de que não apenas o poder público, mas também os particulares são capazes de restringir o exercício dos direitos fundamentais no âmbito das relações jurídicas privadas, a teoria da eficácia imediata ou direta assenta-se no reconhecimento da dupla dimensão ou função dos direitos fundamentais, quais sejam, as dimensões subjetiva e objetiva. Para além constituírem direitos subjetivos ou liberdades públicas subjetivas, limitando a intervenção do poder estatal na esfera de direitos dos indivíduos, os direitos fundamentais expressariam princípios objetivos que irradiariam seus efeitos sobre todo ordenamento jurídico, de modo que, os particulares, no âmbito de suas relações jurídicas privadas, estariam vinculados à observância das normas jurídicas de direitos fundamentais, que atuariam como limites ao exercício da autonomia privada e liberdade

⁶⁹ Conforme destaca Sarmiento, “*a objeção concernente à insegurança jurídica é ponderável, mas também pode ser refutada. Em primeiro lugar, porque, no próprio Direito Privado, desde o advento da jurisprudência dos conceitos e da edição do BGB na Alemanha, em fins do século XIX, é extremamente frequente o emprego de conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais, que também apresentam reduzido grau de determinação semântica. Portanto, deixar a Constituição na resolução dos conflitos entre particulares não restauraria o reino da segurança jurídica da era da Escola da Exegese, pelas próprias características do Direito Privado contemporâneo.*” (SARMENTO, 2006, p.242)

⁷⁰ NIPPERDEY, 2012.

⁷¹ LEISNER, 1960.

⁷² Nipperdey, sustentando o caráter absoluto dos direitos fundamentais, destaca que, “*o efeito jurídico é muito mais um efeito normativo direto, que modifica as normas de direito privado existentes, não importa se se trata de direitos cogentes ou dispositivos, de cláusulas gerais ou normas jurídicas específicas, ou cria novas normas, sejam proibições, deveres, direitos subjetivos, leis de proteção ou motivos justificadores.*” (NIPPERDEY, 2012, p. 53).

contratual. Naranjo de La Cruz, ao analisar a dupla dimensão dos direitos fundamentais sustenta que:

(...) os direitos fundamentais, em sua dupla vertente subjetiva e objetiva, constituem fundamento de todo o ordenamento jurídico e são aplicáveis em todos os âmbitos de atuação humana de maneira imediata, sem intermediação do legislador. Por isso, as normas de direitos fundamentais contidas na Constituição geram, conforme a natureza e teor literal, direitos subjetivos dos cidadãos oponíveis tanto aos poderes públicos como aos particulares (NARANJO DE LA CRUZ, 2000, p. 215, tradução nossa)⁷³

A teoria da eficácia direta ou imediata, partindo do pressuposto de que os direitos fundamentais constituem direitos subjetivos constitucionais, dotados de dimensão objetiva, que lhes possibilita irradiar efeitos sobre o ordenamento jurídico, sustenta a desnecessidade de mediação legislativa para que produzam efeitos nas relações jurídicas entre particulares, inclusive para restringir e condicionar o exercício da autonomia privada e da liberdade contratual. Os órgãos jurisdicionais, ao apreciarem o caso concreto, poderiam valer-se diretamente das normas de direitos fundamentais e delas extrair direitos subjetivos oponíveis entre os particulares.

Sob a perspectiva da teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais, Alexy⁷⁴ sustenta que os direitos fundamentais, deixam de ser concebidos apenas como critérios hermenêuticos ou normas de integrativas, para serem reconhecidos como normas constitucionais diretamente aplicáveis às relações jurídicas entre particulares, das quais podem ser extraídos direitos subjetivos individuais. Na esteira do pensamento de Nipperdey:

Para que os direitos fundamentais, como normas objetivas, rejam o direito privado, não se requer nenhum ‘meio’, nenhum ‘ponto de infiltração’, como pretendem ser as cláusulas gerais. Antes bem, o efeito jurídico é direto e normativo, que modifica ou regenera as normas jurídico-privadas existentes, sejam direitos imperativos ou dispositivos, cláusulas gerais ou normas jurídicas determinadas, trate-se de

⁷³ Conforme original: “los derechos fundamentales, en su doble vertiente subjetiva y objetiva, constituyen el fundamento del entero ordenamento jurídico y son aplicables en todos los ámbitos de actuación humana de manera inmediata, sin intermediación del legislador. Por ello, las normas de derechos fundamentales contenidas en la Constitución generan, conforme a su naturaleza e teor liberal, derechos subjetivos de los ciudadanos oponibles tanto a los poderes públicos como a los particulares.” Naranjo de La Cruz sustenta que o grau de eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas com o poder público e com os particulares dependerá de sua natureza, estrutura normativa e literalidade, refutando qualquer pretensão de se elaborar construções teóricas acerca da eficácia dos direitos fundamentais universalmente válidas para todos os direitos fundamentais. A eficácia de cada direito fundamental deverá ser analisada de forma individualizada e particularizada, considerando, inclusive, as especificidades fáticas e jurídicas do caso concreto. Essas considerações não impedem, todavia, a elaboração de teorizações acerca dos aspectos gerais dos direitos fundamentais, as quais deverão ser confirmadas ou rechaçadas caso a caso, argumentativamente.

⁷⁴ ALEXY, 2014.

proibições, mandatos, direitos subjetivos, direitos de proteção ou causas de justificação (NIPPERDEY, 2012, p.65).

A teoria da eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais adquiriu projeção ao ser adotada pelo Tribunal Federal do Trabalho alemão, que ao apreciar conflito surgido no âmbito de relação laborativa, assim se posicionou acerca do tema,

(...) em verdade, nem todos, mais uma série de direitos fundamentais destinam-se não apenas a garantir direitos de liberdade face ao Estado, mas também a estabelece as bases essenciais da vida social. Isso significa que disposições relacionadas com os direitos fundamentais devem ter aplicação direta nas relações privadas entre os indivíduos. Assim, acordos de direito privado, os negócios e os atos jurídicos não podem contrariar aquilo que se convencionou chamar ordem básica ou ordem pública (STEINMETZ, 2004, p. 166).⁷⁵

Com o passar do tempo, especialmente em razão dos debates e críticas que lhe foram dirigidas, a teoria da eficácia direta recebeu diversas matizações, partindo de uma versão originária, denominada de forte, reconhecedora de uma eficácia geral, plena e indiferenciada dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares, passando por uma versão intermediária, que reconhece que nem todos os direitos fundamentais e nem todas as situações jurídicas são compatíveis com a eficácia direta dos direitos fundamentais, até chegar a uma versão intitulada de fraca, que restringe à eficácia imediata dos direitos fundamentais às relações jurídicas entre particulares marcadas pelas desigualdades fáticas ou subordinação de um dos particulares ao outro.

A versão forte, defendida por Nipperdey⁷⁶, não encontra mais sustentação na doutrina e jurisprudência, seja por se olvidar que a autonomia privada também constitui direito fundamental tutelado pelo ordenamento jurídico, seja pelo fato de, ao conceber os direitos fundamentais dotados de uma eficácia absoluta, olvidar-se que, no fundo, o problema da eficácia é um problema de conflito de direitos fundamentais, razão pela qual a definição da extensão da eficácia somente poderá ser determinada face ao caso concreto, mediante a

⁷⁵ Note-se que, posteriormente, o mesmo Tribunal voltou a se posicionar no seguinte sentido: “nem todos, mas de qualquer modo, toda uma série de importantes direitos fundamentais da Constituição não devem somente garantir os direitos de liberdade nos confrontos com o Estado, mas constituem antes princípios para a organização da vida social que têm, em uma medida que deverá ser especificada sobre a base de cada direito fundamental, uma relevância imediata também para as relações jurídicas entre cidadãos.” (STEINMETZ, 2004, p. 166) O próprio Tribunal Federal do Trabalho alemão, capitaneado por Nipperdey, reconheceu que nem todos os direitos fundamentais possuirão eficácia nas relações jurídicas entre particulares. Conforme se demonstrará ao longo do trabalho, a eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares, além de ser primordialmente indireta, dependerá de uma série de fatores e condicionantes a serem analisados diante do caso concreto.

⁷⁶ NIPPERDEY, 2012.

ponderação dos direitos fundamentais em colisão. Portanto, inadequado sustentar de antemão, sem considerar as especificidades do caso concreto, que um determinado direito fundamental possui primazia ou eficácia absoluta sobre os demais direitos fundamentais tutelados pelo ordenamento jurídico. A primazia ou prevalência de um direito fundamental em relação a outro somente será possível diante da análise do caso concreto e determinada a partir de suas circunstâncias fáticas e jurídicas.

2.4 Críticas à teoria da eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais

Para além das tradicionais e clássicas críticas, no sentido de que o reconhecimento da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares colocaria em risco a autonomia privada e a própria independência do direito privado, a teoria da eficácia direta também é alvo de inúmeras críticas que recaem sob seus pressupostos e fundamentos. A primeira delas, aventada por Novais⁷⁷, está relacionada ao fato de que, a despeito de seus defensores sustentarem a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações jurídicas particulares, quando estão diante do princípio da igualdade, não conseguem sustentar seu entendimento, ao reconhecer que o princípio da igualdade vincula de forma diferenciada o poder estatal e os particulares.⁷⁸

A crítica é construída no sentido de que os defensores da teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais tentam construir uma teoria que valha para os direitos fundamentais em geral. Ocorre, todavia, que mesmo diante dessa pretensão universalista, desde o início, seus próprios defensores reconhecem a impossibilidade e inadequação de se sustentar a eficácia direta de todos os direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas. Sob essa perspectiva, Novais critica os riscos da ambição maximalista da teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais, ao sustentar que ela, ao pretender que todos os direitos fundamentais vinculem idêntica e diretamente o poder estatal e os particulares, coloca em risco a própria efetividade e força normativa das normas constitucionais, uma vez que:

⁷⁷ NOVAIS, 2007, p. 370.

⁷⁸ De acordo com Montoya Melgar “*En efecto, en principio, la prohibición de discriminación – tras la doctrina de la Drittwirkung – concierne y obliga a todos los sujetos de derecho – publico y privados – aunque no en la misma medida y forma de actuación. De esta manera, hay que entender que las relaciones entre sujetos privados no son impermeables al derecho sino que juegan de otro modo, habiendo tutelarse al mismo tiempo otros derechos, principios y valores – como el principio de la autonomía de la voluntad que cuenta también con un respaldo constitucional – por lo que el de igualdad há de se aplicarse matizadamente.*” (MONTROYA MELGAR, 2007, p. 457)

No fundo, esta ambição maximalista da tese da eficácia directa tem duas saídas, mas ambas igualmente rejeitáveis: ou leva aquela ambição a sério, acabando por transformar os direitos fundamentais, de garantias jurídicas da liberdade individual – como foram construídos e consolidados ao longo de duzentos anos – em fundamentos de pesada restrição e limitação da liberdade e autonomia individuais; ou não leva os direitos fundamentais a sério, isto é, proclama a existência de direitos subjectivos fundamentais contra os particulares, mas, depois, não retira quaisquer consequências dessa proclamação. Porém, a ser assim, como na realidade tende a acontecer, acaba a degradar os direitos fundamentais como garantias jurídicas e, conseqüentemente, a minar a força normativa da Constituição (NOVAIS, 2007, p. 379).

A teoria da eficácia directa dos direitos fundamentais, a despeito pretender ampliar o lastro protetivo dos direitos fundamentais, ao sustentar a ampliação de sua eficácia para as relações jurídicas privadas, também não resolveu relevante problema, qual seja, definir se os particulares, em suas relações jurídicas privadas, ao restringirem os direitos fundamentais de outros particulares, estão obrigados, assim como o poder estatal, a observar e respeitar os princípios igualdade e da proporcionalidade. Os particulares, ao celebrarem contratos, estariam obrigados a garantir as mesmas condições contratuais a outros particulares que com eles desejem contratar? Ao celebrarem negócios jurídicos, seria exigível que os particulares adotem apenas medidas adequadas – indagando-se se os objetivos perseguidos são relevantes e legítimos; medidas estritamente necessárias - indagando se os objetivos perseguidos podem ser alcançados com uma menor restrição aos direitos alheios; e, por fim, apenas medidas proporcionais em sentido estrito – exigindo-lhe que mensure se os benefícios decorrentes da prática do ato são superiores aos prejuízos decorrentes da restrição ao direito fundamental?

Exigir dos particulares que adotem apenas condutas razoáveis e as justifiquem, como se exige do poder público, representaria uma limitação demasiada de sua autonomia privada e liberdade contratual, eliminando a espontaneidade do agir humano, a possibilidade de se adotar condutas irracionais e desproporcionais, “limitando indevidamente o direito dos particulares de dispor de sua esfera jurídica como tenham por conveniente.”⁷⁹ Como exigir que alguém somente persiga objetivos relevantes e legítimos? Como definir o que são considerados objetivos relevantes e legítimos sob a perspectiva da autonomia privada e do direito ao livre desenvolvimento da personalidade? Seria possível exigir que os particulares,

⁷⁹ ALFARO AGUILA-REAL, 1993, p. 62. Conforme original: “*limita indebidamente el derecho de los particulares a disponer de su esfera jurídica como tengan conveniente.*” Em igual sentido salienta Vazquez de Castro que: “*No es posible entender que el Estado obligue a los particulares a someterse al principio de igualdad, porque eso sería una aberración y anularía la autonomía privada. Los particulares pueden realizar contratos con Pepe y no con Juan. Se les da la gana, pueden condonar su deuda a un acreedor y no hacerlo con outro. La imposición a los particulares del mandato, dirigido al Estado, de igualdad de trato vulneraría la libertad individual.*” (VAZQUEZ DE CASTRO, 2010, p. 93).

dentre as diversas opções que estejam ao seu alcance para a realização de um interesse escolham aquelas menos restritiva aos direitos alheios?

Uma segunda crítica, também dirigida à teoria da eficácia indireta, diz respeito à imprecisão, fluidez e vagueza semântica dos preceitos constitucionais veiculadores de direitos fundamentais e suas consequências sobre a atividade concretizadora a ser realizada pelos órgãos jurisdicionais na apreciação do caso concreto. Novais, sobre essa questão, esclarece que além do problema jurídico da “relevância que os direitos fundamentais desenvolvem nas relações entre particulares, há também um problema de distribuição de competências, de separação de poderes, designadamente o das margens relativas da intervenção que deve caber ao legislador e ao juiz.”⁸⁰. Neste ponto retoma-se a discussão acerca da possibilidade de que os órgãos jurisdicionais, invocando diretamente preceitos constitucionais imprecisos e fluidos, independentemente da existência de normas jurídicas de direito privado específicas, definam ou alterem o conteúdo das relações jurídicas entre particulares, avaliando se as restrições decorrentes da celebração do contrato são constitucionais ou não.

Trata-se de uma tensão inevitável, decorrente do reconhecimento da força normativa e dos efeitos irradiantes das normas constitucionais sobre o ordenamento jurídico, que acaba por transformar os conflitos jurídicos entre particulares em conflitos de direitos fundamentais, exigindo respostas dos órgãos legislativos e jurisdicionais. Os órgãos jurisdicionais, diante da lacuna normativa – situação comum, que potencializa o problema –, tem que se valer e invocar preceitos constitucionais dotados de elevado grau de indeterminação para a resolução dos conflitos privados. Sarmiento, ao analisar a questão, destaca que:

(...) diante do elevado grau de indeterminação das normas empregadas no processo de filtragem constitucional, esta correspondência à ordem jurídica que legitima as decisões judiciais só raramente poderá ser aferida através de um simples silogismo. Em regra serão necessários procedimentos hermenêuticos mais complexos, como interpretações mais construtivas, ponderações, etc., nos quais o julgador terá participação mais ativa na definição do resultado. Portanto, não será possível, aqui, evitar o questionamento sobre a legitimação democrática das decisões, já que elas envolverão um certo grau de volição (SARMENTO, 2008, p. 136).

A crítica está voltada para a violação aos princípios da segurança jurídica, da separação de poderes e ao princípio democrático, uma vez que a teoria da eficácia direta permitiria aos órgãos jurisdicionais projetar os efeitos dos direitos fundamentais sobre as relações jurídicas entre particulares, independentemente de diretrizes interpretativas estabelecidas pelos órgãos legislativos. O cerne da discussão está em se estabelecer se e em

⁸⁰ NOVAIS, 2007, p.380.

que medida as normas constitucionais podem ter sua eficácia condicionada à intermediação legislativa? Em que medida o texto constitucional pode ter sua efetividade ameaçada pela ausência legislativa? Se os órgãos jurisdicionais, diante da ausência legislativa, também deverão permanecer inertes e aprisionados ao princípio da separação dos poderes e ao princípio democrático.⁸¹ Diante da ausência de normas jurídicas infraconstitucionais, poderão os órgãos jurisdicionais, ao apreciar o conflito privado envolvendo direitos fundamentais, simplesmente permanecerem inertes sob o fundamento de que compete aos órgãos legislativos densificar o conteúdo dos direitos fundamentais naquelas circunstâncias?⁸²

Na esteira do pensamento de Novais⁸³, imperioso questionar se a ausência de regulamentação legislativa não decorre, deliberadamente, de uma opção legislativa no sentido de não estabelecer qualquer restrição ao exercício da autonomia privada e da liberdade contratual. Imagine a situação um proprietário de um bem imóvel, que desejando locá-lo, estabelece como exigência contratual que o contratante não seja solteiro, ou que não possua filhos ou cachorros. Nessa hipótese específica, a ausência de normas jurídicas de direito privado pode estar assentada em uma decisão legislativa no sentido de deixar ao particular uma margem de autonomia e liberdade contratual para definir as características da pessoa com quem deseja contratar.

Não se deve partir do pressuposto de que a ausência de normas jurídicas de direito privado decorre sempre de uma omissão legislativa, uma vez que, em inúmeras situações, a ausência de normatização específica decorre do reconhecimento de que, naquela situação, deverá prevalecer a competência decisória dos particulares na conformação de seus negócios jurídicos, a qual sofrerá restrições pelos princípios gerais do direito privado, pelo respeito à

⁸¹ A questão relativa aos limites ao ativismo judicial é objeto de intenso debate no ordenamento jurídico norte-americano, tendo sido desenvolvidas diversas construções teóricas. A primeira delas, denominada de teoria não interpretativista, encabeçada por Laurence Tribe, Alexander Bickel, defende a que Corte Constitucional, ao aplicar as normas constitucionais, tem legitimidade para se valer de valores substantivos extraídos do ordenamento jurídico, como forma de limitar o arbítrio que pode decorrer das maiorias representadas pelos órgãos legislativos. Por sua vez, os interpretativistas, dentre eles Raul Berger, Robert Bork e Antonin Scalia, sustentam a adoção de postura mais cautelosa e menos ativa pela Corte Constitucional, sob o argumento de que o Judiciário não teria legitimidade para contrariar decisões tomadas pelos órgãos legislativos, no exercício de suas competências constitucionais. Por fim, em uma posição intermediária, está a teoria dualista de Bruce Ackerman, e a teoria do controle de constitucionalidade como instrumento democrático, de John Hart Ely.

⁸² No julgamento do Habeas Corpus 12.547/DF, em que se discutia a prisão civil por dívida decorrente de um contrato de alienação fiduciária de um veículo automotor, o Ministro Ruy Rosado de Aguiar, assim se manifestou sobre a questão, “*Não me parece que a eficácia na relação de direito privado seja somente indireta, pois bem pode acontecer que o caso concreto exija a aplicação imediata do preceito constitucional, quando inexistir norma infraconstitucional que admita interpretação de acordo com a diretiva constitucional, ou faltar cláusula geral aplicável naquela situação, muito embora esteja patente a violação ao direito fundamental.*” (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar; DJ 12.02.2001)

⁸³ NOVAIS, 2007.

ordem pública e aos direitos de terceiros. Não se pode olvidar que o princípio da legalidade, uma das mais relevantes garantias fundamentais, estabelece que, no âmbito das relações jurídicas privadas, aquilo que não é proibido insere-se dentro do espaço de liberdade individual, sendo, portanto, permitido, desde que o exercício da liberdade não afronte a ordem jurídica, em especial, ao conteúdo da dignidade da pessoa humana. Liberdade e legalidade andam lado a lado, sendo duas faces de uma mesma moeda.

Desse modo, a ausência de regulamentação legislativa do conteúdo de determinado direito fundamental não representará necessariamente uma omissão dos órgãos legislativos, podendo decorrer do reconhecimento e tutela de um espaço de livre deliberação e conformação pelos particulares. E, neste aspecto, indispensável questionar se a ordem jurídica confere aos órgãos jurisdicionais um tamanho poder para, diante da ausência de normas jurídicas de direito privado concretizadoras do conteúdo dos direitos fundamentais, intervir na esfera privada do existir humano, anulando ou modificando decisões assentadas no exercício de sua autonomia privada e liberdade contratual. Conforme destaca Novais:

(...) onde existe um equilíbrio tendencial entre as partes e o legislador (ainda) não estabeleceu precisa e determinadamente os limites da autonomia individual (eventualmente porque não considerou prudente ou adequado fazê-lo ou porque considerou que a situação deve ser plenamente deixada à livre contratualização e auto-regulação dos particulares), o reconhecimento de um direito subjetivo fundamental apoiado na norma constitucional e oponível ao outro particular dá ao juiz constitucional um poder excessivo de intervenção, que ele pode exercer a qualquer momento contra a livre expressão da autonomia individual (NOVAIS, 2007, p. 382).

Vieira de Andrade⁸⁴ sustenta que o problema da teoria da eficácia direta está no fato de que seus adeptos não conseguiram defender adequadamente suas premissas, em especial, pelo fato de não esclarecerem que a principal premissa de sua construção teórica assenta-se na necessidade de se conciliar a eficácia dos direitos fundamentais com a liberdade contratual e autonomia privada, igualmente direitos fundamentais, ou seja, na necessidade de se adaptar e harmonizar a eficácia das normas de direitos fundamentais às especificidades das relações jurídicas entre particulares. Uma questão é, todavia, certa, deve ser afastada qualquer pretensão de uma eficácia absoluta dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares.

2.5 Teoria dos Deveres de Proteção

⁸⁴ VIEIRA DE ANDRADE, 2009.

A teoria dos deveres de proteção, que possui como principais expositores Stern⁸⁵ e Canaris⁸⁶, parte do pressuposto de que os direitos fundamentais possuem efeitos objetivos, razão pela qual competirá, inicialmente, aos órgãos legislativos, na condição de poderes constituídos, no exercício de suas competências constitucionais, proteger e concretizar os direitos fundamentais legislativamente. Essa primazia, todavia, não impede aos órgãos jurisdicionais a possibilidade de intervirem no sentido de afastar a aplicabilidade das normas jurídicas infraconstitucionais contrárias ao texto constitucional, declarando sua inconstitucionalidade, bem como para adequar ou complementar o seu sentido, com a utilização ou não das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, mediante interpretação conforme à Constituição. Sob a perspectiva da teoria dos deveres de proteção, o poder estatal tem a obrigação de respeitar e proteger os direitos fundamentais, não apenas de intromissões indevidas por ele praticadas, mas também contra intromissões praticadas por outros particulares.⁸⁷

Para os defensores da teoria dos deveres de proteção, constatada a inexistência de normas jurídicas densificadoras do conteúdo dos direitos fundamentais para as relações jurídicas entre particulares ou a ausência de cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados, isso não constituiria empecilho para que órgãos jurisdicionais, na condição de poderes constituídos, supram a deficiência normativa para garantir a tutela dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares. A teoria dos deveres de proteção não condiciona a irradiação da eficácia das normas de direitos fundamentais ao preenchimento do conteúdo das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, como ocorre na teoria da eficácia indireta, haja vista que os órgãos jurisdicionais, mediante a interpretação conforme a Constituição, deverão interpretar as normas jurídicas infraconstitucionais vigentes, de modo a compatibilizá-la com os preceitos constitucionais. Conforme observa Canaris “não se pode compreender porque os direitos fundamentais devem atuar no direito privado somente por meio dos conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais”⁸⁸

⁸⁵ CANARIS, 2003.

⁸⁶ STERN, 1987.

⁸⁷ Existem autores que estendendo a teoria dos deveres de proteção, sustentam que em razão do monopólio estatal na produção das normas jurídicas, toda é qualquer violação a um direito fundamental poderia ser imputada a uma omissão estatal. Em razão dessas características, essa teoria, cujo principal defensor é SWABE, é denominada de teoria da imputação ou teoria da convergência estatista. Segundo o referido autor, se o poder estatal se omite em seu dever de proibir intervenções sob direitos fundamentais, no âmbito das relações jurídicas entre particulares, estaria tolerando a sua realização e, desse modo, se tornaria responsável pela violação perpetrada. Como a referida teoria nega que os direitos fundamentais não possuem eficácia nas relações jurídicas entre particulares, não será objeto de análise mais aprofundada.

⁸⁸ CANARIS, 2003, p. 43. Ainda, de acordo com Júlio Estrada, “no se puede comprender porque los derechos

Para seus defensores, a tese dos deveres de proteção tem a vantagem de não ter que se valer de artifícios argumentativos para sustentar a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares, em especial, no sentido de tentar justificar a admissão da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares ao surgimento do fenômeno do poder privado, como se ele não existisse à época da constituição dos Estados Modernos, e como se os desequilíbrios não fossem comuns nas sociedades plurais.⁸⁹ Novais argumenta no sentido de inexistirem razões que justifiquem analisar as relações jurídicas privadas sob a ótica de relações de poder para justificar a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, haja vista que a própria origem e natureza dos direitos fundamentais pressupõem que eles foram concebidos também para limitar atos privados e garantir a vida em sociedade. Novais defende a adequação da teoria dos deveres de proteção ao argumentar que:

De facto, quando o Estado assume o encargo de proteger os bens de liberdade jusfundamentalmente garantidos perante ameaças e compreensões que sofram por força da interação com outros particulares, o dever estatal de proteção varia proporcionalmente às carências e necessidades objectivas de tutela. Por isso, o Estado deverá atender, naturalmente, às circunstâncias de facto, às maiores ou menores necessidades de proteção que se manifestem concretamente. Assim, deve proteger mais quem se encontre numa posição de penúria que dificulte um exercício livre e autónomo dos direitos fundamentais, deve proteger especialmente quem se encontre numa situação de debilidade perante poderes privados, deve vir em auxílio de quem, por si só, pelas próprias forças, pelo exercício das liberdades individuais, não disponha de condições para um livre desenvolvimento da personalidade e para a conformação autónoma dos próprios planos de vida, deve responsabilizar-se mais quando ele próprio auxiliou, autorizou ou, de alguma forma, se envolveu com os particulares que ameaçam a liberdade. A teoria dos deveres de proteção estatal nas relações entre particulares pode assumir a integralidade destas preocupações (NOVAIS, 2007, p. 372-373).

No ordenamento jurídico alemão, constitui entendimento dominante que a todo direito fundamental deve existir um correspondente dever de proteção que vincula os poderes constituídos, seja o legislativo, o executivo ou o judiciário, cuja consecução deverá observar o princípio da proporcionalidade, em especial, aos seus subprincípios da proibição de excesso,

fundamentales deben actuar en el derecho privado solamente por medio de los conceptos jurídicos indeterminados y de las cláusulas generales.” (JULIO ESTRADA, 2010, p, 145). Note-se que a teoria dos deveres de proteção tem a vantagem de superar uma das principais críticas aventadas em desfavor da teoria da eficácia indireta ou mediata.

⁸⁹ Canaris ainda critica a ideia de irradiação dos efeitos dos direitos fundamentais para as relações jurídicas entre particulares, considerando-a uma mera “*formulação metafórica extraída da linguagem coloquial*”. Para o autor, seria suficiente reconhecer que os órgãos jurisdicionais tem o dever constitucional de proteger e assegurar a eficácia dos direitos fundamentais, inclusive nas relações jurídicas entre particulares (CANARIS, 2003).

quando a norma constitucional exigir uma ação negativa por parte do poder público, ou ao subprincípio da proibição da insuficiência, quando a norma constitucional exigir uma ação positiva por parte do poder público.⁹⁰ Ainda de acordo com entendimento dominante no âmbito do ordenamento jurídico alemão, competirá ao poder legislativo, em primazia, consecutir esse dever de proteção estabelecido pelas normas constitucionais, sendo que ao executivo e judiciário competirá uma função subsidiária. Queiroz destaca que a teoria dos deveres de proteção não é extensível a todas as relações jurídicas privadas contratuais, ao advertir que:

Na Alemanha, o Tribunal Constitucional Federal estendeu o dever de proteção às relações contratuais entre privados nos casos em que o equilíbrio de poderes entre as partes contratantes resultasse ameaçado ao ponto em que o exercício da liberdade contratual, por si só, pudesse fazer perigar o equilíbrio justo de interesses entre os sujeitos em presença, acabando por prejudicar seriamente o direito ao livre desenvolvimento da personalidade (QUEIROZ, 2010, p. 386).

A teoria dos deveres de proteção leva em consideração as especificidades do caso concreto, em especial, a existência de desigualdades fáticas, assimetrias entre os particulares, bem como suas influências sob a autenticidade da manifestação da autonomia privada, ou seja, uma análise aprofundada sobre o consentimento do particular que tem seu direito fundamental restringido na relação jurídica privada, bem como da juridicidade da limitação a direitos de terceiros decorrente do exercício da autonomia privada. Em caso julgado pelo Tribunal Constitucional alemão, em 1990⁹¹, no qual se discutia a validade de cláusula contratual que permitia uma vinícola rescindir unilateralmente o contrato de representação com seus agentes, independente de indenização, desde que comprovada falta grave, aquela Corte Constitucional se manifestou no sentido de que, em nome do princípio da autonomia privada, os particulares podem livremente celebrar negócios jurídicos, inclusive para estabelecerem restrições recíprocas a direitos fundamentais, desde que o consentimento das partes tenha sido livre e autêntico, sem qualquer influência dos desequilíbrios porventura existente entre as partes.

Novais⁹² e Queiroz⁹³ também defendem a necessidade de se considerar a existência de desigualdes fáticas entre os particulares e sua influência sobre a autonomia e a autenticidade da vontade externalizada pelos particulares como importantes aspectos a serem considerados

⁹⁰ ALEXY, 2014.

⁹¹ QUEIROZ, 2010, p. 380.

⁹² NOVAIS, 2007, p. 112.

⁹³ QUEIROZ, 2010, p. 373.

pelo intérprete quando da análise do caso concreto e resolução do conflito entre a autonomia privada e o direito fundamental objeto de restrição na relação jurídica entre particulares. Para diversos autores⁹⁴, dentre eles, Mc Crorie, a teoria dos deveres de proteção ou imperativos de tutela, constituiria uma visão aperfeiçoada da teoria da eficácia indireta, ao não liminar a irradiação da eficácia dos direitos fundamentais ao preenchimento do conteúdo dos conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais de direito privado, bem como ao reconhecer o dever do Estado, mediante atividade legislativa e jurisdicional, de proteger os indivíduos de violações aos seus direitos fundamentais, inclusive no âmbito de suas relações jurídicas privadas, garantindo a efetividade das normas constitucionais de direitos fundamentais. Conforme destaca Mc Crorie:

Trata-se, assim, de uma nova tendência no âmbito da denominada eficácia indirecta, uma vez que alarga a aplicabilidade dos direitos fundamentais para além do preenchimento de cláusulas gerais de direito privado, impondo aos poderes públicos a obrigação de velarem efectivamente para que não existam ofensas aos direitos fundamentais pela parte de entidades privadas. Ao falar de deveres de protecção estamos, no fundo, ainda no âmbito da vinculação do Estado aos direitos fundamentais (MC CRORIE, 2010, p.75).

Ao legislador competirá, analisando a relevância dos direitos fundamentais em colisão, harmonizar e compatibilizar direitos fundamentais e bens jurídicos constitucionais, sob a perspectiva do princípio da proporcionalidade. Dessa forma, segundo a teoria dos deveres de proteção, caso os órgãos legislativos permaneçam inertes ou legislem de forma deficiente, em desrespeito ao subprincípio da proibição de insuficiência, eles estariam descumprindo seu dever de proteção, violando os direitos fundamentais dos particulares, justificando a intervenção dos órgãos jurisdicionais na tutela dos direitos fundamentais no caso concreto. Os órgãos jurisdicionais, também vinculados aos deveres de proteção, possuem a responsabilidade de, ao apreciar e julgar os conflitos privados, garantir a efetividade das normas de direitos fundamentais, seja interpretando as normas jurídicas infraconstitucionais em conformidade com a Constituição, seja, diante da ausência legislativa, aplicando os preceitos de direitos fundamentais ao caso concreto.

2.6 Críticas à teoria dos deveres de proteção

A teoria dos deveres de proteção é muito criticada em razão da natureza artificial de sua construção teórica, haja vista que não reconhece de forma expressa a vinculação dos

⁹⁴ SARMENTO, 2006, p. 216-217. ANDRADE, 2009. SILVA, 2008.

particulares aos direitos fundamentais, sempre relacionando a violação do direito fundamental ao descumprimento ou cumprimento insuficiente pelo poder estatal de seu dever de proteção em relação aos particulares.⁹⁵ Ademais, há que se destacar que, por mais que seja admissível a existência do dever estatal de proteção dos direitos fundamentais, inclusive contra violações perpetradas por particulares em nas relações jurídicas privadas, não fica claro e preciso em que consiste esse dever de proteção, qual a sua extensão, e se ele existe em relação a todos os direitos fundamentais, o que compromete a credibilidade dessa construção teórica.

Uma das principais críticas que são direcionadas à teoria dos deveres de proteção diz respeito ao fato de que, ao mesmo tempo em que sustenta o dever estatal de tutelar e proteger os direitos fundamentais, inclusive quando ameaçados por particulares em suas relações jurídicas privadas, se recusa a reconhecer que os particulares estão vinculados aos direitos fundamentais.⁹⁶ Essa idéia explicita a existência de contradição interna na construção teórica, dada a ausência de lógica em se obrigar o poder público a respeitar os direitos fundamentais e não estabelecer semelhante obrigação aos particulares, observadas as peculiaridades das relações jurídicas privadas. Bilbao Ubillos critica de forma veemente o fato de que, tanto a teoria da eficácia indireta, quanto a teoria dos deveres de proteção, acabam condicionando a eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares à atividade legislativa, em desrespeito a força normativa, supremacia e fundamentalidade das normas constitucionais. Conforme destaca o autor:

Ao nosso juízo, um direito cujo reconhecimento depende do legislador, não é um direito fundamental. É um direito de nível legal, simplesmente. O direito fundamental se define justamente pela indisponibilidade de seu conteúdo pelo legislador. Não parece compatível com esta caracterização a afirmação de que os direitos fundamentais só operam (entre particulares) quando o legislador assim decide (BILBAO UBILLOS, 1997, p. 297, tradução nossa).⁹⁷

⁹⁵ Conforme destaca Prieto Sanchis; *“La solución ha sido criticada y no sin fundamento. Aun cuando seguramente no es la construcción hermenéutica más forzada que ofrece la jurisprudencia constitucional, no cabe duda que tampoco resulta del todo satisfactoria: en suma, quien viola el derecho fundamental es un sujeto ajeno a la jurisdicción, en este caso un particular, y el tribunal ordinario lo único que hace es no ofrecer remedio, pero en modo alguno ser causa u origen de la lesión, menos aun origen inmediato y directo.”* (PRIETO SACHIS, 1990, p.217)

⁹⁶ Conforme salienta Verda y Beamonte, ao analisar o que denomina de finta alemã, ou artifício alemão: *“El Tribunal Constitucional tiene la posibilidad de enjuiciar, en alguna medida y en última instancia, el ajuste a la Constitución de los actos de autonomía privada, acudiendo al expediente de buscar un poder público al que imputar la violación de un derecho fundamental.”* (VERDA Y BEAMONTE, 2001, p. 56)

⁹⁷ Conforme original, *“A nuestro juicio, un derecho cuyo reconocimiento depende del legislador, no es un derecho fundamental. Es un derecho de rango legal, simplemente. El derecho fundamental se define justamente por la indisponibilidad de su contenido por el legislador. No parece compatible con esta caracterización la afirmación de que los derechos fundamentales solo operan (entre particulares) cuando el legislador así lo decide.”*

Ressalte-se, também, que as principais críticas que foram elaboradas em desfavor a teoria da eficácia indireta dos direitos fundamentais são extensíveis à teoria dos deveres de proteção, dada a proximidade de suas premissas teóricas, em especial às críticas relacionadas à possibilidade de que os órgãos legislativos não cumpram com seu dever de disciplinar a eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares, o que transferiria o cerne da questão para a análise dos limites da intervenção dos órgãos jurisdicionais no âmbito das relações jurídicas privadas, problema que é potencializado pela natureza fluída e imprecisa das normas de direitos fundamentais.

2.7 Teoria da Integração

A teoria da integração, desenvolvida por Alexy, tem pretensões conciliatórias, uma vez que, diversamente das demais teorias analisadas, que travam conflito por exclusividade, tenta conciliar e harmonizar as principais contribuições das teorias da eficácia direta e indireta, bem como da teoria dos deveres de proteção, reunindo-as em uma teoria que aspira à consistência.⁹⁸ Conforme destaca Alexy, nenhuma das construções teóricas sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares simplesmente propôs a transposição acrítica da forma de aplicação dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre o poder público e os particulares para as relações jurídicas entre particulares, reconhecendo, portanto, a necessidade de se modular os efeitos dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares.⁹⁹

Ao analisar as diferenças entre as teorias da eficácia direta e indireta, Alexy¹⁰⁰ sustenta que a definição dos efeitos dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares, se resume, ao final, a uma questão de sopesamento entre os direitos fundamentais em colisão no âmbito da relação jurídica privada. A grande diferença é que, enquanto para os defensores de uma eficácia indireta o sopesamento deverá ser realizado a partir da aplicação das normas jurídicas de direito privado vigentes, as quais somente poderão ter sua aplicabilidade afastada mediante justificação, para os defensores da eficácia direta, o sopesamento ocorreria quando do exercício da jurisdição, na aplicação das normas de direitos fundamentais ao caso concreto,

⁹⁸ ALEXY, 2014. Segundo destaca Silva, “*um dos grandes problemas dos modelos e explicação e fundamentação dos efeitos dos direitos fundamentais nas relações entre particulares é a sua pretensão de completude, pois todos eles pretendem dar uma explicação completa e satisfatória do fenômeno. É por isso que a discussão sempre pecou por assumir um pressuposto falso, que é aquele que sustenta que uma das teorias, isoladamente considerada, deve ser considerada como correta.*” (SILVA, 2008, p. 144)

⁹⁹ ALEXY, 2014, p. 532.

¹⁰⁰ ALEXY, 2014, p. 534.

independentemente da existência de normas jurídicas de direito privado específicas, densificadoras dos conteúdos dos direitos fundamentais em colisão.

Diante dessas constatações, Alexy propõe um modelo conciliatório entre as diversas construções teóricas, o qual se desenvolve em três níveis de eficácia, a) o dos deveres do poder estatal; b) o dos direitos frente ao poder estatal; c) o das relações jurídicas entre particulares. Assim, cada uma das formas de eficácia, quais sejam, eficácia imediata, mediata e eficácia frente ao poder estatal se referirão a um aspecto da incidência das normas de direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares.¹⁰¹ Vale, ao analisar a construção teórica de Alexy, esclarece que:

A eficácia mediata se apresenta quando o Estado exerce sua tarefa de observar os princípios objetivos do ordenamento jurídico na concretização do direito privado, seja por meio do legislador ou do juiz. Em outro nível, observa-se o desenvolvimento de efeitos nas relações privadas pelos direitos de defesa e proteção perante o Estado, que está obrigado a não intervir na esfera de liberdade privada dos cidadãos assim como protegê-los de violações de direitos levadas a efeito por terceiros. Num terceiro âmbito, observa-se, nas relações entre privados, o surgimento de direitos subjetivos diretamente das normas constitucionais consagradoras de direitos fundamentais, revelando-se a eficácia imediata (VALE, 2004, p. 168).

Trata-se de um modelo que conjuga as principais construções teóricas sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares, permitindo visualizar as formas como as normas de direitos fundamentais incidirão nas relações jurídicas entre particulares, para, ao final, se reconhecer a eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas. Assim, sob a perspectiva da teoria integradora de Alexy¹⁰², a eficácia mediata dos direitos fundamentais operaria seus efeitos em dois momentos: em um primeiro momento, os direitos fundamentais, enquanto princípios objetivos, vinculariam os órgãos legislativos ao estabelecer seu dever de proteger os indivíduos contra violação a seus direitos fundamentais, tornando obrigatória a tarefa de densificação do conteúdo dos direitos fundamentais mediante a edição de normas jurídicas de direito privado. Em um segundo momento, a eficácia mediata vincularia os órgãos jurisdicionais, que no exercício da atividade jurisdicional, promoveriam a irradiação dos efeitos das normas de direitos fundamentais, mediante o preenchimento do conteúdo das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados do direito privado.

¹⁰¹ ALEXY, 2014, p. 540.

¹⁰² ALEXY, 2014, p. 543.

Para a teoria da integradora, aos órgãos legislativos competirá, em um primeiro momento, a responsabilidade de densificar o conteúdo dos direitos fundamentais, articulando e compatibilizando os bens constitucionais e direitos fundamentais que possam entrar em colisão no âmbito das relações jurídicas entre particulares, estabelecendo primazias entre eles a partir das especificidades da situação jurídica a ser normatizada.¹⁰³ O legislador, no exercício de sua competência constitucional, seria dotado de uma margem de atuação, de competência decisória, para disciplinar os espaços de liberdades dos indivíduos em suas relações jurídicas entre particulares, conciliando os direitos fundamentais e bens constitucionais, sem se descuidar da proteção da autonomia privada. Não obstante, Alexy reconhece ser impossível esperar a completude e exaustividade da atividade legislativa ou a onisciência do legislador para prever todas as situações concretas a merecerem normatização.¹⁰⁴

A eficácia direta se verificaria quando da aplicação do conteúdo dos direitos fundamentais, nos casos em que for constatada a ausência de cláusulas gerais ou de conceitos jurídicos indeterminados ou mesmo a ausência de normas jurídicas de direito privado, sendo que, nestas hipóteses, deverão os órgãos jurisdicionais se valer da ponderação para determinar a extensão da eficácia dos direitos fundamentais em conflito no âmbito daquela relação jurídica privada. Nessas situações, os direitos fundamentais deixam de ser utilizados como critérios hermenêuticos para atuarem como normas constitucionais diretamente aplicáveis às relações jurídicas entre particulares, ou seja, como direitos subjetivos diretamente invocáveis em relação a outros particulares.¹⁰⁵

A adoção de uma das formas de eficácia do modelo de três níveis desenvolvido por Alexy¹⁰⁶ não decorre de um juízo de conveniência e oportunidade do intérprete aplicador, quando do exercício da argumentação jurídica para resolução do caso concreto, mas sim, da análise das circunstâncias fáticas e jurídicas, as quais condicionam qual das formas de eficácia

¹⁰³ “Conforme destaca Vale, *“À lei é conferida a responsabilidade de fixar pautas para uma correta articulação entre direitos e bens constitucionais que podem entrar em colisão entre si, quando requisitados no âmbito privado, outorgando preferência, caso a caso, a alguns deles. Para tanto, o legislador possui uma considerável margem de atuação para ajustar, de acordo com a consciência social, o espaço de liberdade dos indivíduos nas relações privadas, movendo-se entre os limites do conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a garantia da autonomia privada.”* (VALE, 2004, p. 171)

¹⁰⁴ Se é que essa normatização exaustiva é adequada e necessária, em razão da necessidade de se assegurar aos particulares um espaço privado para a discricionariedade e arbitrariedade nas suas escolhas e na constituição de seus projetos de vida, em nome de seu direito de livremente desenvolver sua personalidade, observados os limites impostos pelo ordenamento jurídico.

¹⁰⁵ No direito norteamericano, diversos autores sustentam a ponderação como solução para a resolução do conflito entre direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares, dentre eles (CHEMERINSKY, 1985) (NOWAK, 1995) e (ROTUNDA, 1995)

¹⁰⁶ ALEXY, 2014, p. 550.

deverá ser adotada para o caso concreto. Assim, a adoção de uma eficácia direta ou indireta dependerá da existência ou não de normas jurídicas infraconstitucionais densificadoras do conteúdo do direito fundamental aplicável à relação jurídica privada, pois, diante da ausência de normas jurídicas de direito privado ou da insuficiência das existentes, não haveria outra medida senão reconhecer a eficácia direta da norma de direito fundamental na relação jurídica privada sob análise.

2.8 Críticas à Teoria da Integração

Se a teoria da integração possui a vantagem de demonstrar ser possível conciliar os principais aspectos das construções teóricas acerca da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares, comprovando que a eficácia direta e indireta tem natureza complementar e não autoexcludente, ela não traz esclarecimentos sobre os limites à intervenção dos órgãos jurisdicionais nas relações jurídicas privadas, em especial, as intervenções sobre as escolhas, decisões e atos jurídicos praticados pelos particulares no exercício de sua autonomia privada, problema enfrentado tanto pela teoria da eficácia direta quanto da eficácia indireta.

A questão, portanto, acaba retomando às discussões relativas ao princípio da separação dos poderes e às funções a serem desempenhadas pelos órgãos legislativos e jurisdicionais na efetivação e tutela dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares, bem como acerca da elaboração de diretrizes que permitam o controle e parametrização das decisões jurisdicionais, evitando o indesejável subjetivismo ou decisionismo, incompatíveis como o Estado Democrático de Direito.

Constitui questão tormentosa definir em que medida os órgãos jurisdicionais poderão modificar o conteúdo das relações jurídicas entre particulares frutos do exercício da autonomia privada, em especial naqueles casos em que não existam normas jurídicas estabelecendo diretrizes interpretativas, ou seja, definir os limites à intervenção jurisdicional na esfera privada de autodeterminação e liberdade dos particulares para celebrarem negócios jurídicos e integrarem relações jurídicas contratuais.

2.9 Teoria da Diferenciação

A teoria da diferenciação, conhecida como metódica da diferenciação, tem como seu precursor Canotilho¹⁰⁷, que a partir de uma perspectiva conciliatória, propõe a superação da dicotomia entre eficácia direta e indireta, ao agrupar e distinguir as distintas formas, situações e momentos da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas. Para tanto, Canotilho¹⁰⁸ sustenta que a eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares pode ser explicada em diferentes etapas ou formas de atuação dos direitos fundamentais.

Em um primeiro grupo estariam reunidos os direitos fundamentais que possuem uma eficácia direta nas relações jurídicas entre particulares em razão de sua natureza, finalidade ou estrutura normativa, dentre eles, o direito de greve e o direito de liberdade de associação. Para Canotilho, “as normas consagradoras de direitos, liberdades e garantias podem, elas próprias, estabelecer a eficácia destes direitos na ordem jurídica privada” razão pela qual, “aos particulares é facultado, nas suas relações com outros sujeitos privados, apelar imediatamente para as normas constitucionais que, de forma expressa, vinculam os atos dos entes sujeitos aos direitos fundamentais.”¹⁰⁹ É o que também acontece, por exemplo, em relação aos direitos de de intimidade, privacidade, indenização por danos materiais e morais, que podem ter como destinatários tanto o poder estatal, quanto os particulares.¹¹⁰

No que diz respeito a esses direitos fundamentais não há discussões mais aprofundadas sobre a forma de sua eficácia nas relações jurídicas entre particulares, tendo em vista que, além de possuírem como destinatário o poder estatal, que tem os deveres de respeitá-los e protegê-los, concretizando o seu conteúdo mediante as atividades legislativa e jurisdicional, tem também os particulares como destinatários diretos. É o que ocorre quando o empregado exerce o direito de greve contra seu empregador, quando se garante ao indivíduo o direito de não se associar ou permanecer associado compulsoriamente, quando se assegura ao particular o direito de ser indenizado por danos materiais ou morais em razão da violação de sua honra, imagem, intimidade ou privacidade, por ato ilícito praticado por outro particular.

¹⁰⁷ CANOTILHO, 2006, p. 1288.

¹⁰⁸ CANOTILHO, 2006, p. 1285.

¹⁰⁹ CANOTILHO, 2006, p. 1268.

¹¹⁰ Esses direitos, diferentemente do que ocorre com o princípio da igualdade, tem seu conteúdo densificado por normas jurídicas contidas no Código Civil.

Canotilho¹¹¹ reconhece a primazia da atividade legislativa na densificação do conteúdo dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares, ao sustentar que os órgãos legislativos estão diretamente vinculados aos direitos fundamentais, possuindo o dever de editar normas jurídicas para concretizar seu conteúdo nas relações jurídicas entre particulares. Existindo normas jurídicas de direito privado normatizando o grau de eficácia de determinado direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares, estas devem ser, a priori, respeitadas e observadas no tráfico privado, sob pena de violação ao princípio da legalidade, salvo demonstrada a sua inconstitucionalidade.

Canotilho¹¹² também sustenta a vinculação dos órgãos jurisdicionais aos direitos fundamentais. Segundo o autor, além de estarem vinculados às normas jurídicas de direito privado vigentes, frutos da atividade mediadora exercida pelos órgãos legislativos, os órgãos jurisdicionais também estão diretamente vinculados aos preceitos de direitos fundamentais, devendo protegê-los e efetivá-los. Desta forma, competiria aos órgãos jurisdicionais, em um primeiro momento, aplicar as normas jurídicas de direito privado legalmente positivadas, conferindo-lhes, sempre, uma interpretação conforme a Constituição.

Caso se constate que as normas jurídicas de direito privado vigentes são insuficientes, por não conferirem uma proteção mínima e adequada aos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas, competiria aos órgãos jurisdicionais afastar sua eficácia declarando sua inconstitucionalidade, desde que não seja possível interpretá-las conforme à Constituição, complementando lhes o sentido de modo a evitar a declaração de sua inconstitucionalidade. Constatada, entretanto, a ausência de normas jurídicas de direito privado densificadoras do conteúdo dos direitos fundamentais, surge para os órgãos jurisdicionais o dever de aplicá-los diretamente na resolução dos conflitos privados.

2.10 Críticas à Teoria da Diferenciação

A teoria da diferenciação em muito se assemelha à teoria da integração desenvolvida por Alexy, principalmente por aspirar à construção de solução conciliatória entre a eficácia direta e indireta dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares. Identicamente ao que ocorre nas demais construções teóricas, a questão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares, se converterá, ao final, na análise do conflito entre direitos fundamentais ocorrido no âmbito das relações jurídicas

¹¹¹ CANOTILHO, 2006, p. 1283.

¹¹² CANOTILHO, 2006, p. 1285.

privadas, exigindo que os órgãos jurisdicionais procedam à ponderação entre os direitos fundamentais em conflito, considerando as especificidades e peculiaridades fáticas e jurídicas do caso concreto.¹¹³

A questão, portanto, também demandará a realização das discussões relativas ao conteúdo do princípio da separação dos poderes e as funções a serem desempenhadas pelos órgãos legislativos e jurisdicionais na efetivação e tutela dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares, bem como acerca da elaboração de diretrizes que permitam o controle de racionalidade das decisões jurisdicionais, evitando o indesejável subjetivismo ou decisionismo na aplicação dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares, os quais podem comprometer os princípios basilares do direito privado.

2.11 Teoria da Equiparação

A teoria da equiparação dos atos privados aos atos estatais, conhecida como *state action*, tem fundamento na concepção clássica dos direitos fundamentais, razão pela qual não reconhece eficácia aos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares, apenas nas relações jurídicas entre os particulares e o poder público. Esta concepção dos direitos fundamentais, prevalente no ordenamento jurídico norte-americano, sustenta-se em uma rígida separação entre direito público e direito privado, que parte do pressuposto de que as normas jurídicas do *common law* seriam suficientes para proteger os particulares de todas as violações aos seus direitos fundamentais no âmbito das relações jurídicas privadas, tornando descipienda que a proteção se dê por intermédio de normas constitucionais veiculadoras de direitos fundamentais, cuja eficácia deve estar limitada às relações jurídicas entre indivíduos e poder estatal.¹¹⁴

¹¹³ Mesmo aqueles que sustentam a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares reconhecem que esta eficácia somente se operará mediante a ponderação entre a autonomia privada e o direito fundamental restringido. Nesse sentido se manifestam BILBAO UBILLOS, 2007, p. 349; ALEXY, 2014, p. 515. SARLET, 2008, p. 155; BRANCO, 2000, p. 174; VEGA GARCIA, 2002, p. 273; NARANJO DE LA CRUZ, 2000, p. 190. ABRANTES, 1990, p. 105. VIERA DE ANDRADE, 2009, p. 270. MIRANDA manifesta-se no sentido de que a questão deve ser resolvida por soluções tópicas, que promovam a concordância prática entre os direitos fundamentais e a autonomia privada. (2007, p. 312)

¹¹⁴ Conforme destaca Vale: “A teoria constitucional daquele país permanece presa ao modelo liberal de concepção dos direitos fundamentais, caracterizando-os como limites vinculantes unicamente para a atividade exercida pelos poderes públicos. Em consequência, a proteção dos individual rights and liberties contidos na Constituição e nas emendas que conforma o Bill of Rights só pode ser invocada em face de uma state action, ou government action. Com efeito, a Constituição norte-americana ainda constitui documento regulador das relações entre indivíduos e Estado, um limite à livre atividade dos poderes estatais, estando alheia aos comportamentos privados.” (VALE, 2004, p. 118-119). Aduz Saraza Jimena que quando o texto constitucional norte-americano foi elaborado pairava a convicção de não era “necessário que a Constituição se ocupasse de uma questão que já estava resolvida, o que realmente preocupava aos constituintes era a

O fato da cultura constitucional norte-americana se alicerçar nos axiomas da liberdade individual e da proteção das liberdades públicas individuais contra as ingerências estatais na esfera privada, contribuiu, sobremaneira, para o não reconhecimento da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares, em especial, em razão do receio de que a irradiação do conteúdo das normas de direitos fundamentais ocasionasse uma demasiada e indevida intervenção na esfera privada do existir humano, suprimindo a autonomia privada e a liberdade contratual.¹¹⁵ Desse modo, somente nas relações jurídicas das quais o poder público é parte, poderia ser aduzida a eficácia dos direitos fundamentais.

Outro argumento relevante no ordenamento jurídico norte-americano para não se admitir a eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares assenta-se na proteção ao federalismo e ao sistema de repartição de competências, uma vez que, nos Estados Unidos, a competência para legislar sobre direito privado pertence aos Estados-Membros e não à União, de modo que, ao se impedir a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, se evitaria que os órgãos jurisdicionais federais, sob pretexto de estarem aplicando as normas constitucionais, suprimam a autonomia dos Estados-Membros na regulamentação das relações jurídicas privadas.¹¹⁶

O tempo demonstrou que as normas jurídicas de direito privado são insuficientes para tutelar os direitos fundamentais contra lesões praticadas por outros particulares no âmbito de relações jurídicas privadas, fato que obrigou a Suprema Corte norte-americana a elaborar uma construção teórica articiosa e excepcional para ampliar a tutela dos direitos fundamentais, de modo a reconhecer sua eficácia naquelas relações jurídicas em que o ato particular pudesse ser equiparado ao ato estatal. Além disso, ao longo dos anos, a Suprema Corte norte-americana

possibilidade de que o novo governo nacional eludisse os princípios da common law e pudesse infringir as liberdades mediante novas formas nas quais o particular não podiam.” (SARAZA JIMENA, 2008, p. 56)

¹¹⁵ Essa preocupação com a proteção da autonomia privada pode ser extraída de Laurence Tribe, citado por Sarmento, segundo o qual: “*imunizando a ação privada do alcance das proibições constitucionais, impede-se que a Constituição atinja a liberdade individual – denegando aos indivíduos a liberdade de fazer escolhas, como as de com que pessoas se associar. Essa liberdade é básica dentro de qualquer concepção de liberdade, mas ela seria perdida se os indivíduos tivessem de conformar sua conduta às exigências constitucionais.*” (SARMENTO, 2006, p.189). Conforme destaca Queiroz: “*E ainda que se afirme, correntemente, nos Estados Unidos, a primazia dos direitos de autonomia e liberdade (preferred freedom approach) face ao poder do Estado, logo a primazia da função negativa ou clássica dos direitos, compreendidos como direitos de defesa dos cidadãos face ao Estado, o certo é que também aí a função de proteção dos direitos compete, em primeira linha, às autoridades públicas.*” (QUEIROZ, 2010, p. 376).

¹¹⁶ Ferreres Comella, relaciona o surgimento da doutrina da *state action* à organização federal do poder estatal norte-americano, ao sustentar que “*la doctrina de la state action se encuentra vinculada históricamente a un problema de delimitación de poderes entre la Federación y los Estados. Isto porque em 1883, o Supremo Tribunal norte-americano invalidou uma lei federal que proibia determinados atos de discriminação racial por parte de particulares, sustentando o entendimento de que a XIV emenda da Constituição Federal somente protegeria os particulares frente aos Estados Federados, razão pela qual a União Federal careceria de competência para elaborar legislação que assegure o direito à igualdade face aos particulares.*” (FERRERES COMELLA, 2001, p. 6). Em igual sentido (VALE, 2004, p.121).

ampliou o grau de abrangência e o alcance semântico do conceito da *state action*, para abranger situações nas quais o poder estatal não figure diretamente como sujeito responsável pela vulneração do direito fundamental do particular.

Ao condicionar a eficácia dos direitos fundamentais aos atos privados equiparáveis aos atos públicos, a teoria da equiparação contribuiu para que, no âmbito do ordenamento jurídico norte-americano, haja a preocupação em se separar os atos públicos dos atos privados, de modo justificar a incidência ou não dos direitos fundamentais. Essa separação nem sempre é simples de ser realizada, pois inúmeras são as situações em que o público e o privado não estão nitidamente delineados e dissociados. Essa dificuldade em se distinguir os atos puramente públicos e os atos estritamente privados, exigiu que os órgãos jurisdicionais norte-americanos ampliassem as situações nas quais está configurada a *state action*.¹¹⁷

A teoria da equiparação se divide em duas importantes categorias, quais sejam, a dos atos privados que consubstanciam funções ou atividades tipicamente públicas, denominada *public function doctrine*, e a dos atos privados realizados mediante relações simbióticas (*symbiotic relationships*) ou de cumplicidade com o poder público (*state commandment or encouragement of private activities*), ou seja, quando se constatar a presença significativa da participação estatal na violação causada a determinado direito fundamental nas relações jurídicas privadas (*governmental hand*), seja pela atividade estar condicionada a uma prévia autorização estatal, sujeita a sua fiscalização, financiada ou subvencionada pelo poder público.

Inúmeros estudiosos¹¹⁸, dentre eles Bilbao Ubillos, destacam que a teoria da equiparação, tornou-se a solução encontrada pelos órgãos jurisdicionais norte-americanos para, sem a necessidade de se reconhecer explicitamente a eficácia dos direitos fundamentais nas

¹¹⁷ A distinção entre atos públicos e privados constitui a base da legislação antidiscriminatória norte-americana, a qual, inclusive, influenciou diretamente a elaboração da legislação antidiscriminatória alemã que será objeto de estudo nos tópicos seguintes. Um dos elementos centrais das legislações antidiscriminatórias alemã e espanhola é justamente a separação entre atos estritamente privados, nos quais a eficácia do princípio da igualdade será reduzida ou nenhuma, e os atos privados dotados de interesse público, nos quais os particulares possuirão um certo grau de vinculação ao princípio da igualdade, tal como ocorre quando há uma oferta pública de bens e serviços.

¹¹⁸ SARMENTO, 2006, p. 187. SILVA, 2008. STEINMETZ, 2004. MC CRORIE, 2005, p. 38. Nesse sentido: “*En todo caso, ante los resultados insatisfactorios que trae consigo la situación general de limitación de la vigencia de los derechos fundamentales a las relaciones entre el individuo y el Estado, dos han sido las vías de la jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano para ampliar con carácter excepcional el radio de acción de las garantías constitucionales: 1º) el ejercicio por un sujeto aparentemente privado de una función propia del Estado y 2º) la existencia de contactos o complicidades suficientemente significativas como para implicar al Estado en la conducta de un actor privado. Ambas conducen a un mismo resultado: al responsabilizarse al Estado del acto impugnado, se consigue prolongar esa especial tutela de las libertades; controversias surgidas entre particulares, que inicialmente estarían excluidas del ámbito constitucionalmente protegido, quedan comprendidas finalmente en el mismo.*” (SARAZA JIMENA, 2008, p.153)

relações jurídicas entre particulares, tutela os direitos fundamentais contra lesões ocorridas no âmbito dessas relações jurídicas.¹¹⁹ Conforme destaca Bilbao Ubillos:

(...) duas tem sido as vias apontadas na jurisprudência da Corte Suprema para ampliar com carácter excepcional o raio de ação das garantias constitucionais: o exercício por um sujeito aparentemente privado de uma função própria do Estado e a existência de contatos ou cumplicidades suficientemente significativas para implicar o Estado na conduta de um ato privado. As duas conduzem ao mesmo resultado: ao responsabilizar-se o Estado pelo ato impugnado, consegue-se prolongar essa especial tutela das liberdades de tal sorte que determinadas controvérsias surgidas entre particulares, excluídas, em princípio, deste âmbito constitucionalmente protegido, acabam compreendidas finalmente nele (BILBAO UBILLOS, 1997, p.XV-XVI).

Em igual sentido, Mc Crorie destaca que no ordenamento jurídico norte-americano prevalece a concepção clássica dos direitos fundamentais, de modo que, sem se distanciar de sua tradição liberal, mas conferindo tutela aos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares, os órgãos jurisdicionais norte-americanos:

(...) ampliaram excepcionalmente o âmbito de aplicação dos direitos fundamentais da Constituição ao abrangerem pelo conceito de poder público as situações nas quais o particular ou entidade privada exerce uma função estatal típica, ou quando existem pontos de contacto e aspectos comuns suficientes para que se possa imputar ao Estado a responsabilidade pela conduta oriunda do particular. A questão que se coloca, na primeira hipótese, é a de saber se a actividade desenvolvida pelos actores privados pode considerar-se, analogicamente, uma função própria do Estado; na segunda, se o poder público está suficientemente envolvido nessa atividade (MC CRORIE, 2005, p.38).¹²⁰

O caso *Shelley v. Kramer* bem exemplifica como a Suprema Corte norte-americana tem ampliado, artificialmente, o conceito de ação estatal para abranger violações aos direitos fundamentais ocorridos no âmbito das relações jurídicas privadas. Os proprietários de um condomínio de imobiliário, mediante instrumento contratual, haviam se comprometido a não

¹¹⁹ Conforme destaca SILVA, ao discorrer sobre a teoria da equiparação (*state action*): “ainda que, com a doutrina da *state action*, se queira, aparentemente, negar a vinculação de entidades não-estatais aos direitos fundamentais, não é isso que acontece de fato, já que o casuísmo da Suprema Corte norte-americana sempre encontra uma forma, por mais artificial que seja, de igualar o ato privado questionado a um ato estatal quando se quer coibir alguma violação a direitos fundamentais por parte de pessoas privadas.” (2008, p. 100). No mesmo sentido, MC CRORIE, 2005, p.38.

¹²⁰ Em igual sentido, Steinmetz, reconhecendo a artificialidade da construção teórica, destaca as principais características da *state action*: “O estratagema judicial é simples e inteligente: amplia-se o campo de abrangência do conceito de *state action* operando eficácia de direitos fundamentais nas hipóteses em que um particular demanda contra outro particular alegando violação de direito fundamental individual e, ao mesmo tempo, preserva-se a tese segundo a qual os direitos fundamentais vinculam somente os poderes públicos.” (STEINMETZ, 2004, p.179).

vender seus imóveis para indivíduos negros. Um dos proprietários, descumprindo o contrato celebrado entre os condôminos, tentou vender seu imóvel a um comprador negro, fato que motivou os demais proprietários a ajuizarem ação judicial para impedir a concretização da venda, a qual foi julgada improcedente pelo Tribunal Estadual de Missouri, que reconheceu a legalidade da restrição estabelecida contratualmente.

Ao apreciar o recurso, a Suprema Corte norteamericana, entendeu pela nulidade da cláusula contratual e validade da venda pretendida. Interessante observar que a nulidade não foi declarada sob o fundamento de que teria havido violação pelos particulares do direito de igualdade (*equal protection clause*),¹²¹ mas por ter considerado que o Tribunal Estadual de Missouri, ao sustentar a validade da cláusula discriminatória, violou o direito fundamental à igualdade. A Suprema Corte norteamericana, portanto, entendeu que a lesão ao direito de igualdade decorreu não do ato praticado pelos particulares que celebraram a convenção privada, mas sim, do ato praticado pelo órgão jurisdicional que, ao considerar a cláusula discriminatória válida, negou eficácia ao direito de igualdade. Silva, ao analisar os fundamentos da teoria da equiparação, esclarece que:

Ora aqui há um problema argumentativo que não pode ser ignorado. Não é possível que a inconstitucionalidade surja somente com a decisão judicial inferior, já que ela nada mais fez do que fazer valer uma cláusula contratual. Se a cláusula contratual é constitucional, a decisão de manter seus efeitos também deve ser, e a recíproca tem que ser verdadeira. Parece claro que a Suprema Corte está ciente de que, se se sustenta, de um lado, que as relações entre particulares não estão vinculadas, de nenhuma forma, às disposições de direitos fundamentais, e, de outro lado, que a manutenção de cláusulas contratuais discriminatórias por parte do judiciário é uma afronta à direitos fundamentais, aqueles que se sentem ofendidos em algum direito fundamental por algum ato privado ver-se-iam incentivados a ajuizar ações sem fundamentos contra tal ato para então, com a recusa do provimento judicial, recorrer à instância superior alegando, agora sim, violação por parte do Estado que, via sentença judicial, manteve cláusula contratual discriminatória (SILVA, 2008, p.101-102).

A teoria da equiparação tem sido adotada para assegurar o acesso e utilização espaços privados abertos ao público, tais como parques, condomínios, centros comerciais, comumente

¹²¹ Nos termos do artigo 1º da XIV Emenda: Seção 1. Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos e submetidas a sua jurisdição são cidadãos dos Estados Unidos e dos Estados em que residem. Nenhum Estado poderá decretar nem dar efeito a qualquer lei que limite os privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; tampouco poderá Estado algum privar a qualquer pessoa da vida, da liberdade ou propriedade sem o devido processo legal, nem negar a qualquer pessoa que se encontre dentro de seus limites jurisdicionais a proteção das leis, igual para todos. Segue texto original: “*Section 1. All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction there of, are citizens of the United States and of the state wherein they reside. No state shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any state deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.*” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2009).

denominados de *tresspass cases*.¹²² No caso *Evans v. Newton*, a Suprema Corte reconheceu a ilicitude da negativa de acesso de pessoas negras em parque de propriedade privada aberto ao público em geral. No caso *Burton v. Wilmington Parking Authority*, decidiu que o restaurante que ocupa espaço locado do poder público não pode discriminar clientes com base em sua raça. Dentre os casos decididos pela Suprema Corte norte-americana, destaca-se o caso *Marsh v. Alabama*, que versava sobre um condomínio privado de imóveis residenciais que estabeleceu cláusulas proibindo que os testemunhas de Jeová realizassem sua atividade de distribuição de panfletos religiosos dentro daquele condomínio.¹²³

A Suprema Corte norte-americana entendeu que o condomínio residencial, a despeito de constituir propriedade privada, possuía todas as características de uma cidade, fato que equiparava os atos praticados por seus administradores aos atos tipicamente públicos, submetidos aos limites impostos pelos direitos fundamentais, dentre eles, os princípios da liberdade de expressão, crença e religião, da igualdade e proibição de discriminação. Na esteira desse caso, a Suprema Corte norte-americana passou a se deparar com inúmeros casos de pessoas que sustentaram à violação do princípio da igualdade e proibição de discriminação por serem impedidas de transitarem ou frequentarem parques, clubes, restaurantes, centros comerciais e shopping centers.¹²⁴

Sarmiento destaca que a Suprema Corte norte-americana vem negando aplicar a teoria da equiparação às atividades desenvolvidas por shopping centers privados e empresas privadas fornecedoras de energia elétrica, sob o argumento de que não exercem atividades tipicamente públicas.¹²⁵ Bilbao Ubillos alerta para o casuísmo e fragilidade da proteção conferida aos direitos fundamentais no âmbito das relações jurídicas privadas em decorrência da adoção da teoria da equiparação, pelo fato de condicionar o reconhecimento da violação de um direito fundamental pelos particulares à prévia manifestação jurisdicional sobre o caso, ao assim prelecionar:

¹²² VALE, 2004, p.123.

¹²³ SARMENTO, 2006. VALE 2004.

¹²⁴ Importantes são as considerações tecidas por Vale e Bilbao Ubillos, para os quais a Suprema Corte norte-americana, depois das inúmeras decisões em que se aplicou a teoria da *public function doctrine* passou a atuar como maior cautela e parcimônia, sendo mais criteriosa para distinguir ações puramente privadas daquelas que possuem natureza eminentemente pública. (VALE, 2004, p.127) e (BILBAO UBILLOS, 2007, p.78). Segundo Bilbao Ubillos, atualmente, muitos poucos casos levam a Suprema Corte norte-americana a reconhecer o exercício por um ato privado de uma função eminentemente pública, o que acabou por praticamente neutralizar a aplicação da teoria da *public function doctrine*, que estaria restrita a casos envolvendo seleção de jurados, gestão de estabelecimentos penitenciários, dentre outras restritas situações (BILBAO UBILLOS, 2007, p.78). Esse também é o entendimento SARMENTO, 2006, p. 191.

¹²⁵ SARMENTO, 2006, p. 194.

Todos os casos em que se delinea o problema da *state action* respondem, no essencial, a um mesmo padrão: um indivíduo (a parte ofendida) considera que seus direitos ou liberdades têm sido vulnerados por outro (o suposto infrator). Quem alega a existência de uma violação a seus direitos constitucionais tem que creditá-la, em sua demanda, à presença de uma ação do Estado. Somente quando se cumpre esse requisito processual, quando se demonstra que o ato ou a norma que se impugnou emana de um poder público ou é imputável ao Estado, pode-se entrar na análise de fundo do caso. Normalmente, encontramos-nos ante um conflito de direito e o juiz há de decidir qual dos direitos em conflito prevalece. Se o juiz descobre na atuação da parte demandada suficientes conexões com o poder público para que dita atividade caia submetida aos limites constitucionais, declarará que os direitos do demandante devem prevalecer. Isso significa que o ofendido goza de uma liberdade de ação constitucionalmente protegida que não pode ser desconhecida pelo agressor. Pelo contrário, se o juiz não encontra tal conexão, o ofendido não receberá a proteção dos juízes ou tribunais federais. A atividade carece de limites constitucionais e poderá seguir realizando-se enquanto não se declare ilegal (BILBAO UBILLOS, 1997, p.33).¹²⁶

A análise das decisões proferidas pela Suprema Corte norte-americana, bem como dos entendimentos sustentados por Vale, Bilbao Ubillos, Sarmento e Silva¹²⁷, permite inferir que quando se pretende coibir atos privados violadores de direitos fundamentais, sem abandonar sua visão liberal, aquela Corte Constitucional tem se valido da teoria da equiparação para equipará-lo a atos públicos. Trata-se de um subterfúgio casuístico adotado pela Suprema Corte norte-americana que pouco contribui para o desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais, ao mantê-la intocada e aprisionada a uma concepção clássica e liberal.

2.12 Críticas à Teoria da Equiparação

A análise da jurisprudência da Suprema Corte norte-americana permite inferir que, por mais que se sustente que não há vinculação dos particulares aos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas, e que os direitos fundamentais atuam tão-somente como direitos públicos subjetivos de proteção contra as ingerências estatais na esfera privada, na prática a realidade é diversa. No âmbito do ordenamento jurídico norte-americano, a experiência e a

¹²⁶ Vale também critica o artificialismo da teoria da equiparação ao tecer as seguintes considerações: “quando o contrato, que inclui cláusulas discriminatórias, é cumprido voluntariamente pelas partes, não há que se falar em desrespeito à norma constitucional, porque a discriminação não transcende a esfera privada. Trata-se, portanto, de uma conduta eminentemente privada, não afetada pelo mandamento constitucional da equal protection. Porém, se um dos contratantes decide vender o imóvel a uma pessoa de cor, violando as cláusulas contratuais, e a questão é levada aos tribunais, o problema passa a ser outro. Nesse caso, o tribunal estará diante de um dilema: ou valida a cláusula discriminatória, por se tratar de ato privado, fora do alcance das restrições constitucionais e a executa; ou nega validade a essa cláusula contratual (...) ao optarem pela primeira alternativa, dando validade aos racially restrictive covenants, e procedendo à sua execução, estavam a negar o direito de igualdade.” (VALE, 2004, p. 128)

¹²⁷ SILVA, 2008, p.102.

realidade demonstram a existência de uma forte tendência em se equiparar alguns atos privados aos atos estatais de forma a conferir proteção aos direitos fundamentais nas relações entre os particulares.¹²⁸ Nesse sentido, Vale aduz que a teoria da equiparação sequer pode ser caracterizada como uma construção teórica, composta por um conjunto de regras e critérios aptos para determinar as situações nas quais os atores privados poderão ser responsabilizados pela violação de direitos fundamentais constitucionalmente consagrados:

Apesar dos precedentes criados, e das expressões desenvolvidas (*public function, symbiotic relationships*) a Suprema Corte não obteve sucesso na construção de uma verdadeira doutrina da *state action*, um conjunto coerente de regras que possam determinar quando os atores privados devem ser responsabilizados por uma violação constitucional. A Corte acabou reconhecendo que somente pelo estudo dos fatos e do sopeso das circunstâncias pode o envolvimento do Estado nas condutas privadas ser descoberto em seu verdadeiro significado. (VALE, 2004, p.136).

Outro ponto objeto de intensa crítica, que constitui a base da teoria da equiparação, é a distinção entre esfera pública, na qual os direitos fundamentais terão sua eficácia reconhecida, e esfera privada, na qual os particulares, no exercício de sua autonomia privada, estão livres para perseguirem e consecutirem seus objetivos individuais. Essa distinção foi objeto de severas críticas por parte de importante movimento de estudiosos da temática da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares, denominada de *Critical Legal Studies*, as quais se assentam, principalmente, na artificialidade da distinção. Dentre os principais críticos estão Erwin Chemerinsky, Nowak e Rotunda, para os quais a teoria da *state action* deveria ser substituída pela técnica da ponderação de princípios e bens constitucionais.¹²⁹

A teoria da equiparação, de fato, não confere um tratamento adequado aos direitos fundamentais, ao desconsiderar a força normativa e irradiante dos direitos fundamentais para todo o ordenamento jurídico, bem como ao não construir diretrizes interpretativas ou critérios seguros e confiáveis para determinar em que situações um ato privado será equiparável ao ato público, de modo a permitir a incidência dos direitos fundamentais, dando abertura a decisionismos e casuísmos inadmissíveis. Criticando o casuísmo da teoria da equiparação, Silva assevera que:

(...) ainda que, com a doutrina da *state action*, se queira, aparentemente, negar a vinculação de entidades não-estatais aos direitos fundamentais, não é isso que acontece de fato, já que o casuísmo da Suprema Corte norte-americana sempre

¹²⁸ No mesmo sentido BILBAO UBILLOS, 1997, p.173.

¹²⁹ SARMENTO, 2006, p. 196. (CHEMERINSKY, 1985) (NOWAK, 1995) e (ROTUNDA, 1995)

encontra uma forma, por mais artificial que seja, de igualar o ato privado questionado a um ato estatal quando se quer coibir alguma violação a direitos fundamentais por parte de pessoas privadas (SILVA, 2008, p.100).

Esse entendimento também é compartilhado por Vale, segundo o qual, a despeito da resistência em se reconhecer a eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares no ordenamento jurídico norteamericano, não foi possível “evitar, na prática, que esses direitos revelassem, gradualmente, sua dimensão objetiva, a demonstrar o seu poder de penetração em todos os espaços da realidade social, seja ela pública ou privada”¹³⁰ Silva, citando Giegerich¹³¹ alerta que, “com exceção de dois casos, em todas as decisões em que se equiparou uma conduta privada a uma ação estatal houve, ao mesmo tempo, o reconhecimento de violações a direitos fundamentais”¹³², o que é indicativo da artificialidade e do casuísmo inerentes à teoria da equiparação, demonstrando sua inadequação à ordenamentos jurídicos nos quais se privilegia a legitimidade das decisões jurisdicionais, com a eliminação dos indesejáveis subjetivismos do julgador, tão indispensável para conferir segurança jurídica aos particulares no âmbito de suas relações jurídicas privadas.

Sarmento noticia que a teoria da equiparação tem sido objeto de inúmeras críticas por parte de grupos defensores dos direitos fundamentais, segundo os quais essa tentativa em se separar atos públicos e atos privados abre espaço para a continuidade de lesões aos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares, uma vez que sequer conseguiu construir critérios e diretrizes minimamente seguros e confiáveis para a definição dos casos em que um ato privado deverá ser equiparável a um ato público.

¹³⁰ VALE, 2004, p.119-120.

¹³¹ Apud SILVA, 2008, p.102.

¹³² SILVA, 2008, p.102.

3 EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO BRASIL

Do ponto de vista histórico, a Constituição da República representou um marco para o constitucionalismo brasileiro e para a teoria dos direitos fundamentais. Além de positivizar extenso e detalhado rol de direitos fundamentais, diferentemente dos textos anteriores, cujos dispositivos iniciais disciplinavam normas de organização e estruturação do poder estatal, consagrou, inicialmente, os direitos e garantias fundamentais, seguindo a tendência adotada pela maioria dos textos constitucionais europeus do pós-guerra. Ao lado do extenso elenco de direitos individuais, dos direitos de nacionalidade e dos direitos políticos, a Constituição da República ainda assegura importante elenco de direitos sociais. Diversos outros direitos fundamentais foram assegurados de forma esparsa pelo texto constitucional, tais como as limitações constitucionais ao poder de tributar, o direito ao meio ambiente, a proteção do patrimônio histórico e cultural, dentre outros.

No que concerne à eficácia dos direitos fundamentais, a Constituição da República, no parágrafo primeiro, de seu artigo 5º, preceitua de forma expressa que as normas de direitos e garantias fundamentais tem aplicabilidade imediata. Qual seria a intenção do constituinte originário ao prever a aplicação imediata dos direitos fundamentais? Estaria prevendo que os direitos fundamentais têm eficácia imediata? Em quais espécies de relações jurídicas? A prescrição constitucional, com efeito, em razão de sua vagueza semântica e imprecisão terminológica, nada diz sobre quais serão as relações jurídicas que estarão sujeitas à eficácia dos direitos fundamentais, nem mesmo a forma em que se processará essa vinculação, de forma que, sustentar a eficácia direta dos direitos fundamentais adotando como fundamento apenas o referido preceito constitucional se afigura precipitado e superficial.¹³³

Outro aspecto que merece análise diz respeito ao fato de ter o constituinte originário utilizado a expressão aplicabilidade imediata ou invés de eficácia imediata. Em razão disso, imperioso tecer breves, porém relevantes, considerações acerca dos termos eficácia, efeitos e aplicabilidade, os quais, por vezes, são utilizados de forma indistinta, como se sinônimos fossem. Steinmetz, ao tratar do assunto, define aplicabilidade como a qualidade daquilo que é aplicável e a eficácia como a aptidão da norma jurídica para produzir efeitos, tomando os termos como sinônimos.¹³⁴ Silva, contrariamente, ao analisar a questão de forma mais detida, tece importantes distinções entre os termos.¹³⁵ Segundo o autor, nem toda norma eficaz

¹³³ Em igual sentido SILVA, 2008.

¹³⁴ STEINMETZ, 2004.

¹³⁵ SILVA, 2008.

produz efeitos em todas as relações jurídicas, uma vez que seus preceitos podem restringir sua eficácia a determinadas espécies de relações jurídicas. Além do mais, nem toda norma eficaz será necessariamente aplicável, uma vez que a despeito de possuir a aptidão para produzir seus efeitos, pode não ocorrer a subsunção entre o fato e o suporte fático descrito na norma. A partir destas distinções e analisando os preceitos normativos contidos no parágrafo primeiro, do artigo 5º, da Constituição da República, sustenta Silva que:

O texto constitucional, que dispõe que os direitos fundamentais terão aplicação imediata, faz menção a uma potencialidade, à capacidade de produzir efeitos desde já. Mas a simples prescrição constitucional de que as normas definidoras de direitos fundamentais terão ‘aplicação imediata’ não diz absolutamente nada sobre quais relações jurídicas sofrerão seus efeitos, ou seja, não traz indícios sobre o tipo de relação que deverá ser disciplinada pelos direitos fundamentais. Prescrever que os direitos fundamentais têm ‘aplicação imediata’ não significa que esta aplicação deverá ocorrer em todos os tipos de relação ou que todos os tipos de relação jurídica sofrerão algum efeito das normas de direitos fundamentais (SILVA, 2008, p. 57-58).¹³⁶

Em igual sentido, destaca Steinmetz:

Como já mencionamos, os problemas que giram em torno da vinculação dos particulares a direitos fundamentais têm, em grande medida, como causa a ausência de texto expresso de norma nos documentos constitucionais. E mesmo nas constituições em que há texto de norma prescrevendo expressamente a vinculação – Constituição da República Portuguesa de 1976 (art.18.1), Constituição da Federação Russa de 1993 (art.17.3) e Constituição Suíça de 1998 (art.35) – há dúvidas sobre a forma (o “como”) e o alcance (o “em que medida”) dessa vinculação (STEINMETZ, 2004, p.100).

A existência de preceito constitucional prevendo a aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais não eliminou as discussões e estudos sobre a forma como os direitos fundamentais influenciarão as relações jurídicas entre particulares, bem como não trouxe uma solução para o conflito entre direitos fundamentais materializado no caso concreto, até mesmo porque, cada direito fundamental, em razão das especificidades de sua natureza jurídica, operará sua eficácia de forma distinta nas relações jurídicas entre particulares. Um preceito

¹³⁶ Em igual sentido, Sarlet pondera que, “*Ao contrário da Constituição Portuguesa de 1976, que, em seu art. 18.1, consagrou expressamente uma vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais, a nossa Constituição de 1988 sequer previu, a despeito de consagrar o princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais (artigo 5º, § 1º), a expressa vinculação do poder público, tal como ocorreu, por exemplo, e paradigmaticamente, na Lei Fundamental da Alemanha (artigo 1º, inciso III), assim como nas vigentes Constituições da Grécia, Espanha e na própria Constituição de Portugal, já referida.*” (SARLET, 2000a, p.120).

genérico que preveja a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares não conseguiria absorver as peculiaridades de cada direito fundamental assegurado pelo texto constitucional, demonstrando a inadequação de se pretender construir solução uniforme para todos os direitos fundamentais.

Ao contrário da Constituição de Alemanha, que se limita a preceituar que os direitos fundamentais vinculam os poderes legislativo, executivo e judiciário, e da Constituição de Espanha, que genericamente preceitua a sujeição dos cidadãos e poderes públicos ao texto constitucional, restringindo a vinculação aos direitos fundamentais aos poderes públicos, a Constituição de Portugal, em seu artigo 18, estabelece de forma expressa que os direitos e garantias fundamentais são diretamente aplicáveis e vinculam os poderes públicos e as entidades privadas.¹³⁷ A existência dos preceitos legais contidos no artigo 18, da Constituição de Portugal não evitou o surgimento de controvérsias acerca da extensão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas. A expressa menção à vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais, ao contrário do que se esperava ou se podia imaginar, tem fomentado inúmeros estudos sobre o assunto.¹³⁸ Conforme destaca Vieira de Andrade:

No que respeita a nossa Constituição, não nos parece que o preceituado no n.º 1, do artigo 18º possa ser considerado suficiente para a resolução do problema. Se é certo que aí se afirma claramente que os preceitos constitucionais vinculam as entidades privadas, não se diz em que termos se processa essa vinculação e, designadamente, não se estabelece que a vinculação seja idêntica àquela que obriga os poderes públicos (VIEIRA DE ANDRADE, 2009, p.281).

Nem mesmo no ordenamento jurídico português, em que existe preceito constitucional expreso prevendo a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, há cautela entre os estudiosos em se sustentar a eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares, cautela que não é perceptível entre alguns estudiosos brasileiros que tendem a sustentar a eficácia direta dos direitos e garantias fundamentais nas relações jurídicas entre particulares.¹³⁹ Essa divergência acerca da eficácia dos direitos fundamentais

¹³⁷ Nos termos do artigo 18.1 da Constituição portuguesa: “*os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam entidades públicas e privadas.*” (PORTUGAL, 2009)

¹³⁸ “*Não é pacífico que o problema do efeito dos direitos fundamentais entre pessoas privadas esteja definitivamente solucionado pelo artigo 18º n.º 1, da Constituição, deixando este margem para algumas dúvidas. É que essa norma não diz em que termos se estabelece tal vinculação de entidades privadas.*” (PINTO, 2007, p.148-149). Em igual sentido MC CRORIE, 2005.

¹³⁹ SARLET, 2008. KRETZ, 2005.

nas relações jurídicas entre particulares nos ordenamentos jurídicos brasileiro e português, foi considerada motivo de perplexidade por Pinto, para quem:

A perplexidade advém desse facto: a Constituição brasileira não tem nenhuma afirmação clara sobre a questão e, no entanto, os brasileiros convergem na afirmação da aplicabilidade ou eficácia directa; a Constituição portuguesa consagra a aplicabilidade directa de forma aparentemente inequívoca, pelo menos no sentido em que não distingue a vinculação das entidades públicas da vinculação das privadas (os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas), e os portugueses manifestam evidentes reservas em adoptar essa posição (PINTO, 2007, p.355).

Segundo Sarlet, da mesma forma que a existência de expresso preceito constitucional não eliminou as controvérsias relativas a forma como os particulares se encontram vinculados aos direitos fundamentais, a sua ausência também não constitui fundamento hábil para afastar, de plano, a eficácia das normas de direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas, nem mesmo impedir o reconhecimento da vinculação directa dos particulares aos direitos fundamentais, haja vista que esta poderia ser inferida a partir de análise sistemática do texto constitucional ou da natureza jurídica das normas constitucionais de direitos fundamentais, entendimento que é, neste momento, prematuro se afirmar como correto.

Sarlet destaca ser possível extrair uma conclusão a partir do estudo dos referidos ordenamentos jurídicos, qual seja, os poderes públicos encontram-se vinculados aos direitos fundamentais, o que os obriga a respeitarem os direitos fundamentais, bem como adotar os atos necessários à garantia e promoção de sua máxima efetividade, em decorrência força normativa e das eficácias negativa e vinculante que lhes são inerentes.¹⁴⁰ Desse modo, competirá às funções executiva, legislativa e jurisdicional cumprirem suas competências constitucionais, para atribuírem máxima efetividade aos preceitos constitucionais.

Diferentemente do ordenamento jurídico alemão, em que o texto constitucional se limita a preceituar a vinculação dos poderes constituídos aos direitos fundamentais, no ordenamento jurídico brasileiro não há preceito constitucional restringindo a eficácia dos direitos fundamentais apenas às relações jurídicas entre os particulares e o poder público. O fato de o texto constitucional alemão restringir a eficácia das normas de direitos fundamentais

¹⁴⁰ Nesse sentido aduz Sarlet que: “*A omissão do Constituinte não significa, todavia, que os poderes públicos (assim como os particulares) não estejam vinculados pelos direitos fundamentais. Tal se justifica pelo fato de que, em nosso direito constitucional, o postulado da aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais (art. 5º, § 1º, da CF) pode ser compreendido como um mandado de otimização de sua eficácia, pelo menos no sentido de impor aos poderes públicos a aplicação imediata dos direitos fundamentais, outorgando-lhes, nos termos desta aplicabilidade, a maior eficácia possível.*” (SARLET, 2007a, p.360).

às relações jurídicas entre os indivíduos e o poder público exigiu que os teóricos alemães, objetivando expandir a eficácia das normas de direitos fundamentais para as relações jurídicas entre particulares, desenvolvessem a concepção segundo a qual os direitos fundamentais constituiriam valores fundamentais, uma ordem objetiva de valores, dotada de dimensão objetiva, capazes de irradiarem seus efeitos para todo o ordenamento jurídico. Silva, ao analisar as diferenças existentes entre os ordenamentos jurídicos brasileiro e alemão, destaca que:

Ocorre que a expressa nomeação dos poderes estatais como os únicos destinatários das normas de direitos fundamentais não se repete na Constituição brasileira. Não há nada no texto constitucional brasileiro que forneça indícios nesse sentido e que exigisse, por consequência, um recurso a uma ordem de valores para extrapolar uma limitação constitucional textual, como ocorreu no caso alemão (SILVA, 2008, p. 140).

Essas considerações são relevantes para a análise da questão da eficácia das normas jurídicas de direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares, uma vez que afasta a necessidade, no ordenamento jurídico brasileiro, de se recorrer ao conceito de valores fundamentais ou ordem objetiva de valores para justificar a irradiação dos efeitos das normas de direitos fundamentais às relações jurídicas privadas, conceitos que foram objetos de inúmeras críticas, principalmente pelos defensores da eficácia mediata dos direitos fundamentais. As principais críticas são no sentido de que a infiltração dessa ordem objetiva de valores coloca em risco o direito privado, que passaria a estar sujeito à dominação por parte dos valores constitucionais, bem como ao subjetivismo jurídico quando de sua aplicação às relações jurídicas entre particulares.¹⁴¹

A construção teórica dos direitos fundamentais como ordem objetiva de valores, além de desnecessária para o ordenamento jurídico brasileiro, em razão das diferenças normativas existentes entre o texto constitucional alemão e o brasileiro, em especial, por este ser dotado de maior prolixidade e maior grau de detalhamento dos direitos fundamentais, apresenta-se inadequada e perigosa, uma vez que sua utilização conduz à perda de racionalidade e transparência das decisões judiciais.

¹⁴¹ Conforme destaca Sarmiento, “*é preciso não adotar interpretação muito extensiva das cláusulas pétreas, sob pena de cancelar-se um total engessamento da ordem jurídica, que retiraria do povo a única alternativa institucional que lhe sobrou para, sem traumas e rompimentos, decidir seus próprios caminhos, libertando-se das amarras por vezes impostas no passado.*” (SARMENTO, 2006, p. 133) E questiona o autor, “*é preciso avaliar até que ponto é legítimo, numa democracia, amputar a liberdade de conformação do legislador em nome da irradiação das normas constitucionais, sobretudo diante da constatação de que o grande “agente” dessa irradiação é o juiz, que não é eleito e não responde politicamente perante o povo.*” (SARMENTO, 2006, p. 136)

O próprio fato de ter predominado, no Brasil, o positivismo jurídico, dificultou o debate acerca da relação existente entre ordem constitucional e valores morais. Não se está a sustentar que o texto constitucional não possa sofrer influxos ou incorporar em suas normas constitucionais valores da sociedade política organizada, o que, inclusive, foi feito pelo constituinte brasileiro ao positivizar diversos valores humanitários, dentre eles, a dignidade, a liberdade, a democracia, a igualdade e a justiça, os quais serão levados em consideração quando da aplicação das normas constitucionais para a resolução do caso concreto.

Nessa perspectiva, a irradiação dos efeitos das normas constitucionais, dentre elas, as normas de direitos fundamentais, não depende e nem necessita se assentar na existência de uma ordem objetiva de valores, tal como ocorre no ordenamento jurídico alemão. No caso brasileiro, a irradiação dos efeitos das normas constitucionais decorre do reconhecimento de sua força normativa, superioridade hierárquica e fundamentalidade, que garantem a unidade do ordenamento jurídico, inclusive no que diz respeito à tutela dos direitos fundamentais, que não se restringe às relações jurídicas entre os particulares e o poder público, sendo extensível às relações jurídicas entre particulares.¹⁴²

A fundamentalidade formal e material das normas constitucionais impõe o reconhecimento de sua superioridade hierárquica, força normativa vinculante e eficácia irradiante para todo o ordenamento jurídico, ampliando o lastro protetivo conferido pelos direitos fundamentais e assegurando a unidade e sistematicidade do ordenamento jurídico.¹⁴³ Reconhecer que as normas constitucionais de direitos fundamentais possuem capacidade para irradiarem seus efeitos para as relações jurídicas entre particulares não implica necessariamente a afirmação de que essa eficácia se dará, sempre, de forma direta, independentemente de intermediação legislativa.

¹⁴² Conforme destaca Bilbao Ubillos, “*Este enfoque unitário, que tende a superar el tradicional aislamiento de la Constitución del resto del ordenamento, tien una gran trascendencia, pues excluye que los derechos constitucional e privado puedan concebirse en la actualidad como compartimentos estancos, como mundos separados, impermeables, gobernados por logicas diferentes. A la Constitución no sólo no le es indiferente la disciplina de las relaciones jurídico-privadas, sino que en ella misma se descubre la opción por un determinado modelo de esas relaciones. El fuerte contenido principal de sus disposiciones facilita la constitucionalización de todas las ramas de derecho, tanto del publico como del privado, mediante la recepción de esas reglas y principios dotados de una especial capacidad de irradiación. No se puede hablar ya de dos ordenamentos completamente autónomos: el derecho civil no es materia extraconstitucional, es materia constitucional.*” (BILBAO UBILLOS, 2007, p. 260-261)

¹⁴³ Destaca Vieira de Andrade que: “*em primeiro lugar, afirma-se que os direitos fundamentais como princípios constitucionais não podem deixar de aplicar-se em toda ordem jurídica e, portanto, também na área do direito privado (princípio da unidade do ordenamento jurídico) em segundo lugar, põe de relevo a necessidade de proteger os particulares não apenas perante o Estado, mas também, pelo menos, perante indivíduos ou entidades privadas que sobre eles exercem ou estão em condição de exercer verdadeiros poderes, jurídicos ou de fato.*” (VIEIRA DE ANDRADE, 2009, p. 274)

Adverte-se, aqui, para o risco de que a adoção da ordem objetiva de valores elimine a função deontológica inerente às normas constitucionais e as transforme em valores a serem subjetivamente aplicados ao caso concreto. Cittadino, analisando o subjetivismo decorrente da utilização da ordem objetiva de valores e o risco de sua utilização para a tutela dos direitos individuais, destaca não ser possível se recorrer “a uma identidade compartilhada, nem tampouco a tradições constitucionais e práticas históricas comuns” sendo que “a defesa do sentido deontológico dos direitos fundamentais possibilitará uma prestação jurisdicional voltada para aquilo que é correto e não para aquilo que é preferencialmente bom.”¹⁴⁴

A inadequação da utilização da ordem objetiva de valores não afeta que sejam reconhecidas a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, sua eficácia irradiante ou sua concepção como deveres de proteção, em razão da natureza principiológica das normas constitucionais de direitos fundamentais. O que deve ser objeto de preocupação, na visão de Sarmento, é a garantia da racionalidade das decisões jurisdicionais, salientando que:

(...) as soluções hoje se encaminham para o reconhecimento de que, se por um lado as Constituições albergam valores que são relevantes na interpretação constitucional, abrindo-as para conteúdos morais, por outro lado, é necessário que a aplicação da Lei Maior se lastreie em metodologia preocupada com o estreitamento do subjetivismo, incerteza e insegurança jurídica das decisões. E se o modelo lógico-subsuntivo se revela imprestável diante das características do Direito Constitucional, urge, em prol da transparência e da controlabilidade prática na hermenêutica e na jurisdição constitucional, a fim de legitimá-las democraticamente. A adoção da perspectiva principialista da Constituição não exclui, mas antes impõe, o desenvolvimento de praxes que gerem estabilidade e previsibilidade e não quebrem a ideia do direito como produto da vontade racional do povo, e não fruto do decisionismo de magistrados, convertidos à posição de oráculos sagrados (SARMENTO, 2006, p. 123).

A questão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares não deve ser tratada no ordenamento jurídico brasileiro de forma idêntica àquela verificada no ordenamento jurídico alemão e espanhol. A necessidade de tratamento diferenciado justifica-se pelo fato de que, diferentemente dos ordenamentos jurídicos, que adotam o controle concentrado de constitucionalidade, restringindo a jurisdição de constitucionalidade às Cortes Constitucionais, o ordenamento jurídico brasileiro adota o controle misto de constitucionalidade, de modo que todo juízo, por ser dotado de jurisdição de constitucionalidade, possui competência para aferir a constitucionalidade das normas jurídicas infraconstitucionais quando da apreciação e julgamento do caso concreto e, sendo necessário,

¹⁴⁴ CITTADINO, 2001, p. 107.

conferir-lhes interpretação conforme a Constituição ou afastar-lhes a aplicabilidade mediante a declaração incidental de sua inconstitucionalidade.

Ao adotarem o controle concentrado de constitucionalidade, restringindo a discussão e apreciação da constitucionalidade dos atos normativos ao âmbito das Cortes Constitucionais, quando do julgamento dos recursos constitucionais, esses ordenamentos jurídicos exigiram de seus estudiosos a elaboração de construções teóricas aptas a justificar a admissibilidade de interposição de recursos constitucionais nos casos em que se esteja diante da violação de direitos fundamentais no âmbito de relações jurídicas entre particulares.¹⁴⁵ No caso brasileiro, esse trabalho argumentativo torna-se descipiendo, pois o controle de constitucionalidade difuso possibilita que questões constitucionais, inclusive relativas à eficácia de direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares, sejam apreciadas por qualquer juízo, inclusive os de primeira instância, o que é inconcebível nos ordenamentos jurídicos alemão e espanhol, nos quais as discussões relativas à eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares ficam restritas às Cortes Constitucionais, quando da apreciação e julgamento de recursos constitucionais.¹⁴⁶ Alerta-se, com tais considerações, para os riscos inerentes àquilo que Silva denomina de fenômeno do empréstimo constitucional. Segundo o autor:

Um importante campo de pesquisa em direito constitucional, ao qual cada vez mais se dá maior atenção, é o chamado “empréstimo constitucional”. Esse termo designa, de maneira geral, as influências constitucionais entre diversos países e, mais especificamente, inclui transplantes e adaptações, reconhecidos ou não, em qualquer estágio da criação de um sistema constitucional ou em seus desenvolvimentos e usos subsequentes. Esse é um fenômeno normal e corriqueiro no mundo jurídico, e é fácil perceber que, no caso do objeto do presente trabalho, a carga de empréstimo

¹⁴⁵ Sobre a questão, Sarmiento destaca que, “*quando o Judiciário resolvesse os conflitos privados, interpretando as normas ordinárias sem levar em consideração os direitos fundamentais, ele tornar-se-ia responsável por uma lesão a tais direitos, sujeitando-se à censura. Foi o caminho encontrado pela Corte Constitucional alemã para apreciar, em sede de recurso constitucional (verfassungsbeschwerde), decisões judiciais proferidas pela jurisdição ordinária, que não tinham conferido o devido peso aos valores constitucionais na interpretação e aplicação de normas ordinárias regulamentadoras de relações privadas. Afirma a doutrina, sem embargo, que, nesta tarefa, a Corte Constitucional não deve, a pretexto da proteção dos direitos fundamentais, se converter em uma instância de revisão geral dos julgados da jurisdição ordinária, para analisar a correção das decisões de aplicação da legislação privada. Só quando a decisão judicial do litígio privado desconsiderar o efeito da irradiação dos direitos fundamentais sobre o Direito Privado é que o recurso constitucional seria admissível.*” (SARMENTO, 2006, p. 201).

¹⁴⁶ Sarmiento destaca que, “*Na jurisprudência espanhola, a questão material da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais acabou se confundindo com a questão processual, concernente à possibilidade de julgamento pelo Tribunal Constitucional, de recurso de amparo concernente a litígios privados. O recurso de amparo é instrumento processual de defesa dos direitos fundamentais, que foi previsto apenas nos casos de violação ou ameaça de direitos constitucionais por parte dos Poderes Públicos. Mas, para justificar a admissibilidade do amparo em questões envolvendo a violação de direitos fundamentais nas relações privadas, elaborou-se a construção de que a ofensa é tutelada não é proveniente da conduta particular, mas sim do Poder Judiciário, quando este não tiver protegido adequadamente tais direitos na prestação jurisdicional.*” (SARMENTO, 2006, p. 207)

constitucional não é pequena. Mas a normalidade do fenômeno não significa que não possa haver abusos, exageros ou empréstimos mal-feitos. Para que isso não ocorra, é imprescindível que se compreendam bem os fundamentos de determinado fenômeno em seu país de origem, suas razões de ser e seus objetivos, caso contrário não será pequena a possibilidade de empréstimo de institutos, métodos ou teorias incompatíveis com a realidade brasileira (SILVA, 2008, p. 136).

Ao analisar a influência e compatibilidade das teorias acerca da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares com o ordenamento jurídico brasileiro, Silva destaca que:

Há ainda outra razão que tende a diminuir a importância da tese de que os direitos fundamentais devem ser aplicados somente nas relações entre Estado e indivíduos ou, quando muito, apenas indiretamente às relações entre particulares por meio da reinterpretação do direito privado, a partir de valores fundamentais adotados pela Constituição: como já mencionado várias vezes, ao contrário do que ocorre com a Constituição alemã, que adotou, pelo menos formalmente, um modelo liberal de direitos fundamentais, a Constituição brasileira de 1988, na esteira do que já acontecia pelo menos desde 1934, extrapola essa ideia por meio da previsão de uma série de outros direitos fundamentais (sociais, econômicos, dos trabalhadores, etc.) cuja razão de ser se encontra muito mais nas relações entre particulares do que na relação Estado-indivíduo (SILVA, 2008, p. 138-139).

Além das diferenças normativas, Silva¹⁴⁷ destaca outras importantes diferenças entre o ordenamento jurídico brasileiro e o alemão, dentre as quais, a própria diferença ideológica que permeia os textos constitucionais e o fato de que, diferentemente do texto constitucional brasileiro, que preceitua de forma genérica a eficácia dos direitos fundamentais, prescrevendo sua aplicabilidade imediata, nada informando sobre quem seriam seus destinatários, o texto constitucional alemão estabelece de forma expressa apenas a vinculação dos poderes constituídos aos direitos fundamentais, conforme explicitado.

Nesse contexto, os estudiosos alemães da eficácia dos direitos fundamentais tiveram que fazer um esforço hermenêutico no sentido de elaborar teorizações aptas a expandir os efeitos dos direitos fundamentais às relações jurídicas entre particulares. Para tanto, se viram obrigados a elevar os preceitos veiculadores de direitos fundamentais à condição de valores fundamentais, uma ordem objetiva de valores dotada da capacidade de irradiar seus efeitos e influenciar o conteúdo das normas jurídicas de direito privado, construção teórica que é, por sinal, objeto de relevantes críticas, em especial, no sentido de que a adoção de uma ordem de valores subtrairia a transparência e racionalidade das decisões jurisdicionais.

As diferenças normativas e estruturais apontadas e analisadas tornam desnecessário que, no ordenamento jurídico brasileiro, se tenha que recorrer ao conceito de ordem objetiva

¹⁴⁷ SILVA, 2008.

de valores para justificar a eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares ou mesmo que se criem teorizações para permitir que questões constitucionais, dentre elas a eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares, sejam objeto de controle jurisdicional. Por esse motivo, indispensável que sejam construídas e propostas soluções teóricas diferenciadas, que considerem as peculiaridades e especificidades do sistema constitucional brasileiro, evitando que se proceda à importação acrítica e irrefletida de construções teóricas alicerçadas em outras realidades jurídicas, cuja adoção poderá acarretar consequências indesejáveis em razão de sua incompatibilidade.

3.1 Repensando a eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas a partir da superação da visão dicotômica entre eficácia imediata ou mediata

A questão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas exige a adoção de soluções diferenciadas, que não se limitem a defender de maneira uniforme o reconhecimento da eficácia imediata ou mediata.¹⁴⁸ A exigência por soluções diferenciadas decorre, principalmente, do fato de que a questão deverá ser analisada considerando os direitos fundamentais em conflito, bem como as especificidades do caso concreto. Ademais, a questão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares não deve ser analisada a partir do pressuposto de que eficácia imediata e mediata são formas incompatíveis e excludentes de incidência dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas, pois conforme destaca Vieira de Andrade:

A análise concreta das soluções resultantes das diversas posições defendidas mostrava que as teorias, para além de estarem de acordo quanto à existência de uma vinculação, surgiam mitigadas, procurando cada uma conciliar ou adaptar sua tese central com os princípios ou situações que eram, afinal, os que fundavam a argumentação das outras. Por vezes, todas as teorias, partindo de pressupostos distintos ou operando por vias diversas, chegavam ao mesmo resultado prático (VIEIRA DE ANDRADE 2009, p. 239).¹⁴⁹

A superação dessa visão dicotômica entre eficácia imediata e mediata perpassa pelo reconhecimento da multifuncionalidade e pluralidade de funções que exercem os direitos

¹⁴⁸ SILVA, 2008, p. 134; SARLET, 2009, p. 358.

¹⁴⁹ Vale comunga no mesmo entendimento ao sustentar que, “o grande equívoco que paira sobre as construções teóricas a respeito da maneira como os direitos fundamentais influenciam a seara privada é, sobretudo, o fato de que cada teoria trata o assunto de forma a excluir as demais, como se eficácia mediata, imediata e eficácia produzida por direitos de defesa e de prestação fosse categorias inconciliáveis entre si. Cada construção teórica, portanto, concebe-se como única correta, negando as demais.” (VALE, 2004, p. 170).

fundamentais, em especial, da capacidade de irradiarem seus efeitos por todo o ordenamento jurídico. Veiculados mediante normas constitucionais, os direitos fundamentais assumem uma posição privilegiada dentro do ordenamento jurídico, em razão de sua superioridade hierárquica, característica que exige que todas as demais normas jurídicas integrantes do ordenamento jurídico estejam em conformidade com o seu conteúdo. A construção de um modelo de contenha soluções diferenciadas, que transcendam a propalada dicotomia entre eficácia direta e indireta das normas de direitos fundamentais, pressupõe, de início, releitura da concepção clássica dos direitos fundamentais como direitos de defesa ou liberdades públicas oponíveis apenas ao poder público.¹⁵⁰

É possível sustentar, em essência, que a questão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas é uma decorrência lógica do fenômeno da constitucionalização do direito privado, que traz consigo a ideia de irradiação dos efeitos das normas constitucionais sobre o ordenamento jurídico, inclusive das normas constitucionais de direitos fundamentais. Ainda que, na atualidade, a irradiação de efeitos das normas constitucionais tenha adquirido maior aceitação, isso nem sempre ocorreu, principalmente em se tratando de irradiação de efeitos das normas constitucionais sobre o direito privado e as consequências sobre o primado a autonomia privada e tutela da liberdade contratual.¹⁵¹

A irradiação dos efeitos das normas constitucionais de direitos fundamentais por todo o ordenamento jurídico, inclusive sobre as relações jurídicas entre particulares, acaba por conduzir as discussões sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas para a discussão acerca da colisão de direitos fundamentais concretizada no tráfico privado, em regra, traduzida pelo conflito entre a autonomia privada e os demais direitos fundamentais, que se desdobrará, ao final, na discussão relativa à constitucionalidade das limitações impostas aos direitos fundamentais no âmbito de relações jurídicas entre particulares em decorrência do exercício da autonomia privada.

A irradiação dos efeitos das normas de direitos fundamentais para as relações jurídicas privadas, não poderá desconsiderar que o direito privado possui principiologia própria, que não poderá ser distorcida ou deturpada. É por este motivo que o reconhecimento da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas deverá necessariamente considerar a

¹⁵⁰ Nesse sentido destaca Canotilho que, “o problema da eficácia dos direitos, liberdades e garantias na ordem jurídica privada tende hoje para uma superação da dicotomia eficácia mediata/imediata a favor de soluções diferenciadas” e conclui “essa eficácia, para ser compreendida com rigor, deve ter em consideração a multifuncionalidade e pluralidade de funções dos direitos fundamentais, de forma a possibilitar soluções diferenciadas e adequadas, consoante o referente direito fundamental que estiver em causa no caso concreto.” (CANOTILHO, 2006, p. 1208-1209).

¹⁵¹ SILVA, 2008, p. 41.

importância de se proteger da autonomia privada e liberdade enquanto fontes e princípios basilares do direito privado, em especial, como fonte dos negócios jurídicos.¹⁵² A atividade legislativa, nessa perspectiva, deve cumprir importante função na concretização dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas, em especial, em seu dever de conformar o exercício da autonomia privada compatibilizando-a com a proteção dos demais direitos fundamentais, limitando aquele exercício se dê de forma abusiva.

Conforme destaca Vale, independente do ponto de vista adotado, deve-se privilegiar o papel a ser desempenhado pelo legislador na densificação do conteúdo dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares, uma vez que:

(...) não há maiores discussões sobre o papel preferencial exercido pelo legislador democrático na operação de acomodação dos direitos fundamentais no cenário privado. Não cabe dúvida, que tanto neste âmbito como no campo das relações entre indivíduo e Estado, a lei é o instrumento mais apropriado para essa função. Dessa forma, qualquer que seja a posição que se mantenha a respeito da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, o protagonismo do legislador é um dado unanimemente reconhecido (VALE, 2004, p. 76).

Silva também destaca a importância da atividade legislativa na concretização do conteúdo dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares, ao assim prelecionar:

A existência de um Código Civil, cujas normas tem, em geral, a estrutura de regras, impede, prima facie, uma aplicabilidade direta dos direitos fundamentais às relações jurídicas entre particulares. Os efeitos desses direitos chegam às relações jurídicas entre particulares pela via indireta isto é, para usar a expressão de DURIG, por meio do direito privado. O direito privado deve servir, nesse caso, de transporte para os direitos fundamentais às relações jurídicas entre particulares, o que exige, portanto, uma interpretação dos dispositivos jusprivados sempre tendo com base os princípios constitucionais (SILVA, 2008, p. 121).

A atividade legislativa nem sempre conseguirá disciplinar e concretizar o conteúdo das normas de direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas, nem mesmo problematizar e estabelecer soluções prévias para todos os conflitos jurídicos possíveis. Nessas situações, em

¹⁵² Conforme destaca Alexy, “o tribunal civil tem que levar em consideração os princípios de direitos fundamentais favoráveis às posições alegadas pelas partes; mas, de outro, ele também tem que aplicar o direito privado vigente, a não ser que ele seja incompatível com todas as possíveis interpretações dos princípios constitucionais. O fato de não serem apenas os princípios de direitos fundamentais que tem que desempenhar um papel nos casos de efeitos perante terceiros, mas também o direito privado, é algo que pode ser percebido a partir da constatação de que os princípios, em muitos casos, aceitam diversas soluções como constitucionalmente possíveis, e de que o juiz não está submetido apenas à vinculação a princípios materiais, mas também a diversas outras vinculações, como, por exemplo, àquela que decorre do princípio formal do respeito às decisões do legislador democraticamente legitimado e da consideração dos precedentes.” (ALEXY, 2014, p. 537)

que o legislador for omissivo, uma vez que não é plausível acreditar ou confiar em sua onisciência, os órgãos jurisdicionais assumirão a função de concretizar o conteúdo dos direitos fundamentais no âmbito daquela relação jurídica entre particulares, mediante a interpretação das cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados, pela interpretação das normas jurídicas de direito privado vigentes em conformidade com o texto constitucional, ou, inclusive, pela aplicabilidade direta do conteúdo dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas, em razão de sua dimensão objetiva e seu efeito irradiador.¹⁵³

Inadequado, portanto, condicionar ou limitar a eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas à prévia atividade mediadora concretizadora do legislador, dada a impossibilidade de que este antevêja e contemple todas as situações e conflitos possíveis entre os direitos fundamentais.¹⁵⁴ Bokenforde, sustenta que a eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares não pode ficar refém e condicionada à normatização infraconstitucional, razão pela qual, diante da possibilidade de insuficiência normativa, bem como da inexistência de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, necessário admitir e reconhecer a eficácia direta das normas de direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas, a partir das especificidades do caso concreto.¹⁵⁵

Nesse sentido, Novais sustenta que a teoria da eficácia mediata não proporciona uma resposta satisfatória nos casos em que inexistente densificação legislativa, uma vez que, diante da omissão legislativa, os direitos fundamentais acabariam ficando completamente desprotegidos de possíveis agressões perpetradas por outros particulares, não sendo plausível e aceitável que em nome do princípio da separação de poderes ou da suposta proteção da autonomia do direito privado se justifique a impossibilidade dos órgãos jurisdicionais resolverem conflitos privados aplicando diretamente os direitos fundamentais positivados no texto constitucional. E conclui que:

¹⁵³ Conforme destaca Sombra: “Não restam dúvidas, portanto, de que a lei consubstancia o mecanismo teoricamente mais apropriado, em termos de segurança jurídica e isonomia, para a concretização dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, todavia, devem ser considerados dos aspectos de fundamental importância: a omissão inconstitucional e a incapacidade legislativa de dirimir todas as possíveis tensões entre direitos fundamentais em abstrato.” (SOMBRA, 2004, p. 167) Bilbao Ubillos, reconhecido como defensor da eficácia direta dos direitos fundamentais, salienta a primazia da atividade legislativa, ao sustentar que: “Esta competência se fundamentaria em dos argumentos, que me parecem válidos. En primer lugar, la concreción legislativa de la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales, mediante la promulgación de leyes antidiscriminatorias, por ejemplo, comporta muchas veces limitaciones de la libertad individual, que deberían imponerse por el legislador. Y en el segundo lugar, el nivel de vigencia social de los derechos fundamentales constituye una opción de política legislativa porque la Constitución no impone un nivel determinado (...) sino únicamente un nivel mínimo.” (BILBAO UBILLOS, 1997, p. 292)

¹⁵⁴ Em igual sentido, SOMBRA, 2004, p. 168.

¹⁵⁵ BOKENFORD, 1993.

(...) se o princípio da autonomia privada fosse justificção suficiente para recusar a aplicação das normas constitucionais, permaneceria sem fundamento a própria instituição da jurisdição constitucional, pois a recusa de intervenção do judiciário numa situação de omissão legislativa teria, em rigor, de ser acompanhada de análoga recusa de possibilidade de controle de constitucionalidade da legislação civil (NOVAIS, 2007, p. 360).

Contrariamente ao que se possa pressupor, eficácia direta e indireta, são construções teóricas compatíveis e complementares, constituindo perspectivas de um mesmo fenômeno, a serem adotadas em situações e momentos distintos da irradiação dos direitos fundamentais para as relações jurídicas privadas, conforme aduzido por Alexy e Canotilho. Por esse motivo, uma solução que se pretenda adequada e aspire contribuir para o desenvolvimento da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares, perpassará, necessariamente, pelo reconhecimento da coexistência de diversas formas de eficácia, cada qual se referindo a um determinado aspecto do problema, sem que deva existir qualquer pretensão de primazia entre si.

Para Alexy, a questão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas se reduz, em última instância, ao conflito entre princípios ou bens constitucionais e, portanto, a uma questão de ponderação, na qual o mais relevante não é o como, mas sim, o resultado a ser alcançado, qual seja, o reconhecimento de que os direitos fundamentais são eficazes nas relações jurídicas entre particulares. Destaca Alexy, todavia, que por mais que os resultados sejam equivalentes¹⁵⁶, independentemente da construção teórica adotada, tal fato não torna desnecessário o estudo da eficácia dos direitos fundamentais, dada a necessidade de se construir um modelo lógico que compatibilize e harmonize os principais contributos de cada uma das construções teóricas desenvolvidas, bem como seus aspectos mais relevantes, com o desiderato de tornar transparente e racional o processo hermenêutico de incidência dos preceitos de direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas, observando, caso a caso, as especificidades fáticas e jurídicas, bem como o direito fundamental em questão.

¹⁵⁶ Segundo Alexy: “O fato de as três construções serem equivalentes nos resultados não significa que a questão acerca de sua correção seja irrelevante. A pergunta sobre como tem de ser pensado em cada caso o efeito dos direitos fundamentais e das normas de direitos fundamentais no direito civil é algo que deve ser respondido não apenas porque a Ciência do Direito não se satisfaz com a simples obtenção de resultados corretos ou aceitáveis, sem considerações acerca de sua construção, mas também porque sem uma construção correta não é possível um quadro preciso do efeito dos direitos fundamentais e das normas de direitos fundamentais no sistema jurídico.” (ALEXY, 2014, p. 533) Em igual sentido, Bilbao Ubillos sustenta que não consegue enxergar diferenças entre as teorias da eficácia direta e indireta, ao assim se pronunciar: “no veo ninguna, fracamente. A la misma solución se puede llegar (con cláusulas generales o sin ellas) aplicando en el momento de interpretar las normas de derecho privado el principio general. El efecto de irradiación de los derechos fundamentales en la esfera del derecho privado, no aporta, em realidade, nada de nuevo.” (BILBAO UBILLOS, 2007, p. 313).

Vale, também destaca a necessidade de se construir um modelo diferenciado para a questão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares, a partir da superação da dicotomia entre eficácia direta e indireta, uma vez que, segundo o autor, “uma das principais razões pelas quais permanece pendente a polêmica a respeito de como incidem os direitos fundamentais no âmbito privado é o fato de as construções teóricas serem defendidas como se cada uma fosse a correta, de forma a se excluírem as demais”¹⁵⁷, entendimento igualmente perfilhado por Canotilho¹⁵⁸, para quem a questão demanda a construção de soluções diferenciadas e Gutierrez¹⁵⁹, que sustenta que as construções teóricas da eficácia direta e indireta, além de razoáveis e compatíveis, por não produzirem resultados contraditórios, aspiram e postulam à aplicação coordenada e complementar.¹⁶⁰ Novais¹⁶¹ destaca que tanto a teoria da eficácia imediata, eficácia mediata e teoria dos deveres de proteção, a despeito de apresentadas como antagônicas, adotam a premissa de que competirá, inicialmente, aos órgãos legislativos, conformar o exercício da autonomia privada e liberdade contratual ao conteúdo dos direitos fundamentais.

A dicotomia entre eficácia direta e indireta acaba perdendo parte de seu sentido em ordenamentos jurídicos caracterizados pela coexistência dos controles concentrado e difuso de constitucionalidade. Ao se reconhecer que todos os juízos são dotados de jurisdição de constitucionalidade, possuindo competência constitucional para afastar a aplicabilidade de normas jurídicas eivadas de inconstitucionalidade, bem como para interpretá-las em conformidade com o texto constitucional, caminha-se no sentido de se admitir que qualquer relação jurídica privada possa ser objeto de análise de sua conformidade com o texto constitucional, seja mediante a eficácia direta ou indireta das normas de direitos fundamentais. A questão, portanto, desbordará e redundará na análise da constitucionalidade das restrições estabelecidas aos direitos fundamentais em decorrência do exercício da autonomia privada e da liberdade de contratação, a partir da ponderação dos princípios constitucionais e ou bens constitucionais em conflito.

¹⁵⁷ VALE, 2004, p. 95.

¹⁵⁸ CANOTILHO, 2003, p. 1208

¹⁵⁹ GUTIERREZ, 2010, p. 22

¹⁶⁰ Conforme destaca Bydlinski, citado por Silva: “*Se as normas de direitos fundamentais são aplicáveis diretamente ou se elas simplesmente adentram no direito privado por meio de seus conceitos e cláusulas gerais é questão que não tem necessariamente influência sobre o grau de relativização dos direitos fundamentais. Pode-se proceder, no sopesamento entre o direito fundamental envolvido e a liberdade individual, de forma mais rígida ou mais flexível e o mesmo pode ocorrer por intermédio da cláusula dos bons costumes (...). É possível se basear somente nas cláusulas gerais (...) nas cláusulas gerais combinadas com os artigos de direitos fundamentais ou recorrer somente a esses últimos, sem que isso faça alguma diferença na definição do resultado.*” (SILVA, 2008, p. 142)

¹⁶¹ NOVAIS, 2007, p. 232

Nos casos em que o legislador densificou o conteúdo do direito fundamental, disciplinando a forma de sua aplicação às relações jurídicas privadas, duas situações podem se verificar. A primeira situação verificar-se-á quando se constatar a existência de normas infraconstitucionais que, a despeito de terem o propósito de densificar a aplicação de determinado direito fundamental às relações jurídicas entre os particulares, apresentam-se incompatíveis com o texto constitucional. Nesta hipótese, competirá ao intérprete promover a interpretação e aplicação da norma jurídica de direito privado em conformidade com o texto constitucional. Sendo impossível atribuir-lhe interpretação conforme a Constituição, outra medida não restará senão a declaração de sua inconstitucionalidade. A segunda situação verificar-se-á quando se constatar a existência de normas infraconstitucionais que, a despeito de terem o propósito de densificar o conteúdo de direitos fundamentais, o fazem de forma insuficiente. Nesta hipótese competirá ao intérprete promover a integração do conteúdo das normas jurídicas de direito privado com o conteúdo das normas constitucionais de direitos fundamentais, em especial, mediante as cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados.

Em ambas situações, os órgãos jurisdicionais, em respeito ao princípio democrático e a separação de poderes, não poderão desprezar as decisões legislativas que estão materializadas nas normas jurídicas infraconstitucionais, salvo na hipótese de vício de inconstitucionalidade, situação na qual a norma jurídica deverá ser declarada inconstitucional e ter afastada sua aplicabilidade.¹⁶² Seja na hipótese em que se afasta a aplicabilidade de uma norma jurídica em decorrência de sua inconstitucionalidade, seja na hipótese de ser necessária a integração do conteúdo da norma jurídica de direito privado, por se entender que a densificação legislativa fora insuficiente, estar-se-á diante do reconhecimento da força normativa das normas de direitos fundamentais e sua capacidade de irradiar efeitos sobre as relações jurídicas privadas.¹⁶³ Conforme destaca Silva:

Há, no entanto, diversas situações para as quais somente uma aplicação direta dos direitos fundamentais pode fornecer uma solução adequada. Essas situações são aquelas para as quais não há mediação legislativa ou que a atividade legislativa se

¹⁶² Conforme destaca Julio Estrada: “*en un Estado de Derecho, y en virtud del principio democrático, no cabe duda que el órgano que ostenta la representación popular há de gozar de la primacia para la concreción de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico civil.*” (JULIO ESTRADA, 2000, p. 210) Em igual sentido, sustenta Steinmetz que, “*em virtude dos princípios democráticos e da separação de poderes, não deve, de plano e sem a apresentação de razões jurídico-constitucionais de pose (ônus da argumentação), afastar-se da solução legislativa.*” (STEINMETZ, 2004, p. 26).

¹⁶³ Conforme destaca Perlinger: “*a norma constitucional pode, também sozinha (quando não existirem normas ordinárias que disciplinem a fattispecie em consideração) ser a fonte da disciplina de uma relação jurídica de direito civil.*” E conclui, “*a normativa constitucional não deve ser considerada sempre e somente como mera regra hermenêutica, mas também como norma de comportamento, idônea a incidir sobre o conteúdo das relações entre situações subjetivas, funcionalizando-as aos novos valores.*” (PIERLINGERI, 2002, p 11)

tenha mostrado insuficiente. É na aplicação direta, portanto, que os problemas se tornam mais agudos, pois é nesses casos que os direitos fundamentais mais diretamente se chocam com a autonomia privada. A principal questão a ser resolvida nesse ponto é a forma de combinar essa autonomia com direitos fundamentais que, aplicados diretamente à relação entre particulares, tendem a eliminá-la (SILVA, 2008, p. 148).

Analisando profundamente a questão, verifica-se que, independentemente da adoção da eficácia imediata ou mediata dos direitos fundamentais, em razão da vinculação direta dos poderes constituídos às normas constitucionais, bem como dos deveres de proteção que lhes são inerentes, em especial, aos órgãos jurisdicionais, estes acabarão, ao final, chegando ao mesmo resultado, qual seja, a irradiação dos direitos fundamentais sobre o direito privado.¹⁶⁴ Essa conclusão corrobora para a necessidade de se superar a dicotomia entre eficácia imediata ou mediata, para buscar uma solução diferenciada para a eficácia do princípio da igualdade nas relações jurídica contratuais entre particulares, sem desprezar os contributos de cada uma das construções teóricas para a temática. Sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas e a atuação dos órgãos jurisdicionais, destaca Canotilho que:

Os juízes, embora vinculados em primeira linha pela mediação legal dos direitos, liberdades e garantias, devem também dar operatividade prática à função de proteção (objectiva) dos direitos, liberdades e garantias. a) em primeiro lugar, devem fazer a aplicação do direito privado legalmente positivado em conformidade com os direitos fundamentais pela via da interpretação conforme a Constituição. b) se a interpretação conforme direitos, liberdades e garantias for insuficiente cabe sempre na competência dos tribunais a desaplicação da lei (por inconstitucional) violadora dos direitos (subjectivos) ou dos bens constitucionalmente garantidos pelas normas consagradoras de direitos fundamentais. c) a interpretação conforme os direitos, liberdades e garantias das normas de direito privado utilizará como instrumentos metódicos não apenas as clássicas cláusulas gerais ou conceitos indeterminados (boa-fé, abuso de direito), mas também as próprias normas consagradoras e defensoras de bens jurídicos absolutos (vida, liberdade). Trata-se, pois, de uma concretização de bens jurídicos constitucionalmente protegidos através de normas de decisão judiciais (CANOTILHO, 2006, p. 1292).

Essa perspectiva promove a superação de uma das premissas sob as quais a eficácia indireta se sustenta, uma vez que a irradiação dos efeitos das normas de direitos fundamentais não fica restrita nem condicionada à existência de cláusulas gerais ou conceitos jurídicos

¹⁶⁴ Essa afirmativa não indica que em todos os casos de conflitos de direitos fundamentais com a autonomia privada esta sempre terá sua eficácia afastada para dar lugar aos demais direitos fundamentais. Conforme se demonstrará ao longo do trabalho, a autonomia privada, enquanto relevante direito fundamental, essência do Direito Privado e fonte dos negócios jurídicos, prevalecerá em inúmeras situações de conflito. Ademais enquanto direito fundamental, a autonomia privada também irradia seus efeitos por todo ordenamento jurídico. Conforme destacou Leisner, citado por Alexy, “o efeito perante terceiros será, no final de contas, sempre um efeito direto.” (ALEXY, 2014, p. 540)

indeterminados, haja vista ser dever dos poderes constituídos, em razão de sua vinculação às normas constitucionais, dotadas de fundamentalidade, força normativa e superioridade hierárquica, atuar no sentido de garantir a máxima efetividade da Constituição. Dessa forma, quer o legislativo, ao elaborar normas jurídicas para concretizar e regulamentar a eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas, quer os órgãos jurisdicionais ao apreciarem e julgarem litígios jurídicos entre particulares, quer o executivo ao dar exequibilidade às normas jurídicas vigentes, por estarem vinculados aos direitos fundamentais tem o dever de impedir violações ao seu conteúdo, protegendo e garantindo a sua eficácia.

Sustenta Vieira de Andrade que no direito português há tendência de se superar essa dicotomia entre eficácia imediata e mediata, para ampliar a vinculação do poder público no dever de garantir a efetividade dos direitos fundamentais, em nítida influência da teoria dos deveres de proteção. Assim, “quer o legislador, ao fazer as leis reguladoras das relações privadas, quer o juiz, ao resolver os conflitos entre particulares” por estarem vinculados aos direitos fundamentais, “teriam sempre de ter em conta e de aplicar os preceitos constitucionais respectivos”¹⁶⁵ Aqui, todavia, há que se destacar que, conforme aduz Canotilho, os direitos fundamentais também não podem aspirar a se transformarem em uma força conformadora das relações privadas, uma vez que uma tal pretensão teria como consequência um confisco substancial da autonomia privada, comprometendo a capacidade dos indivíduos de livremente conformarem suas relações jurídicas e desenvolverem sua personalidade.¹⁶⁶

A dicotomia entre eficácia direta e indireta das normas de direitos fundamentais perde parte de seu sentido no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que as normas jurídicas de direito privado, inclusive e Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, estão repletas de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, de modo que os órgãos jurisdicionais poderão promover com facilidade a irradiação do conteúdo dos direitos fundamentais para as relações jurídicas entre particulares, exemplificativamente, ao delimitar o conteúdo do que configura um abuso de direito, definir que condutas caracterizam o cumprimento da função social da propriedade, posse ou contrato, bem como quando se esta diante da violação da boa-fé objetiva ou dos bons costumes.

Saliente-se que a Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro é expressa ao preceituar que quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, e atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às

¹⁶⁵ VIEIRA DE ANDRADE, 2009, p. 241.

¹⁶⁶ CANOTILHO, 2006, p. 1293

exigências do bem comum. As especificidades inerentes ao ordenamento jurídico brasileiro, tornam o reconhecimento da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares medida excepcional. Assim, a tutela dos direitos fundamentais, dentre eles o princípio da igualdade e da correlata proibição de discriminação nas relações jurídicas entre particulares, será realizada mediante os institutos e normas jurídicas do direito privado, seja pela tutela da personalidade humana e sua dignidade, seja pelas cláusulas gerais da boa-fé contratual e proibição do abuso de direito.

Esse talvez seja um dos motivos pelos quais a questão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares não tenha sido objeto de intensos e profundos debates pelos estudiosos dos direitos fundamentais, nem mesmo utilizada como fundamento para a resolução de casos concretos em que haja notório conflito de direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas. Os órgãos jurisdicionais tem se valido, em regra, das cláusulas gerais do abuso de direito, da boa-fé, dos bons costumes para resolver os conflitos entre a autonomia privada e liberdade contratual e os demais direitos fundamentais, principalmente nas relações de natureza consumerista, quando consideram abusivas cláusulas contratuais que restrinjam em demasia os direitos fundamentais dos consumidores.¹⁶⁷

3.2 O Princípio da competência decisória

O princípio da competência decisória do legislador expressa a ideia de que as decisões legislativas devem ser respeitadas na maior medida do possível, observadas as condições fáticas e jurídicas do caso concreto. Assim, a atividade mediadora concretizadora a ser realizada pelo legislador deve ser considerada válida, não pelo seu conteúdo, que deverá ser objeto de controle de constitucionalidade, mas sim, pelo simples fato de que as normas jurídicas concretizadoras do conteúdo dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas estarem assentadas no exercício da competência democrática pelo legislador, bem como em respeito ao princípio da separação dos poderes.¹⁶⁸ Destaque-se que as decisões legislativas materializadas mediante a edição de normas infraconstitucionais poderão ter seu sentido reconstruído, a partir da interpretação conforme a Constituição, de modo a garantir a

¹⁶⁷ O Código de Defesa do Consumidor considera nulas as cláusulas contratuais abusivas, que violem a boa-fé ou a equidade. Nos termos do artigo 51: “São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (...) IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.”

¹⁶⁸ Importante destacar que todas as normas constitucionais vigentes são dotadas de presunção relativa de constitucionalidade, que pode ser absolutizada pela via das ações do controle de constitucionalidade ou afastada pelos controles difuso ou concentrado de constitucionalidade.

máxima efetividade das normas constitucionais, ou ter sua aplicabilidade afastada nos casos de contrariedade de seu conteúdo com qualquer norma constitucional.¹⁶⁹

Conforme destaca Sarmiento, os órgãos jurisdicionais não podem agir como se o ordenamento jurídico fosse um sistema composto apenas por princípios, competindo-lhes toda a tarefa de concretização dos direitos fundamentais, comportando-se como se as regras não existissem. Nos casos em que os órgãos legislativos promoveram a concretização do conteúdo das normas de direitos fundamentais, editando normas jurídicas dotadas de presunção de constitucionalidade, surge para os órgãos jurisdicionais, no mínimo, o ônus argumentativo de demonstrar a incompatibilidade da concretização realizada com a ordem constitucional ou sua eventual insuficiência, pois “do contrário, abre-se a porta ao arbítrio e ao decisionismo, em prejuízo da segurança jurídica e da democracia.”¹⁷⁰ Os órgãos jurisdicionais não podem se transformar em substitutos do poder legislativo, se imiscuindo em sua competência, devendo observar as decisões legislativas assentadas no princípio democrático.

De modo similar, Alexy destaca que os órgãos jurisdicionais não podem basear todas suas decisões exclusivamente nos preceitos constitucionais, como se o ordenamento jurídico fosse uma tábula rasa normativa, por estarem igualmente vinculados às normas de direito privado vigente, materializado em leis, cuja não aplicação depende da assunção do ônus argumentativo.¹⁷¹ As decisões legislativas devem ser observadas e consideradas pelos órgãos jurisdicionais, tais como, aquelas contidas nos artigos 549 e 1789, do Código Civil, que asseguram aos indivíduos a faculdade de livremente dispor da parte disponível de seu patrimônio, sendo lícito ao doador ou testador optar por doá-la ou destiná-la de forma diferenciada entre seus filhos sem que qualquer deles possa nulificá-la sob alegação de violação ao princípio da igualdade, bem como aquela contida na legislação que regulamenta dos planos e seguros privados de assistência à saúde que, em seu artigo 14, proíbe apenas a recusa de contratação baseada na idade do consumidor ou da condição de ser pessoa portadora de deficiência, permitindo, portanto, a estipulação de preços diferenciados em razão da idade ou condições de saúde do contratante.

¹⁶⁹ No entendimento de Sarmiento, “*Portanto, quando o legislador já tiver concretizado alguma norma constitucional mais vaga, ou equacionado normativamente uma tensão entre princípios e valores constitucionais colidentes, a solução legislativa deve ser acatada pelo Judiciário na solução do caso, a não ser que se afigure incompatível com a própria Constituição, em abstrato ou na hipótese concreta.*” (SARMENTO, 2006, p. 142) E conclui, “*a constitucionalização do Direito pela filtragem constitucional não deve ser levada ao ponto de confiscar a liberdade decisória que, numa democracia, deve caber ao legislador. Afinal, sendo o constitucionalismo uma técnica de combate do autoritarismo, seria altamente paradoxal converter a Constituição num instrumento autoritário de modelação de todos os espaços da vida social nas mãos de juízes não eleitos.*” (SARMENTO, 2006, p. 142)

¹⁷⁰ ALEXY, 2014, p. 147

¹⁷¹ ALEXY, 2014, p. 541.

O legislador, assentado no princípio democrático, no exercício de sua competência decisória, assegurou aos particulares espaços para a liberdade e discricionariedade, nos quais o poder público não poderá adentrar sem observar o princípio da legalidade, sob pena de se violar a autonomia privada e a liberdade constitucionalmente tuteladas. Sarmiento, ao analisar a importância das decisões legislativas e os limites ao exercício da jurisdição, destaca ser:

(...) inequívoco que o advento da jurisdição constitucional e o reconhecimento da eficácia normativa dos princípios ampliaram o espaço de atuação do Judiciário na concretização da Constituição, impondo a ele a assunção de uma posição mais ativa, em defesa dos direitos humanos e dos valores democráticos, diante do eventual arbítrio ou do descaso das maiorias parlamentares. Com essa afirmação, não se pretende refutar a existência de um âmbito onde viceja a liberdade de conformação do legislador no Direito Privado. Numa Constituição aberta e democrática, nem tudo se encontra de antemão decidido e subtraído do poder de disposição das instâncias legislativas eleitas pelo povo. Se é verdade que a Constituição converteu-se no centro de gravidade do Direito Privado, não é menos certo que ela não pretende desempenhar papel semelhante aos códigos do passado, disciplinando de forma exaustiva as condutas humanas em sociedade. Fica preservado o espaço de concretização do legislador, nos limites talhados pela ordem constitucional, os quais não devem ser ameaçados pela jurisdição. O acesso direto dos juízes à Constituição não pode desvirtuar-se em amputação do espaço de deliberação das instâncias democráticas da sociedade, que constitui autêntica garantia da autonomia pública do cidadão (SARMENTO, 2006, p. 82).

O exercício da competência decisória pelos órgãos legislativos não é ilimitado, devendo se conformar aos preceitos constitucionais, inclusive, às normas de direitos fundamentais. Sarmiento observa que, “existem dimensões da autonomia privada da pessoa humana tão relevantes para a sua dignidade, que se torna necessário protegê-las até mesmo do legislador, encarnação da vontade das maiorias”¹⁷². E continua, “esse é um dos aspectos centrais do constitucionalismo: a imposição de limites ao próprio legislador, em proveito da proteção dos direitos da pessoa.”¹⁷³ Nos sistemas constitucionais modernos, foram salvaguardadas, inclusive do legislador, certas liberdades individuais essenciais, indispensáveis à tutela da capacidade de autodeterminação individual. Esses limites decorrem do fato da autonomia privada e a liberdade serem direitos fundamentais merecedores de tutela pelo ordenamento jurídico, indispensáveis para permitir que os particulares, no exercício de sua capacidade de autodeterminação, possam livremente desenvolver sua personalidade, promovendo a sua dignidade.

¹⁷² ALEXY, 2014, p. 542

¹⁷³ ALEXY, 2014, p. 542

Do mesmo modo que deve ser respeitada a competência decisória do legislador, a quem é garantida uma margem para a conformação do conteúdo dos direitos fundamentais, sob pena de se limitar em demasia sua competência constitucional, a autonomia privada garante, no âmbito as relações jurídicas privadas, uma margem de livre decisão aos particulares, a qual deve ser respeitada. Silva, ao analisar a importância da autonomia privada para a constituição das relações jurídicas entre particulares, comparando-a com o princípio da competência decisória, destaca que:

A autonomia desempenha, no âmbito das relações privadas, em que direitos fundamentais estão em jogo, uma função muito semelhante, pois – da mesma forma que a competência decisória do legislador fornece razões para que suas decisões sejam respeitadas, mesmo no caso em que há restrições a direitos fundamentais em decorrência da lei ou de outro ato legislativo –, a autonomia privada é o princípio (meramente formal) que fornecerá razões para que um ato de vontade entre particulares, ainda que restrinja direitos fundamentais de uma ou ambas as partes, seja aceito e considerado como válido (SILVA, 2008, p. 149).

O ordenamento jurídico, ao tutelar a autonomia privada e a liberdade de contratação, elevando-os à condição de direitos fundamentais, assegura aos particulares importantes e indispensáveis margens de decisão acerca de como melhor conduzir sua vida privada, de como melhor promover-se como pessoa, realizando seus interesses, necessidade e desejos. Os órgãos legislativos, ao exercerem suas competências constitucionais, deverão respeitar o conteúdo da autonomia privada ao impor restrições ao seu exercício, as quais deverão ser proporcionais, sob pena de serem consideradas inconstitucionais.

Os órgãos legislativos, ao ponderarem os direitos constitucionais em conflito, deverão conformar a sua eficácia sem promover restrições desproporcionais ao seu conteúdo. De igual modo, as decisões tomadas pelos particulares, alicerçadas no exercício de autonomia privada e liberdade de contratar, não podem simplesmente ser desconsideradas ou demansiadamente restringidas pelos órgãos jurisdicionais, sem que estes assumam o ônus argumentativo e demonstrem que seu exercício se deu de forma ilícita ou abusiva, contrariando outros princípios ou bens constitucionalmente tutelados.

Realizada a análise crítica das principais construções teóricas existentes sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares, bem como as especificidades da eficácia dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro, imperioso proceder ao estudo do conteúdo da autonomia privada e do princípio da igualdade, analisando as suas múltiplas relações e implicações no âmbito das relações jurídicas entre particulares, de modo criar as premissas necessárias para a elaboração de diretrizes

interpretativas destinadas a definir em que medida, sob quais circunstâncias fáticas e jurídicas os particulares estarão vinculados ao princípio da igualdade e, desse modo, proibidos de conferir tratamentos diferenciados no âmbito de suas relações jurídicas privadas.

4 AUTONOMIA PRIVADA, IGUALDADE E LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE

O princípio da autonomia privada pressupõe, originariamente, a garantia de liberdade e de discricionariedade, assegurando ao seu titular a liberdade para fazer ou deixar de fazer algo. No âmbito das relações jurídicas contratuais, assegura ao indivíduo, a liberdade para contratar, eleger o outro sujeito contratual, bem como para delimitar o conteúdo do contrato a ser celebrado.¹⁷⁴ De forma ampla, é capacidade de autodeterminação individual, o direito assegurado a cada indivíduo para agir segundo sua vontade ou necessidade, como forma de manifestação subjetiva de sua liberdade. É o poder atribuído ao indivíduo para que, de forma livre e soberana, autoregule os próprios direitos, interesses, pretensões, atribuindo-lhe a capacidade de autodeterminação e autovinculação.¹⁷⁵ A autonomia privada confere ao seu titular a liberdade para realizar escolhas existenciais e patrimoniais, realizando-se enquanto pessoa.¹⁷⁶

A autonomia privada constitui princípio fundamental do direito privado, traduzindo-se, em especial, na liberdade assegurada aos particulares para celebrarem negócios jurídicos e integrarem relações jurídicas. Autonomia privada e liberdade de contratação são princípios constitucionais que possuem forte e estreito nexos, principalmente pelo fato da liberdade de contratação ter seu fundamento e encontrar-se alicerçada na autonomia privada. A autonomia privada, enquanto bem jurídico tutelado constitucionalmente é princípio elementar não só do direito privado, mas do ordenamento jurídico, assegurando aos indivíduos a liberdade de contratar em toda sua amplitude, compreendida como a liberdade positiva e negativa de contratar, caracterizada pela liberdade conferida ao indivíduo para contratar ou deixar de contratar; para escolher o outro sujeito contratual; para escolher a forma de contratação, em

¹⁷⁴ Conforme destaca Diez Picazo: “A autonomia privada no campo contratual é, antes de tudo, liberdade de contratação, o que significa a livre opção do indivíduo entre contratar e não contratar, é dizer, significa a liberdade de constituição das relações contratuais, com liberdade, inclusive de eleição do outro contratante. Significa, ademais, a eleição do tipo contratual. Os indivíduos não necessitam limitar-se aos tipos contratuais regulados pelas leis, pois podem construir livremente outros distintos. Significa, por último, a possibilidade de modificar livremente, nos contratos regulados pela lei, o seu conteúdo legal, substituindo-os por outros distintos.” (DIEZ PICAZO, 2007, p. 155, tradução nossa).

¹⁷⁵ ROPPO, 2001, p. 132-133; AMARAL, 2008, p. 350. MARQUES, 2009, p. 44-48.

¹⁷⁶ Conforme destaca Sarmento, “Não cabe ao Estado, a qualquer seita religiosa ou instituição comunitária, à coletividade ou mesmo à Constituição estabelecer os fins que cada pessoa humana deve perseguir, os valores e crenças que deve professar, o modo como deve orientar sua vida, os caminhos que deve trilhar. Compete a cada homem ou mulher determinar os rumos da sua existência, de acordo com suas preferências subjetivas e multividades, respeitando as escolhas feitas por seus semelhantes. Esta é uma ideia central do Humanismo e ao Direito Moderno: a ideia da autonomia privada – que, como se salientou acima, constitui uma das dimensões fundamentais da noção mais ampla de liberdade.” (SARMENTO, 2006, p. 142-143)

especial, o tipo contratual; e, por fim, para definir o conteúdo do contrato. Larenz, sobre a liberdade contratual aduz que:

Em primeiro lugar forma parte da liberdade de contratação a liberdade de celebração. Devido a liberdade de celebração cada qual pode decidir livremente, se, com quem e sobre o que celebra um contrato. Isso libera o ofertante de prestações da obrigação de tratar de forma igual. A liberdade de celebração consiste tanto na liberdade de fazer uma oferta (liberdade de ofertar) como na liberdade de aceitar a oferta do outro (liberdade de aceitação). Também forma parte da liberdade de contratação a liberdade para configurar o conteúdo. Enquanto subsiste, permite as partes determinar sob sua responsabilidade a configuração da relação jurídica. Da liberdade de configuração deriva que, a princípio, não pode haver vinculação ao princípio da igualdade de tratamento (LARENZ, 1993, p. 24, tradução nossa).

O contrato dever servir de instrumento para a concretização da autonomia privada e liberdade de contratual de ambos os sujeitos contratuais, bem como para a promoção de seus direitos ao livre desenvolvimento da personalidade, desde que não sirva de justificativa para violar direitos fundamentais do outro contratante ou de terceiros, a ordem pública ou os bons costumes.¹⁷⁷ O contrato deve ser instrumento para que ambos os contratantes possam realizar a sua capacidade de autodeterminação, definindo o conteúdo do contrato. Para tanto, se deve garantir aos contratantes o agir livre e consentido, sem a influência de fatores que possam macular a manifestação de vontade dos contratantes, assegurando sua autenticidade.¹⁷⁸

Por vezes, será necessário que o poder público intervenha na relação jurídica contratual para corrigir ou compensar desequilíbrios entre os contratantes, corrigir distorções na formação da relação jurídica contratual, garantindo a igual liberdade entre eles para definir se irão contratar, com quem contratar e sob que condições irão contratar. Há a preocupação de que o contrato seja instrumento para a realização do interesse dos sujeitos contratuais e não apenas de um deles ou de exploração de um pelo outro. Mais do que exigir ou condicionar a eficácia do contrato a plena igualdade entre os contratantes, o que não é razoável, há que se

¹⁷⁷ Neste aspecto, Fiuza defende que o contrato exerce uma importante função social e possui grande utilidade para a sociedade. Segundo o autor, “*A esfera contratual é espaço privado, em que as partes, nos limites impostos pela Lei, podem formular preceitos (normas), para regular sua conduta.*” E conclui, “*O negócio obrigacional só vincula por ser fenômeno social, realidade objetiva tutelada pelo Direito. Os interesses particulares devem estar em harmonia com os gerais, como explica a teoria preceptiva.*” (FIUZA, 2009, p.8)

¹⁷⁸ Conforme destaca Sarmento: “*(...) só existe efetivamente autonomia privada quando o agente desfrutar de mínimas condições materiais de liberdade. Isto não acontece em grande parte dos casos de aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, nas quais a manifesta desigualdade entre as partes obsta, de fato, o exercício da autonomia. Pensar autonomia privada, num sentido pleno, é pensar também nos constrangimentos impostos a ela por agentes não estatais, no contexto de uma sociedade profundamente assimétrica e excludente. Em regra, é contra esses constrangimentos privados á liberdade humana que se volta a aplicação dos direitos fundamentais no campo das relações entre particulares.*” (SARMENTO, 2006, p. 240)

assegurar que os contratantes exerçam de forma livre, autêntica e consentida sua autonomia. O contrato é funcionalizado para promover a dignidade dos sujeitos contratuais. Ao dissertar sobre o conteúdo da autonomia privada, Prata assevera que:

(...) a autonomia privada ou liberdade negocial traduz-se, pois no poder reconhecido pela ordem jurídica ao homem, prévia e necessariamente qualificado como sujeito jurídico, de juridicizar a sua actividade (designadamente, a actividade económica), realizando livremente negócios jurídicos e determinando os respectivos efeitos (PRATA, 1982, p.12).

O ordenamento jurídico, ao mesmo tempo em que assegura a liberdade de contratação, preceitua que esta será exercida na promoção da função social do contrato e da propriedade. O Código Civil preceitua em seu artigo 421, que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social e, no parágrafo único, do artigo 2.035, que nenhuma convenção entre os sujeitos de direito poderá prevalecer se contrariar preceitos de ordem pública ou violar a função social da propriedade e dos contratos.¹⁷⁹ Não se pode olvidar dos preceitos contidos no artigo 187, do Código Civil, segundo os quais comete ato ilícito o titular de um direito que ao exercê-lo se excede, violando seus limites sociais, econômicos, a boa-fé ou os bons costumes. Trata-se do instituto do abuso de direito, que constitui relevante cláusula geral do direito privado, destinada a invalidar atos jurídicos decorrentes do exercício abusivo de um direito.

Sarmiento desenvolve relevantes considerações acerca da compatibilização do princípio da autonomia privada com a tutela dos interesses da coletividade, ao prelecionar que:

(...) parece-nos equivocada a afirmativa corrente na doutrina, de que as limitações à autonomia privada derivam do reconhecimento da primazia dos interesses coletivos sobre os individuais. Na nossa opinião, esta tese não se compatibiliza com uma ordem constitucional centrada na pessoa humana, em que o homem, e não a sociedade ou o Estado, continua sendo a medida das coisas. Não é lícito falar nem na primazia absoluta do individual sobre o coletivo, que conduziria à anarquia jurídica e impediria a organização da vida em sociedade, nem na supremacia do coletivo sobre o individual, que é liberticida, e, com seu irredutível organicismo, pode asfixiar a pessoa humana e abrir as portas para totalitarismos de variados matizes. Na verdade, em casos de colisão de interesses individuais e coletivos, cumpre proceder a uma atenta ponderação, que prescreve a máximo cada um deles, e que se oriente para a promoção da dignidade da pessoa humana (SARMENTO, 2006, p. 94).

¹⁷⁹ Conforme destaca Sarmiento, “*A autonomia privada continuar sendo valorizada como emanção da liberdade humana, mas a ordem jurídica vai temperá-la com preocupações sociais.*” (SARMENTO, 2006, p. 94)

O princípio da autonomia privada não pode servir para justificar a violação de direitos fundamentais, principalmente se o exercício da autonomia privada implicar em violação a dignidade da pessoa humana. Apesar da possibilidade de que o exercício da autonomia privada implique em restrição a direitos fundamentais alheios, essas restrições nem sempre serão consideradas lícitas, em razão da possibilidade de exercício abusivo da autonomia privada, situações nas quais a restrição contratualmente estabelecida tornar-se-á ilícita. Ao exercer a autonomia privada o particular pode ocasionar restrições aos direitos fundamentais alheios, de modo que se torna indispensável analisar se seria adequado adotar o princípio da proporcionalidade como instrumento para se proceder a aferição da constitucionalidade das restrições aos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares, tal como ocorre em relação aos atos públicos que impliquem em restrições aos direitos fundamentais.

4.1 Teoria dos Princípios e Princípio da Proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade assume notória relevância para o estudo da temática da eficácia dos direitos fundamentais, ao ser utilizado como critério interpretativo para o controle da constitucionalidade das restrições aos direitos fundamentais perpetradas pelo poder estatal no exercício das atividades legislativa, executiva ou jurisdicional. O princípio da proporcionalidade possui dupla perspectiva, a normativa e a metodológica. Sob a perspectiva normativa, atua como norma constitucional que vincula os poderes constituídos, exigindo-lhes a devida análise acerca da proporcionalidade de suas ações. Sob a perspectiva metodológica, constitui método argumentativo que estabelece um procedimento racional para o correto exercício da atividade jurisdicional.¹⁸⁰

O princípio da proporcionalidade estabelece a necessidade de que exista uma relação proporcional entre meios e fins, ou seja, que os meios adotados sejam adequados, necessários e proporcionais aos fins a serem alcançados, com os resultados almejados. Sob a perspectiva da eficácia dos direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade exige que as restrições impostas pelo poder público ao exercício dos direitos fundamentais sejam adequadas, necessárias e estritamente proporcionais para a consecução dos objetivos pretendidos, a partir de uma análise empírica do caso concreto. Assim, considerar-se-á proporcional e, portanto,

¹⁸⁰ Uma das principais características do constitucionalismo contemporâneo e do denominado pós-positivismo está no reconhecimento da força normativa dos princípios constitucionais e de sua centralidade, que lhes converte em “pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais.” (BONAVIDES, 2008, p. 237)

legítima, aquela restrição aos direitos fundamentais que seja apta, idônea e apropriada à consecução das finalidades pretendidas.

O subprincípio da necessidade exige que, antes de adotada uma conduta restritiva aos direitos fundamentais, que sejam examinadas todas as medidas restritivas eficazes existentes e aptas para a consecução das finalidades pretendidas, de modo a adotar aquela menos restritiva ou prejudicial aos direitos fundamentais em conflito. Estabelece, portanto, a preferência para a adoção das medidas menos inibitórias à eficácia do direito fundamental a ser restringido, preservando a máxima eficácia dos direitos fundamentais ou bens constitucionais envolvidos. Por fim, sob a perspectiva da proporcionalidade em sentido estrito, estabelece que se proceda à ponderação entre as restrições aos direitos fundamentais e os resultados a serem alcançados, de modo a verificar se existe equilíbrio e justas razões justificar a restrição perpetrada em prol da consecução do fim pretendido.

A aplicação do princípio da proporcionalidade está tradicionalmente relacionada ao controle da constitucionalidade das restrições aos princípios e direitos fundamentais oriundas das relações jurídicas entre os indivíduos e o poder estatal. Ocorre, todavia, que conforme demonstrado, não apenas o poder estatal, mas também os particulares, em suas relações jurídicas privadas, podem promover restrições aos direitos fundamentais alheios ao exercerem sua autonomia privada e liberdade contratual. Diante da constatação que a restrição aos direitos fundamentais não proveem apenas do poder estatal, torna-se necessário analisar e determinar se as restrições decorrentes das relações jurídicas privadas contratuais estão sujeitas aos mesmos limites e controles impostos aos atos públicos, se estão sujeitas ao controle de constitucionalidade a partir a aplicação do princípio da proporcionalidade.

O cerne da questão está em se analisar a compatibilidade e adequação da adoção do princípio da proporcionalidade para controle da constitucionalidade dos atos jurídicos privados que, assentados na autonomia privada e liberdade contratual, promovam restrições aos direitos fundamentais. A questão é polêmica, não existindo consenso entre os estudiosos da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares. Há fundadas dúvidas acerca da adequação em se adotar o princípio da proporcionalidade como princípio hermenêutico para a resolução do conflito de direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas.¹⁸¹ A adoção do princípio da proporcionalidade como método interpretativo para a resolução de conflitos entre direitos fundamentais no âmbito das relações jurídicas entre

¹⁸¹ Nesse sentido Ribeiro aduz que, “*não há, designadamente, razão para que, numa interferência paternalista, o ordenamento se substitua à apreciação do próprio interessado, sobrepondo-lhe uma ponderação objectiva de bens.*” (RIBEIRO, 2012, p. 746-747)

particulares pressupõe que se reconheça à autonomia a condição de princípio constitucional, um bem constitucionalmente tutelado.¹⁸²

A despeito de inexistir norma constitucional expressa que atribua à autonomia privada a qualidade de princípio constitucional, essa natureza jurídica pode ser extraída da análise sistemática do texto constitucional que, em diversos preceitos, assegura a capacidade do indivíduo de se autodeterminar de acordo com suas convicções, exercendo seu direito de liberdade. Além de assegurar o direito geral de liberdade em seu artigo 5º, o texto constitucional elenca como princípio da República Federativa do Brasil a livre iniciativa, bem como tutela, na qualidade de direitos individuais, inúmeras formas de externalização da liberdade individual, tais como a liberdade de crença e religião, liberdade de manifestação, liberdade de associação, liberdade de reunião, liberdade sexual, dentre outras. Desse conjunto de preceitos constitucionais extrai-se a preocupação do constituinte em tutelar o direito que cada indivíduo possui de se autodeterminar conforme seus interesses e pretensões.

Reconhecida a natureza de princípio constitucional à autonomia privada, infere-se que as discussões relativas à eficácia do princípio da igualdade nas relações jurídicas entre particulares se traduz, em última análise, em um conflito entre o princípio da autonomia privada e o princípio da igualdade, conflito que exigiria, para sua solução, a adoção da teoria dos princípios e da técnica da ponderação. Esse conflito será verificado tanto no momento da densificação do conteúdo do princípio da igualdade pelo legislador, ao editar normas jurídicas para regulamentar seu conteúdo nas relações jurídicas entre particulares, quanto no momento da densificação a ser realizada pelos órgãos jurisdicionais, nos casos em que inexistam normas jurídicas de direito privado disciplinando a aplicação do princípio da igualdade no âmbito de determinada relação jurídica privada, mediatamente, através das cláusulas gerais e ou conceitos jurídicos indeterminados, ou imediatamente, ao se reconhecer a eficácia direta do princípio da igualdade para o caso concreto.¹⁸³

A teoria dos princípios, desenvolvida por Dworkin¹⁸⁴ e aprimorada por Alexy,¹⁸⁵ assenta-se em três elementos essenciais, quais sejam, a distinção entre regras e princípios, reconhecendo aos princípios a natureza de mandados de otimização; a relação de precedência condicionada, condensada na lei de colisão; e, por fim, no princípio da proporcionalidade como técnica de ponderação de bens jurídicos. O primeiro ponto para a compreensão da teoria

¹⁸² SILVA, 2008, p. 148-150.

¹⁸³ O princípio da proporcionalidade também será utilizado para aferir a constitucionalidade das normas jurídicas infraconstitucionais vigentes, mediante as quais o legislador já tenha densificado o conteúdo dos direitos fundamentais para as relações jurídicas privadas.

¹⁸⁴ DWORKIN, 2010. DWORKIN, 2003.

¹⁸⁵ ALEXY, 2014.

dos princípios está em se distinguir as normas constitucionais em regras e princípios, a partir de diferenças de ordem gradual e qualitativa. Para Alexy¹⁸⁶, regras e princípios se distinguem quanto ao grau de generalidade e abstratividade, ao reconhecer que as regras, enquanto mandados definitivos, possuem menor grau de abstração e generalidade se comparadas aos princípios, que possuem maior abertura semântica e, por isso, são compreendidos como mandados de otimização passíveis de ponderação, estabelecendo que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto.

Em razão das características inerentes às regras, constatado o conflito entre elas, este será resolvido pela lógica do tudo ou nada, de modo que apenas uma das regras permanecerá válida e aplicável, seja em razão da introdução em uma das regras de cláusula de exceção à outra regra, seja pela adoção dos critérios interpretativos de prevalência, dentre eles os critérios da prevalência da lei superior sobre a lei inferior, da lei posterior sobre a lei anterior, e da lei especial sobre a lei geral. Por sua vez, ainda na esteira no pensamento de Alexy¹⁸⁷, ao conflito entre princípios não é aplicável a lógica do tudo ou nada, dada sua incompatibilidade, mas sim o método da ponderação de bens, a partir da técnica das precedências condicionadas e do princípio da proporcionalidade.

Alexy¹⁸⁸ aduz que “como mandamentos de otimização, os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível de acordo com as possibilidades jurídicas e fáticas”, e, por isso “podem ser satisfeitos em graus diferentes e que a medida ordenada de sua satisfação depende não só das possibilidades fáticas senão jurídicas que estão determinadas não só por regras senão também, essencialmente, pelos princípios opostos.” A prevalência dos princípios estará, portanto, condicionada às circunstâncias fáticas e jurídicas do caso, não sendo possível se estabelecer, de forma prévia e abstrata, precedências entre eles, ou seja, estabelecer uma precedência absoluta, baseada em uma hierarquia previamente estabelecida, motivo pelo qual se fala em precedência condicionada.¹⁸⁹ Destaca Steinmetz que:

¹⁸⁶ ALEXY, 2014.

¹⁸⁷ ALEXY, 2014.

¹⁸⁸ ALEXY, 2014, p. 87-90

¹⁸⁹ Segundo Alexy, “a determinação da relação de precedência condicionada consiste em que, tomando em conta o caso, indicam-se as condições sob as quais um princípio precede o outro. Sob outras condições, a questão da precedência pode ser solucionada inversamente.” (ALEXY, 2014, p. 92) No que concerne especificamente ao conflito entre o princípio da igualdade, do direito de não discriminação e da autonomia privada, importa destacar não ser possível criar, a priori, uma hierarquia entre os direitos fundamentais, uma vez que a sua eficácia estará condicionada às circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto. Conforme destaca Diaz de Valdez: “no quiere decir, sin embargo, que siempre que estamos frente a un caso de discriminación existiría ejercicio ilegítimo de otro derecho. Si así fuera, los conflictos – reales o aparentes – serían muy fáciles de solucionar recurriendo a un razonamiento tautológico: como hay discriminación, no

As condições de precedência estabelecidas informam sobre o peso relativo dos princípios do caso concreto e permitem uma decisão de prevalência. Esse é o resultado da ponderação dos princípios ou interesses em jogo. Essa ponderação, mediante a especificação e a valoração das condições que determinam a precedência de um dos princípios, é consequente com a noção de princípios como mandamentos de otimização a serem realizados em diferentes graus segundo as possibilidades fáticas e jurídicas (STEINMETZ, 2010, p. 37).

A atividade de ponderação dos princípios em conflito, segundo Alexy, dependerá da adoção da máxima da proporcionalidade, em seus subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.¹⁹⁰ A análise das possibilidades fáticas que condicionam a precedência dos princípios, será realizada a partir dos subprincípios da necessidade e da adequação, segundo os quais os meios adotados, além de serem os menos restritivos aos direitos fundamentais em colisão, devem ser aptos a promover o resultado almejado. As possibilidades jurídicas serão analisadas sob o viés do princípio da proporcionalidade em sentido estrito, que determinará o grau de otimização dos princípios em conflito, indicando o grau de realizabilidade para o caso concreto, levando em consideração as possibilidades fáticas e jurídicas, de modo a inferir a proporcionalidade entre meios adotados e fins a serem alcançados.

Essa imprescindível relação de razoabilidade e proporcionalidade entre meios eleitos e resultados almejados pode ser sintetizada mediante a lei de ponderação de Alexy¹⁹¹, segundo a qual “quanto maior é o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior deve ser a importância da satisfação do outro”. A lei de ponderação determina que se mesure, ao mesmo tempo, o grau de não satisfação ou não realização do princípio restringido e a relevância de se realizar o outro princípio em conflito, de modo a demonstrar que a restrição imposta a um princípio torna-se justificável se considerada a importância em se realizar o outro princípio em conflito. Essa lógica exige, portanto, que as restrições aos princípios ou bens constitucionalmente tutelados sejam justificadas racionalmente pela relevância em se promover o conteúdo dos princípios ou bens constitucionalmente tutelados que com eles conflituam.

podría haber otro derecho legítimamente presente. Ello redundaría, por tanto, en la completa y absoluta primacía de la no discriminación sobre todo otro derecho. Mirado ahora al revés, tampoco es correcto afirmar que todo ejercicio legítimo de un derecho no puede causar discriminación, ya que le estaría concediendo primacía completa y absoluta a cualquier derecho por sobre la no discriminación. En definitiva, ambas alternativas buscan solucionar los conflictos entre derechos fundamentales y no discriminación por la vía de establecer una jerarquía entre ellos, cuestión en sí misma altamente discutible.” (DÍAZ DE VALDEZ, 2014, p. 166).

¹⁹⁰ ALEXY, 2014.

¹⁹¹ ALEXY, 2014, p. 161

A teoria dos princípios, além de propor a adoção das leis de colisão e ponderação anteriormente explicitadas, ainda desenvolve a ideia de precedências *prima facie*. Segundo Alexy, a despeito de não ser possível estabelecer precedências absolutas entre princípios a partir de uma análise abstrata, à revelia das circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto, dada a inexistência de hierarquias entre os princípios, reconhece que alguns deles seriam dotados de uma precedência *prima facie*.¹⁹² Essa precedência, que não é definitiva nem intangível, estabelece em favor de determinado princípio uma prioridade na satisfação de seu conteúdo quando em conflito com outro princípio, a qual, todavia, poderá ser afastada mediante a argumentação jurídica. Assim, diante do conflito entre princípios, sendo um deles dotados de precedência *prima facie*, o intérprete deverá assumir o ônus da argumentação para afastar a prioridade de sua satisfação.

Sobre a adoção da técnica da ponderação para a definição da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares, destaca Silva que:

Fundamentar os efeitos dos direitos fundamentais nas relações entre particulares com base na ideia de otimização e não na ideia de uma ordem objetiva de valores tem pelo menos duas vantagens: (1) exime o modelo das principais críticas feitas a essa ordem de valores; (2) não implica em uma dominação do direito infraconstitucional por parte dos valores constitucionais, pois o próprio conceito de otimização já enuncia que a produção de efeitos é condicionada às condições fáticas e jurídicas (SILVA, 2008, p. 146).

Estabelecidas as bases teóricas para a compreensão da teoria dos princípios, cumpre analisar se e de que modo o modelo teórico desenvolvido por Alexy pode contribuir para a construção de soluções teóricas adequadas para a questão da eficácia do princípio da igualdade nas relações jurídicas entre particulares. Indispensável analisar se a teoria dos princípios constitui modelo adequado a permitir a análise e controle da constitucionalidade das restrições aos direitos fundamentais surgidas no âmbito de relações jurídicas contratuais entre particulares, em decorrência do exercício da autonomia privada e liberdade de contratação, em especial, no que diz respeito à adequação da utilização das leis de colisão e da técnica das precedências *prima facie*.

¹⁹² ALEXY, 2014, p. 175.

4.2 Autonomia Privada e Princípio da Proporcionalidade

Um dos principais defensores da adoção da teoria dos princípios de Alexy para a resolução dos conflitos entre direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares, Steinmetz¹⁹³, ao analisar a possibilidade de se adotar o modelo de ponderação para se proceder ao controle da constitucionalidade das restrições aos direitos fundamentais em razão do exercício da autonomia privada, desenvolve e propõe um sistema de precedências *prima facie*. Steinmetz¹⁹⁴ constrói um modelo teórico baseado em três planos de análise, o normativo, o analítico e o empírico.

No plano normativo, Steinmetz,¹⁹⁵ após analisar os múltiplos direitos fundamentais assegurados pela ordem constitucional, propõe que os direitos fundamentais sejam reunidos, em última análise, em três agrupamentos, quais sejam, os direitos relacionados à promoção da dignidade da pessoa humana, os direitos relacionados à proteção da liberdade e os direitos relacionados à promoção da igualdade. No plano analítico, propõe a distinção dos direitos fundamentais em direitos fundamentais de conteúdo pessoal, nestes compreendidos os direitos que tenham por objetivo de proteger bens jurídicos imateriais relacionados à proteção e promoção do desenvolvimento da pessoa livre e autônoma, e direitos fundamentais de conteúdo patrimonial, nestes compreendidos os direitos que tenham por objetivo proteger bens jurídicos materiais, não intrínsecos à pessoa, mas igualmente destinados à promoção do desenvolvimento da pessoa livre e autônoma.

No plano empírico, Steinmetz¹⁹⁶ propõe a distinção das relações jurídicas em que há o conflito entre direitos fundamentais e o princípio da autonomia a partir da constatação da existência ou não de relações de poder, classificando-as em relações caracterizadas pela igualdade ou desigualdade fática entre os particulares. Ao propor a referida classificação, pretende avaliar se a restrição estabelecida contratualmente sofreu influência do poder econômico ou social de um dos particulares, bem como analisar se eventual sujeição decorrente da desigualdade fática foi relevante para a construção da restrição estabelecida contratualmente, ao ponto de retirar ou diminuir substancialmente a autenticidade e liberdade do consentimento do particular cujo direito foi restringido.

Esse mesmo critério é sugerido por Sarmiento, para quem a existência de desigualdade fática justifica a ampliação da proteção dos direitos fundamentais no âmbito das relações

¹⁹³ STEINMETZ, 2004, p. 219.

¹⁹⁴ STEINMETZ, 2004, p. 220.

¹⁹⁵ STEINMETZ, 2004, p. 222.

¹⁹⁶ STEINMETZ, 2004, p. 227.

jurídicas entre particulares, dada sua capacidade de prejudicar o livre e autêntico exercício da autonomia privada, tornando-a apenas aparente e, portanto, inábil para tornar legítimo o consentimento à restrição ao direito fundamental naquela determinada relação jurídica privada.¹⁹⁷ O modelo desenvolvido por Steinmetz propõe as seguintes precedências *prima facie*:

(1) Em uma relação contratual de particulares em situação (sob condições de igualdade fática há uma precedência *prima facie* do direito fundamental individual de conteúdo pessoal ante o princípio da autonomia privada.

(2) Em uma relação contratual de particulares em situação (sob condições) de desigualdade fática há uma precedência *prima facie* do direito fundamental individual de conteúdo pessoal ante o princípio da autonomia privada;

(3) Em uma relação contratual de particulares em situação (sob condições) de igualdade fática há uma precedência *prima facie* do princípio da autonomia privada ante o direito fundamental individual de conteúdo patrimonial;

(4) Em uma relação contratual de particulares em situação (sob condições) de desigualdade fática há uma precedência *prima facie* do direito fundamental individual de conteúdo patrimonial até o princípio da autonomia privada (STEINMETZ, 2004, p. 224).

A despeito de se tratarem apenas de propostas de precedências *prima facie* entre princípios jurídicos em conflito, as quais podem ser desconstituídas no caso concreto, a partir da análise das circunstâncias fáticas e jurídicas e da assunção do ônus argumentativo, se se adotar o entendimento desenvolvido por Steinmetz¹⁹⁸, apenas em situações em que a relação jurídica se concretizar em situação de igualdade fática entre os particulares e desde que o direito restringido seja de natureza patrimonial, é que o princípio da autonomia possuirá prioridade na satisfação de seu conteúdo, tornando a restrição ao direito fundamental de conteúdo patrimonial constitucional.

Infere-se que as precedências *prima facie* desenvolvidas pelo autor, tendem a privilegiar a promoção da dignidade da pessoa humana, através da primazia dos direitos fundamentais de conteúdo pessoal e preterir a proteção da autonomia privada nas situações em que se constata a existência de desigualdades fáticas entre os particulares.¹⁹⁹ Silva, ao

¹⁹⁷ SARMENTO, 2006, p. 262.

¹⁹⁸ STEINMETZ, 2004, p. 226.

¹⁹⁹ Esse também parece ser o entendimento de Sarmiento quando aduz que, “*Mas se é certo que a autonomia privada recebe proteção da ordem constitucional, também nos parece indubitoso que, dentro do quadro axiológico delineado pela Constituição de 88, essa tutela não é uniforme, sendo muito mais intensa no plano concernente às escolhas existenciais da pessoa humana do que no campo da sua vida patrimonial e econômica.*” (SARMENTO, 2006. p. 143) Sob esse aspecto não se pode olvidar que a tutela da autonomia

analisar a aplicabilidade da lei colisão para a resolução do conflito entre a autonomia privada e os demais direitos fundamentais, além de criticar a adoção do critério desigualdade material como fator relevante, como proposto por Steinmetz e Sarmento, sustenta a inadequação do sopesamento nestes casos, salientando que:

O raciocínio expressado pela lei de colisão é fundamental em um sopesamento e seu caráter bilateral fica claro por meio de enunciado da lei: em termos técnicos, o que se perde de um lado deve ser compensado pelo que se ganha de outro. Ocorre que esse raciocínio não se aplica na relação entre particulares, ou seja, na relação autonomia privada/direitos fundamentais atingidos. Nesses casos, a análise não segue o mesmo padrão. (...) Os critérios para um sopesamento no âmbito das relações entre particulares sob a égide da autonomia privada não relacionam o grau de restrição ao direito fundamental atingido com a importância da realização da autonomia privada. O que se faz, ao que parece sem exceções, é definir situações em que a autonomia privada deve ser mais respeitada e situações em que esse respeito poderá ser mais facilmente mitigado. Esse raciocínio – que é, de fato, correto – não é, contudo, um sopesamento (SILVA, 2008, p. 154-155).

Silva²⁰⁰ critica a adoção do princípio da proporcionalidade e do sopesamento como solução para a colisão entre autonomia privada e os demais direitos fundamentais, da forma sugerida por Steinmetz.²⁰¹ Destaca o autor que a utilização do princípio da proporcionalidade no âmbito das relações jurídicas entre particulares encontra dois relevantes obstáculos, o primeiro relacionado à inadequação em se realizar o sopesamento entre autonomia privada e outros direitos fundamentais e, o segundo, à inadequação da utilização dos subprincípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

A inadequação decorre da impossibilidade de se transpor a forma de aplicação do princípio da proporcionalidade utilizada para a análise da constitucionalidade de atos restritivos de direitos fundamentais praticados pelo poder público. Diferentemente do poder público, é inviável exigir dos particulares que, no exercício de sua autonomia privada, somente adotem medidas adequadas, necessárias e proporcionais. Se é possível exigir do poder público que apenas adote medidas necessárias, adequadas e proporcionais, o mesmo não ocorre em relação aos particulares.²⁰²

privada é indispensável para a realização de questões atinentes à personalidade ou aspectos existenciais. Assegurar a autonomia privada também constitui uma forma de promover a dignidade da pessoa humana, ao assegurar-lhe o direito de livremente desenvolver sua personalidade.

²⁰⁰ SILVA, 2008.

²⁰¹ STEINMETZ, 2004.

²⁰² Conforme destaca Sarmento, “(...) não cabe ao Estado avaliar se as liberdades existenciais estão ou não sendo exercidas no sentido que ele considerar mais apropriado, já que tal concepção esvaziaria a autonomia privada do cidadão na sua dimensão mais relevante: o poder da pessoa humana de se autogovernar; de fazer escolhas existenciais e de viver de acordo com elas, desde que não lese direito de terceiros.” (SARMENTO,

Como exigir que os particulares, no âmbito de suas relações jurídicas privadas, optem apenas pela adoção de medidas estritamente necessárias, adotando condutas menos restritivas e gravosas aos direitos fundamentais do outro sujeito contratual? Tal exigência acarretaria grave comprometimento da essência da autonomia privada, ao tolher a margem de arbitrariedade e discricionariedade conferida aos particulares para elegerem os meios para promoverem suas necessidades ou desejos e desenvolverem os mais diversos aspectos de sua personalidade.²⁰³

Conforme destaca Silva²⁰⁴, exigir dos particulares apenas a “adoção de medidas estritamente necessárias representaria a própria supressão da autonomia.” Além de apresentar as inconsistências teóricas de se adotar o princípio da proporcionalidade para a resolução dos conflitos entre a autonomia privada e os direitos fundamentais no âmbito das relações jurídicas entre particulares, Silva ainda tece relevantes críticas à teoria das precedências *prima facie* desenvolvida por Steinmetz.²⁰⁵ Segundo destaca Silva:

Se transportarmos a aplicação da proporcionalidade para as relações entre particulares, essa relação de precedência será superada todas as vezes em que os particulares não tenham optado pela medida estritamente necessária. Assim, mesmo que a relação contratual tenha sido estabelecida sob condições de igualdade fática (ou de sinceridade) e o direito fundamental envolvido tenha conteúdo patrimonial, se os termos do contrato não forem os menos gravosos a esse direito, o contrato será sempre nulo. É claro que se poderá sustentar que é essa justamente a racionalidade que subjaz à ideia de precedências *prima facie*, ou seja, outras razões podem sempre superá-las. Mas parece-me que a aplicação do chamado princípio da proporcionalidade levaria a uma superação dessa precedência em quase todos os casos, tendendo a uma eliminação da autonomia privada nos casos concretos, culminando, muitas vezes, com uma dominação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares (SILVA, 2008, p. 164).

Exigir que os particulares, ao celebrarem negócios jurídicos, procedam à prévia análise se as restrições estabelecidas contratualmente são adequadas, necessárias e proporcionais, além de restringir em demasia o conteúdo da autonomia privada, bem como a liberdade contratual para definir o conteúdo do contrato, retira a espontaneidade da conduta individual, ao eliminar a margem de liberdade e discricionariedade que é conferida ao

2006, p. 177)

²⁰³ De acordo com Sarmiento, “*De fato, negar ao homem o poder de decidir autonomamente como quer viver, em que projetos pretende se engajar, de que modo deve conduzir sua vida privada, é frustrar sua possibilidade de realização existencial. Todos possuem o inalienável direito de serem tratados como pessoas, e o tratamento como pessoa exige o reconhecimento da autonomia moral do agente, da sua ontológica liberdade existencial.*” (SARMENTO, 2006, p. 155)

²⁰⁴ SILVA, 2008, p. 164

²⁰⁵ STEINMETZ, 2004.

indivíduo para autodeterminar e construir seus projetos de vida. Não se está a sustentar a inexistência de limitações à autonomia privada, mas sim, que está não pode ser completamente sufocada pela eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares, inclusive, pela eficácia do princípio da igualdade, ao ponto de tornar o indivíduo obrigado a sempre justificar seu agir e a conferir tratamentos igualitários.²⁰⁶

Diferentemente de Silva, que sustenta a inadequação do sopesamento para os casos de conflito entre a autonomia privada e outros direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares,²⁰⁷ Sarmiento adere à adoção do princípio da proporcionalidade e da técnica do sopesamento.²⁰⁸ Para Sarmiento, a proteção da autonomia privada será “mais forte, quando estão em jogo as dimensões existenciais da vida humana; menos intensa quando se trata de relações de caráter exclusivamente patrimonial.”²⁰⁹ Apesar de criticar a adoção do princípio da proporcionalidade, Silva admite e sustenta, assim como Steinmetz, a necessidade do intérprete analisar tanto o grau de autenticidade da manifestação da vontade do indivíduo, cujo direito fundamental foi restringido no âmbito da relação jurídica privada, quanto a natureza do direito fundamental restringido, se um direito patrimonial ou existencial.

Silva direciona relevantes críticas ao sopesamento proposto por Sarmiento, uma vez que, segundo o autor, “não se está diante de um sopesamento, pois não se está fazendo uma análise bidirecional entre autonomia privada, de um lado, e direitos fundamentais, de outro”²¹⁰, mas sim, se está diante de critérios para se definir o peso da autonomia privada para legitimar as restrições aos direitos fundamentais estabelecidas nas relações jurídicas privadas, ou seja, diante de critérios unilaterais que dizem respeito apenas à autonomia privada e à aferição de sua autenticidade. Silva²¹¹ ainda critica o pensamento de Sarmiento, ao aduzir que este se utiliza do conceito de desigualdade fática como sinônimo de desigualdade material, sob uma perspectiva estanque.

²⁰⁶ Salienta Sarmiento que, “*Esse campo de autodeterminação poderia ser excessivamente comprimido, de forma liberticida, se todos os direitos fundamentais fossem simplesmente transplantados, sem quaisquer adaptações, para a esfera das relações privadas. Por isto, a doutrina amplamente dominante tem enfatizado que a questão da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais resolve-se, no mais das vezes, através de uma ponderação, na qual deve figurar num dos pratos da balança o próprio direito fundamental em jogo e, no outro, a autonomia privada do particular.*” (SARMENTO, 2006, p. 143)

²⁰⁷ Conforme destaca Silva, “*O que se faz, ao que parece sem exceções, é definir situações em que a autonomia privada deve ser mais respeitada e situações em que esse respeito poderá ser mais facilmente mitigado. Esse raciocínio – que é, de fato, correto – não é, contudo, um sopesamento.*” (SILVA, 2008, p. 154)

²⁰⁸ SARMENTO, 2006, p. 260

²⁰⁹ SARMENTO, 2006, p. 177. Ainda, segundo o autor, “*Nosso ordenamento, assim como de países como Estados Unidos e Alemanha, transige muito mais com as restrições à liberdade contratual do que com aquelas impostas a outras liberdades mais fundamentais, ligadas às opções e projetos de vida de cada pessoa.*” (SARMENTO, 2006, p. 267).

²¹⁰ SILVA, 2008.

²¹¹ SILVA, 2008.

Para Silva²¹², nem sempre que houver desigualdade material entre os particulares, haverá, necessariamente, assimetria entre eles, justificando um menor peso à autonomia privada, razão pela qual, a maior proteção aos direitos fundamentais restringidos, deve ser justificada a partir da constatação de que há uma desigualdade de posições dentro da relação jurídica, apta à comprometer a livre e autêntica manifestação da vontade das partes. Conforme destaca Silva, “é perfeitamente possível que, em uma relação entre particulares, haja enorme grau de autonomia na escolha dos termos e condições da relação, ainda que haja uma considerável desigualdade material e de poder entre as partes.”²¹³ Em razão disso, Silva sustenta ser mais relevante e adequado analisar o grau de autonomia real das partes envolvidas, do que a desigualdade material entre elas, ou seja, analisar a autenticidade da vontade externalizada.²¹⁴

Sarmento²¹⁵ responde às críticas tecidas por Silva²¹⁶, sustentando a inadequação do critério da autonomia real, por ter um campo de aplicação muito mais limitado do que o critério da desigualdade material, tendo em vista que somente poderia ser utilizado naquelas hipóteses em que o indivíduo cujo direito fundamental foi restringido, tenha manifestado seu consentimento com a restrição estabelecida. Segundo Sarmento²¹⁷, o critério da autonomia real não poderia ser aferido e utilizado nos casos em que a restrição a direito fundamental se deu por ato unilateral de um indivíduo, como, por exemplo, quando uma das partes se recusa a celebrar um contrato em razão das características pessoais do pretense contratante, uma vez que aquele que foi preterido sequer terá a oportunidade de manifestar a sua vontade.

²¹² SILVA, 2008.

²¹³ SILVA, 2008, p. 156-157. O autor cita como exemplo o caso dos reality shows em que uma pessoa aceita a restrição a seus direitos fundamentais à intimidade, privacidade, imagem. Nesses casos, a despeito da manifesta assimetria entre as partes, dificilmente será possível sustentar que a vontade externalizada pelo participante não foi autêntica em razão da existência da assimetria de poder.

²¹⁴ Conforme destaca o autor, “a resolução de colisões de princípios se resolver sempre tendo em mente o caso concreto, o que significa que toda relação de precedência entre eles só pode ser condicionada ao próprio caso concreto, não é possível pressupor desigualdade materiais como fundamento, incondicionado, de assimetrias nas relações entre particulares e daí concluir, também incondicionadamente, que em toda relação em que houver desigualdade material entre as partes a autonomia privada deverá ter seu peso relativizado.” E conclui, “sempre que houver, de fato, fatores que impeçam que uma das partes tome decisões em pleno exercício da autonomia privada, a esse autonomia deverá ser conferido um peso menor do que seria se a autonomia fosse plena.” (SILVA, 2008, p. 158)

²¹⁵ SARMENTO, 2006.

²¹⁶ SILVA, 2008.

²¹⁷ SARMENTO, 2006.

4.3 Igualdade e liberdade

O princípio da igualdade pode ser analisado sobre duas diferentes perspectivas, a igualdade formal e a igualdade material. A partir da acepção formal, a igualdade pode ser descrita pelo postulado segundo o qual os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos e deveres, traduzindo-se em uma obrigação de respeito a essa igualdade tanto quando da criação quanto da aplicação da lei. Desta forma, conforme destaca Canotilho, a igualdade na lei consistiria em observar que “para todos os indivíduos com as mesmas características devem prever-se, através da lei, iguais situações ou resultados jurídicos.”²¹⁸ Desse modo, o princípio da igualdade não é uma norma que ordena que sempre se realize um tratamento igual ou que sempre proíbe o tratamento desigual, haja vista reconhecer a natural desigualdade existente entre as pessoas.

A garantia da igualdade formal se torna insuficiente se não for acompanhada de uma igualdade traduzida no conteúdo da lei, denominada de igualdade material. É preciso, portanto, que o conteúdo da norma jurídica seja construído a partir da definição de quem são os iguais e quem são os desiguais,²¹⁹ para que, a partir desse pressuposto, trate o igual de forma igual e o desigual de forma desigual. Por esse motivo que a igualdade é um conceito relacional, cuja delimitação de seu conteúdo depende necessariamente de um processo comparativo, bem como da análise das finalidades ou objetivos que se pretendem alcançar com os tratamentos diferenciados dispensados aos indivíduos. Rocha, ao tratar sobre as desigualdades, salienta que:

A vida é múltipla, desigual e informe. Mas não se constrói justiça no seio da sociedade humana com uma desigualdade marginalizadora de membros da comunidade política. Por isto o Direito traz, desde os primórdios da civilização, o registro da angústia do homem em tentar realizar a igualdade daqueles que tem na desigualdade, que caracteriza a individualidade e a essência do ser humano, a sua marca original. Há, pois, que se fazer da desigualdade a matéria-prima da igualação jurídica e da igualação o respeito à essência desigual e multiforme do homem. (...) A igualação jurídica com respeito às desigualdades humanas assenta as bases da convivência justa para a realização livre do ser humano, que não se prende a uma forma incrível de liberdade, mas que procura a incrível liberdade de não ter forma em toda a sua dimensão plural (ROCHA, 1990, p. 12).

Não se pode olvidar que a própria natureza humana pressupõe a natural desigualdade entre as pessoas o que torna árdua e difícil a tarefa de promover a igualdade sem desprezar a

²¹⁸ CANOTILHO, 2006, p. 1158.

²¹⁹ ROCHA, 1990, p. 37 e BANDEIRA DE MELLO, 2001, p. 20.

diversidade humana e sem permitir a legitimação de tratamentos desiguais, injustos e preconceituosos.²²⁰ Além de ser produto da natureza, a desigualdade é uma contingência histórica do homem, decorrente de sua singularidade, diversidade e unicidade. A historicidade da condição humana torna o conteúdo do princípio da igualdade mutável no tempo, a partir das concepções de justiça adotadas pela sociedade. Para tanto, basta refletir sobre a aceitação aos tratamentos desigualitários perpetrados em inúmeras sociedades contra estrangeiros, negros, mulheres ao longo dos séculos. Rocha, ao analisar o conteúdo do princípio da igualdade, destaca sua historicidade e mutabilidade, ao assim prelecionar:

Embora se tenha, antes como agora, conteúdo restrito e próprio do princípio jurídico da igualdade, ele é mutante segundo as ideias que se tem como justas em cada momento histórico de cada sociedade e isto conforma o sentido e a disposição legal que encarna o princípio. É de se observar que o conteúdo do princípio jurídico da igualdade muda, como ocorre com todos os princípios jurídicos, segundo as transformações do próprio sentido do Direito que vai se construindo no tempo (ROCHA, 1990, p. 14).

Rui Barbosa, em seus estudos, na tentativa de delimitar o conteúdo da igualdade, contribui com relevante parêmia, repetida por inúmeros estudiosos do tema, segundo a qual, “a regra da igualdade não consiste senão em quinhão desigualdade aos desiguais, na medida em que se desigualem”, razão pela qual “tratar com desigualdade os desiguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real.”²²¹

O primeiro desdobramento do princípio da igualdade diz respeito à proibição do arbítrio, também denominado de imperativo de racionalidade de atuação, segundo o qual, garante-se a igualdade quando indivíduos ou situações iguais não são tratados desigualmente a partir critérios arbitrários e, portanto, injustos. Para Canotilho, haverá violação ao princípio da igualdade quando o tratamento desigual não se alicerçar em um “*fundamento sério*”, “*não tiver sentido legítimo*”, ou prever “*diferenciação jurídica sem um fundamento razoável*”. O princípio da igualdade não proíbe, portanto, que se estabeleçam distinções, nem exige sempre a adoção de tratamentos igualitários. O que o princípio da igualdade proíbe é o arbítrio,

²²⁰ Nesse sentido destaca Rocha que “*O ponto fundamental do princípio jurídico da igualdade centra-se na definição do seu conteúdo, o qual será tanto mais próximo do ideal quanto tenha no respeito à diversidade das pessoas a garantia de suas liberdades sem se entronizar, com isso, no sistema jurídico tratamentos injustos ou preconceituosos.*” (ROCHA, 1990, p.14-15)

²²¹ ROCHA, 1990, p. 16. O Tribunal Constitucional alemão assim se manifestou sobre o conteúdo do princípio da igualdade: “*(...) a máxima da igualdade é violada quando para a diferenciação legal ou tratamento igual legal não é possível encontrar uma razão razoável, que surja da natureza da coisa ou que, de alguma forma, seja concretamente compreensível, isto é, quando a disposição tem que ser qualificada de arbitrária.*” (CERDÁ MARTINEZ-PUJALTE, 2009. p. 34)

caracterizado por tratamentos desiguais desamparados por justificativas razoáveis, segundo critérios e finalidades constitucionalmente relevantes.

Conforme destaca Rocha, para além da igualdade na lei, objetiva-se a promoção da igualdade no Direito, ao qual competirá “promover a igualação dos iguais e o tratamento diversificado apenas daqueles que se diversificam segundo critérios de justiça racionalmente postos e suficientemente motivados.”²²² Por este motivo, aduz que “não há critério que possa ser, abstrata e definitivamente, tido como impossível de ser erigir como diferenciador, nem há qualquer um que possa ser considerado, também aprioristicamente e em caráter terminativo, como sempre justo para ser aproveitado como diferenciador.”²²³ E conclui:

Ainda que as normas constitucionais revelem alguns critérios, em geral fonte de preconceitos como a cor, o sexo, a raça ou a religião, não se pode afirmar sejam eles impossíveis de serem, eventual e justificadamente, utilizados como fatores de desigualação, nem significa, jamais, que ao se asseverar normativamente contra o seu uso se esteja a impedir o seu arrolamento em qualquer circunstância (ROCHA, 1990, p. 46).

Bandeira de Mello aduz que “qualquer elemento residente nas coisas, pessoas ou situações, pode ser escolhido pela lei como fator discriminatório, donde que se segue que, de regra, não é no traço de diferenciação escolhido que se deve buscar algum desacato ao princípio isonômico”.²²⁴ Desta forma, sustenta o autor que as discriminações realizadas pela norma jurídica serão consideradas compatíveis com o princípio da igualdade, desde que exista uma “correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com os interesses prestigiados na Constituição.”²²⁵

Sob a perspectiva dos órgãos legislativos, o respeito ao princípio da igualdade, segundo Bandeira de Mello, manifestar-se-á na necessidade de se “investigar, de um lado, aquilo que é erigido em critério discriminatório e, de outro lado, se há justificativa racional para, à vista do traço desigualador adotado, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da igualdade afirmada”²²⁶. Infere-se, portanto, que o princípio da igualdade restará agredido quando o fator diferencial escolhido e adotado para qualificar os atingidos pela regra não guardar relação de pertinência lógica com a inclusão ou exclusão no benefício ou tratamento deferido.

²²² ROCHA, 1990, p. 39.

²²³ ROCHA, 1990, p. 45.

²²⁴ BANDEIRA DE MELLO, 2011, p. 17.

²²⁵ BANDEIRA DE MELLO, 2011, p. 17.

²²⁶ BANDEIRA DE MELLO, 2011, p. 39.

Bandeira de Mello²²⁷ sustenta que para que o tratamento diferenciado seja considerado lícito, indispensável se observar quatro critérios, quais sejam, que o tratamento seja genérico e abstrato, atingindo uma categoria de indivíduos determinados ou determináveis; que aqueles que estejam sujeitos ao tratamento diferenciado possuam características que os diferenciem dos demais indivíduos; que exista uma correlação lógica entre o elemento diferenciador e o tratamento diferenciado estabelecido pela norma jurídica; que o tratamento diferenciado esteja em consonância com interesses tutelados pela Constituição.

O pensamento de Bandeira de Mello²²⁸, em sua essência, traduz a ideia de que o que princípio da igualdade pretende tutelar é a impossibilidade de desigualdades fortuitas, injustificadas ou arbitrárias. Apesar da relevância de seus estudos sobre o conteúdo da igualdade, os critérios por ele apresentados merecem algumas considerações críticas, principalmente quando se está a analisar tratamentos diferenciados realizados por particulares em suas relações jurídicas privadas. Ao contrário do que sustenta Bandeira de Mello, a generalidade da discriminação nem sempre será garantia de não violação ao princípio da igualdade, pois a discriminação poderá atingir toda uma categoria de pessoas de forma injustificada, tais como negros, mulçumanos, tornando-a ilícita.²²⁹

A proibição de arbítrio incidirá de forma distinta nas relações jurídicas entre particulares, tendo em vista que, enquanto ao poder público completamente vedada a adoção de quaisquer atos arbitrários, os particulares, no exercício de sua autonomia privada poderão fazer escolhas arbitrárias e discricionárias. O particular pode estabelecer como critério para contratação de um empregado doméstico a religião, o sexo, a orientação sexual ou outra característica do indivíduo, sendo que uma idêntica conduta não é admitida quando quem contrata é o poder público, que deverá demonstrar a proporcionalidade dos critérios estabelecidos e sua intrínseca relação com as finalidades perseguidas, que devem ser lícitas.²³⁰

Vieira de Andrade destaca a necessidade de se garantir ao homem espaços para exercício da liberdade individual, o que inclui uma margem de arbítrio e espontaneidade para

²²⁷ BANDEIRA DE MELLO, 2011, p. 39.

²²⁸ BANDEIRA DE MELLO, 2011, p. 40.

²²⁹ Kelsen, ao analisar o princípio da igualdade, destaca que: *“A igualdade dos sujeitos na ordenação jurídica, garantida pela Constituição, não significa que estes devam ser tratados de maneira idêntica nas normas e em particular nas leis expedidas com base na Constituição. A igualdade assim entendida não é concebível; seria absurdo impor a todos os indivíduos exatamente as mesmas obrigações ou lhes conferir exatamente os mesmos direitos sem fazer distinção entre eles, como, por exemplo, entre crianças e adultos, indivíduos mentalmente sadios e alienados, homens e mulheres.”* (KELSEN, 2010, p. 190).

²³⁰ Essa é a lógica que permeou a edição da Súmula 683, do Supremo Tribunal Federal, que preceitua que o limite de idade para inscrição em concurso público somente será legítimo quando possa ser justificado pela natureza do cargo. Note-se que a mesma lógica aplica-se a outros critérios, tais como sexo, altura, peso, que somente poderão ser exigidos quando haja pertinência entre o critério estabelecido e a função pública a ser exercida.

autodeterminar-se de acordo com sua vontade, desejos, necessidades, concepções de vida, nos quais não é exigível que justifique suas condutas racionalmente. Conforme destaca o autor:

Em vez de se pretender impor rigidamente a cada indivíduo que, nas relações com seus semelhantes, os trate com estrita igualdade, fundamentando sempre juridicamente os seus actos e não actuando senão com a certeza de poder justificar a sua atitude com um valor socialmente igual ou maior, deve tolerar-se um certo espaço de espontaneidade e até de arbitrariedade (...) Estender aos indivíduos a aplicação do princípio constitucional da igualdade afigura-se-nos, em princípio, impróprio, absurdo e insuportável. A liberdade tem de prevalecer sobre a igualdade, constitui imanente deste princípio (VIERA DE ANDRADE, 2009, p. 261).

Em igual sentido, Novais destaca o risco de se impor aos indivíduos o dever de sempre justificar suas condutas e exigir-lhes a adoção apenas de comportamentos racionais e razoáveis, prelecionando que:

(...) se quiséssemos verdadeiramente aplicar os direitos fundamentais como direitos subjectivos oponíveis a outros particulares, transformaria nossas vida privadas num pesadelo de virtudes. Todo excesso seria inconstitucional, toda desrazoabilidade seria vedada pelos direitos fundamentais, toda futilidade seria proscrita por inapta ou dispensável (NOVAIS, 2007, p. 379).

O princípio da igualdade não constitui postulado destinado a nivelar os indivíduos diante da norma jurídica, devendo atuar no sentido proporcionar aos indivíduos um tratamento equânime, tornando ilícitos quaisquer atos que materializem privilégios, perseguições ou arbitrariedades. O princípio da igualdade não pode se restringir à igualdade de tratamento perante a lei, como é enunciado no artigo 5º, da Constituição da República, nem mesmo à notória frase de Aristóteles²³¹, repetida irrefletidamente por muitos autores, no sentido de que a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. Isto porque, conforme críticas apresentadas por Bandeira de Mello:

Quem são os iguais e quem são os desiguais? O que permite radicalizar alguns sob a rubrica de iguais e outros sob a rubrica de desiguais? Em suma: qual critério legitimamente manipulável – sem agravos à isonomia – que autoriza distinguir pessoas e situações em grupos apartados para fins de tratamentos jurídicos diversos? Afinal, que espécie de igualdade veda e que tipo de desigualdade faculta a discriminação de situações e de pessoas, sem quebra e agressão aos objetivos

²³¹ Segundo o filósofo “*Pensa-se, por exemplo, que a justiça é igualdade – e de fato é, embora não seja para todos, mas somente para aqueles que são iguais entre si; também se pensa que a desigualdade pode ser justa, e de fato pode, embora não para todos, mas somente para aqueles que são desiguais entre si.*” (ARISTÓTELES, 1991, p. 13) Em igual sentido destaca KELSEN que: “*quando os indivíduos são iguais – mais rigorosamente: quando os indivíduos e as circunstâncias externas são iguais – devem ser tratados igualmente, quando os indivíduos e circunstâncias externas são desiguais, devem ser tratados desigualmente.*” (KELSEN, 2010, p. 155)

transfundidos no princípio constitucional da isonomia? (BANDEIRA DE MELLO, 2011, p. 11).

Destaque-se que uma das funções das normas jurídicas é justamente dispensar tratamentos desiguais às situações jurídicas, estabelecendo direitos e obrigações entre os indivíduos. Ao fazê-lo, deve a norma jurídica garantir o tratamento equânime, de modo que somente serão consideradas lícitas as discriminações objetivamente justificadas e desde que não atentatórias a dignidade da pessoa humana ou demais princípios ou bens constitucionais. Portanto, nem toda discriminação é ilícita, o que torna indevida a visão pejorativa usualmente conferida ao termo.²³² Mas como fica a questão da eficácia do princípio da igualdade nas relações jurídicas entre particulares?

Quando se analisa o princípio da igualdade deve-se partir do pressuposto que os seres humanos são, por natureza, desiguais, seja em razão do sexo, raça, idade, estatura, peso, dentre outros caracteres distintivos, os quais, excepcionalmente podem ser eleitos como critérios aptos e legítimos a justificar a prática de tratamentos diferenciados. Seriam estes critérios juridicamente legítimos ou idôneos para servir como critério de desiquiparação entre os indivíduos? Existem determinados elementos ou traços característicos nas pessoas ou situações jurídicas que são insuscetíveis de serem utilizados pela norma jurídica como critérios de diferenciação?

Um ponto é inquestionável. A caracterização do tratamento como igual ou desigual não se pode se limitar apenas a análise do fator eleito para se proceder à desigualação, do fator diferenciador adotado para comparar pessoas, coisas ou situações, mas, principalmente, deve focar na análise das finalidades e objetivos que se pretende alcançar ou promover com a diferenciação realizada, de modo a aferir a sua compatibilidade e razoabilidade. O que não se admite é que sejam adotados fatores de distinção para impor tratamentos injustos, excludentes ou segregadores, atentatórios à pessoa humana, nem mesmo exigir uma idêntica vinculação ao

²³² Note-se que os termos discriminação e diferenciação são, por muitas vezes, utilizados como sinônimos. De forma geral, o termo diferenciação é utilizado de forma neutra, e o termo discriminação utilizado com conotação negativa, para designar diferenciações ilícitas. Saliente, todavia, que é possível demonstrar a existência de discriminações lícitas e discriminações ilícitas, de modo de a distinção apresentada indica a forma mais usual de utilização dos termos. Conforme destaca Cruz, “há que se deixar claro que é absurdo afirmar que toda discriminação é odiosa ou incompatível com os preceitos do constitucionalismo contemporâneo. Muitas vezes, estabelecer uma diferença, distinguir ou separar é necessário e indispensável para garantir o princípio da isonomia, ou seja, para que a noção de igualdade atenda às exigências do princípio da dignidade da pessoa humana e da produção discursiva (com argumentos racionais de convencimento) do direito.” (CRUZ, 2005, p. 15) Em igual sentido, Gallupo “A discriminação é compatível com a igualdade se não for, ela também, fator de desigualdade injustificável racionalmente. E, mais que isso, a discriminação é fator que pode contribuir para a produção da igualdade.” (GALLUPO, 2002, p. 216)

princípio da igualdade para o poder público e para os particulares em suas relações jurídicas privadas.

No ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da igualdade encontra-se insculpido no artigo 5º, da Constituição da República, que preceitua a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, o qual é complementado pelos preceitos contidos no artigo 3º, que proíbe preconceitos baseados em origem, raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outras formas de discriminação. Os referidos preceitos materializam a cláusula geral de igualdade, da qual podem ser extraídos três importantes mandamentos, quais sejam, o mandamento de tratamento igual, o mandamento de tratamento desigual e o mandamento de proibição de discriminação.

O princípio da igualdade em sua dimensão objetiva se manifesta nos mandamentos de tratamento igual e desigual, os quais podem ser resumidos nas exigências constitucionais de se tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. Em sua dimensão subjetiva, o princípio da igualdade materializa a proibição de tratamentos discriminatórios injustificados, atribuindo aos indivíduos o direito subjetivo de não serem discriminados por motivos injustos ou arbitrários, assim compreendidas as diferenciações que não estejam assentadas em razões objetivas e razoáveis, justificáveis e competíveis com a ordem constitucional.

Alicerçado no pensamento de Aristóteles, Alexy desenvolve a norma de tratamento igual, segundo a qual “se não há nenhuma razão suficiente para a permissão de um tratamento desigual, está ordenado um tratamento igual” e a norma de tratamento desigual, ao aduzir que “se há uma razão suficiente para ordenar um tratamento desigual, então está ordenado um tratamento desigual.”²³³ As normas propostas por Alexy estão permeadas pela mesma lógica adotada estudiosos da temática da igualdade, qual seja, a lógica de que tratamentos desiguais e diferenciações serão lícitos quando hajam justificativas racionais e objetivas para sua adoção, quando se estiver diante de “diferenciação objetivamente justificada”²³⁴, quando estiver presente um “motivo racional evidente”²³⁵, ou uma “justificação racional e objectiva, não arbitrária”²³⁶

²³³ ALEXY, 2014, p. 311.

²³⁴ LARENZ, 1993, p. 141

²³⁵ CANOTILHO, 2006, p. 382.

²³⁶ PINTO, 2007, p. 80. O que poderá ser considerada uma justificativa racional e objetiva? O Tribunal Constitucional Espanhol considera: (...) *o princípio constitucional da igualdade exige, em primeiro lugar, que as singularizações e as diferenciações normativas respondam a um fim constitucionalmente válido para a singularização mesma; em segundo lugar, requer que exista coerência entre as medidas adotadas e o fim perseguido e, especialmente, que a delimitação concreta do grupo ou da categoria assim diferenciada se articule em termos adequados à dita finalidade e, por fim, que as medidas concretas, ou melhor, suas consequências jurídicas sejam proporcionadas ao referido fim.*” (BILBAO UBILLOS, 2006, p. 67) Em outro caso, assim se manifestou o Tribunal Constitucional Espanhol “*uma justificação objetiva e razoável, de*

A licitude do tratamento diferenciado não reside, portanto, no fator ou critério adotado para promover a desigualação, mas sim deverá ser aferida e constatada a partir de uma aprofundada análise acerca da existência de motivos racionais e objetivamente justificáveis para a sua realização, desde que o tratamento diferenciado não viole o núcleo da dignidade da pessoa humana discriminada, expondo-a a situações vexatórias, humilhantes, ultrajantes ou degradantes. O cerne do problema está em se definir se os mesmos critérios adotados para a análise da licitude dos tratamentos diferenciados praticados pelo poder público poderão ser utilizados para aferir a licitude dos tratamentos diferenciados praticados pelos particulares em suas relações jurídicas privadas.

4.4 O direito ao livre desenvolvimento da personalidade

O direito ao livre desenvolvimento da personalidade, diversamente do que se verifica no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, que positiva apenas o princípio da dignidade da pessoa humana, encontra-se positivado de forma expressa em diversos textos constitucionais europeus, especialmente, nos ordenamentos jurídicos alemão, espanhol e português, nos quais assume relevante papel na tutela da pessoa humana. A tutela do direito ao livre desenvolvimento da personalidade humana já estava prevista no artigo XXII, da Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), que preceitua que toda pessoa, enquanto membro da sociedade, tem assegurados os direitos individuais, econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade.²³⁷

A construção e aprimoramento do conteúdo do direito ao livre desenvolvimento da personalidade estão umbilicalmente relacionados à evolução do constitucionalismo europeu, que em resposta às atrocidades perpetradas contra a humanidade pela ascensão dos regimes totalitários, que criaram um cenário crítico e inigualável de violações aos direitos do homem, principalmente em razão das barbaridades cometidas pelo regime nazista, responsável pelo extermínio de milhões de judeus, elevaram o direito ao livre desenvolvimento da personalidade à condição de direito fundamental. O primeiro texto constitucional a atribuir ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade à condição de direito fundamental, a Lei

acordo com critérios e juízos de valor geralmente aceitos, cuja exigência deve-se aplicar em relação com a finalidade e os efeitos da medida considerada, devendo estar presente por isso uma razoável relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade perseguida.” (BILBAO UBILLOS, 2006, p. 69)

²³⁷ “Artigo XXII – Toda pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade”.

Fundamental de Bonn (1949), influenciou não somente o constitucionalismo europeu, mas também o constitucionalismo pelo mundo, inclusive o brasileiro.

A positivação do direito ao livre desenvolvimento da personalidade representou para o constitucionalismo alemão relevante resposta às atrocidades cometidas contra a humanidade e um importante passo após a ruptura com os regimes totalitários, marcados pela banalização dos direitos humanos, para promover o resgate dos conceitos de pessoa e personalidade. Os instrumentos de tutela da pessoa, enquanto valor máximo do ordenamento jurídico, e de sua personalidade, foram fortalecidos com o advento da Corte Constitucional alemã, a qual, em seus julgamentos, ao longo das últimas décadas, tem contribuído, sobremaneira, para a ampliação e aperfeiçoamento gradativo da eficácia deste direito fundamental, aumentando o lastro protetivo conferido à pessoa humana, inclusive ao reconhecer a eficácia deste e de outros direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares.

Esse mesmo processo de valorização da pessoa e promoção de sua personalidade também ocorreu durante os processos de ruptura com os regimes totalitários vivenciados em Portugal e Espanha, nos quais a positivação do direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade, nos textos constitucionais de 76 e 78, respectivamente, foi responsável por garantir aos indivíduos amplo e relevante espaço de liberdade e de autodeterminação, ao impor sérias restrições e obstáculos a qualquer forma de intervenção do poder público e dos particulares nas esferas íntimas da existência humana, relacionadas à liberdade, vida privada, intimidade e autonomia privada. É, nesse contexto de transformações e de evolução do constitucionalismo, que o direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade assumiu posição de centralidade nos ordenamentos jurídicos europeus.

O texto constitucional alemão, incorporando os preceitos contidos na Declaração Universal dos Direitos do Homem preceitua de forma expressa em seu artigo 2.1, que “todos tem o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, desde que não violem os direitos de outrem e não atentem contra a ordem constitucional ou a lei moral.”²³⁸ O texto constitucional espanhol também é expresso ao preceituar seu artigo 10.1 que a “dignidade da pessoa humana, os direitos invioláveis que lhe são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito a lei e aos direitos dos demais são fundamentos da ordem política e da paz social.”²³⁹ O texto constitucional português, por sua vez, preceitua em seu artigo 1º,

²³⁸ Nos termos do artigo 2.1 “*Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt.*”

²³⁹ De acordo com o artigo 10.1 “*La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.*”

que a república portuguesa é baseada na dignidade da pessoa humana, sendo que, conforme preceitua o artigo 26.1, “a todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação.”

Há que se destacar que tanto a Declaração Universal de Direitos do Homem, quanto os textos constitucionais europeus, positivam de forma expressa os princípios da dignidade da pessoa humana e do livre desenvolvimento da personalidade. Esse tratamento conferido exige que seja analisada qual a relação existente entre dignidade da pessoa humana e direito ao livre desenvolvimento da personalidade, de modo a determinar se seus conteúdos, abrangências e finalidades são distintos, ou se atuam de forma complementar. A análise em questão é de fundamental relevância, em especial, pelo fato de inexistir, no ordenamento jurídico brasileiro, preceito constitucional idêntico àqueles contidos nos textos constitucionais alemão, espanhol ou português, que positivem o direito ao livre desenvolvimento da personalidade enquanto direito fundamental ou princípio elementar da ordem jurídica, uma vez que o texto constitucional apenas garante ao direito fundamental à dignidade da pessoa humana.

4.5 Dignidade, livre desenvolvimento da personalidade e autonomia privada

O direito ao livre desenvolvimento da personalidade não opera em um âmbito específico, nem tutela uma conduta determinada. Ao contrário, estabelece uma proteção genérica e expansiva, estendendo seus efeitos para toda e qualquer conduta humana. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade constitui uma das principais formas de externalização da autonomia privada, conferindo ao titular a faculdade de autodeterminar-se, de escolher a forma como irá exercer os seus direitos, inclusive, ao assegurar-lhe a faculdade de abster-se de exercê-los, garantindo ao indivíduo a capacidade de decidir, por si só e livremente, sobre o exercício do direito, sem qualquer espécie de vinculação de natureza heterônoma, desde que não contrárias aos direitos de terceiros ou à ordem pública. Traduz-se, portanto, na faculdade de que gozam os indivíduos para atuar de acordo com seu peculiar modo de ser, colocando em prática suas diferenças pessoais. Nos dizeres de Espinar, consiste na capacidade natural de que gozam os indivíduos para realizar, sem obstáculos, ações ou omissões que lhes permitam

expressar suas capacidades, virtudes, prudências, característica que lhes distinguem enquanto pessoas.²⁴⁰

O conteúdo do direito ao livre desenvolvimento da personalidade está diretamente relacionado à tutela da dignidade da pessoa humana e da autonomia privada, uma vez que, ao se garantir a capacidade do indivíduo de se autodeterminar de forma livre, consciente e responsável, possibilita-se que este se realize enquanto pessoa, deixando de ser concebido como meio, para se transformar em fim em si mesmo, um ser capaz de determinar seus próprios fins, a quem o Direito deve respeitar e proteger. Ao indivíduo deve ser assegurada a possibilidade de ser dono de seu próprio projeto de vida ou mesmo a possibilidade de sequer possuir um projeto de vida, bem como mudá-lo quantas vezes desejar, garantindo-lhe a liberdade necessária para desenvolver sua personalidade e realizar-se enquanto ser único e intangível.²⁴¹ Segundo destaca Capelo de Souza, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade pode ser definido como forças transformadoras interiores de cada homem para se desenvolver a “salvaguarda do poder de autodeterminação e de autoconstituição da sua personalidade individual.”²⁴² Para Vasconcellos, constitui a “liberdade para decidir, só por si e livremente, sobre o exercício do direito, sem estar vinculado heteronomamente”²⁴³. Conforme destaca Sarmiento:

Supor que a liberdades humanas existenciais só são protegidas na medida em que seu exercício atender a interesses coletivos equivale, no nosso entendimento, a recair num coletivismo transpersonalista que não leva a sério que é o homem a medida de todas as coisas. Se é verdade que a pessoa humana, a que se refere a Constituição brasileira, não é o indivíduo insular do liberalismo burguês, mas um ser social e enraizado, não é menos certo que esta pessoa não se reduz a uma parte do todo social. Cada pessoa é um fim em si mesmo, e em cada homem ou mulher, pulsa toda a humanidade. Por isso, as pessoas são titulares de direitos inalienáveis, que podem ser exercidos inclusive contra os interesses da sociedade. Num sistema constitucional antropocêntrico, fundado na dignidade da pessoa humana, não parece legítimo resolver possíveis tensões entre a liberdade existencial da pessoa e os interesses da coletividade sempre a favor dos segundos (SARMENTO, 2006, p. 178).

²⁴⁰ ESPINAR, 1995, p. 63

²⁴¹ De acordo com Sarmiento “*autonomia significa o poder do sujeito de auto-regulamentar seus próprios interesses, de autogoverno de sua esfera jurídica, e tem como matriz a concepção de ser humano como agente moral, dotado de razão, capaz de decidir o que é bom ou ruim para si, e que deve ter liberdade para guiar-se de acordo com suas escolhas, desde que elas não perturbem os direitos de terceiros nem violem outros valores relevantes da comunidade. Ela importa o reconhecimento que cabe a cada pessoa, e não ao Estado ou a qualquer outra instituição pública ou privada, o poder de decidir os rumos de sua própria vida, desde que isto não implique lesão a direitos alheios.*” (SARMENTO, 2006, p. 154)

²⁴² CAPELO DE SOUZA, 1995, p. 352.

²⁴³ VASCONCELOS, 2006, p. 153.

Robles²⁴⁴ destaca que a tutela do direito ao livre desenvolvimento da personalidade e da dignidade da pessoa humana, tem o condão de excluir do conceito de pessoa qualquer perspectiva utilitarista, reificadora ou coisificadora do ser, perspectiva também rechaçada pela concepção de pessoa adotada pelo personalismo ético de Kant²⁴⁵, para quem o homem é um valor em si mesmo e não um meio para a realização de outros fins. Larenz destaca que o direito ao livre desenvolvimento da personalidade teve suas origens no personalismo ético que inspirou a edição do Código Civil alemão, atenuando o viés patrimonialista comum às normas de Direito Civil vigentes à época, em especial, aquelas contidas na codificação napoleônica. Conforme destaca Larenz:

Esta consideração que o Código Civil faz do ser humano como pessoa nascida, por assim dizer, se faz compreensível, junto com todas as consequências que dele derivam, somente tendo como fundo uma compreensão do homem segundo a qual a condição de pessoa é a qualidade que distingue o homem de todos os seres viventes. Com ele se considera que o homem, de acordo com sua peculiar natureza e seu destino, esta constituído para configurar livre e responsavelmente sua existência e seu entorno no marco das possibilidades de cada caso, para propor-se objetos e impor-se limites de atuação. Esta compreensão tem suas raízes tanto na religião cristã, quanto na Filosofia; por detrás delas se tem experiências da humanidade, que se de outra classe, tem, não obstante, não menos força produtora de efeitos que as experiências sobre as que trabalham as ciências da natureza. Dita compreensão do homem decorreu de uma expressão duradoura no personalismo ético de Kant, que influiu no mundo ideológico dos criadores do Código Civil de forma semelhante a doutrina do Direito Natural do século XVIII influenciou os autores do Código Geral Prussiano e o Código Civil austríaco (LARENZ, 1993, p. 44, tradução nossa).²⁴⁶

Robles, ao prelecionar sobre conceito de dignidade da pessoa humana, sustenta a necessidade de se excluir qualquer concepção utilitarista do conceito de pessoa, uma vez que:

²⁴⁴ ROBLES, 1995, p.44.

²⁴⁵ Conforme pensamento de Kant: “[...] no reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode pôr-se em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade... Esta apreciação dá pois a conhecer como dignidade o valor de uma tal disposição de espírito e põe-na infinitamente acima de todo o preço. Nunca ela poderia ser posta em cálculo ou confronto com qualquer coisa que tivesse um preço, sem de qualquer modo ferir a sua santidade.” (KANT, 2006, p.77).

²⁴⁶ Conforme original: “Esta consideración que el Código Civil hace del ser humano como persona nacida, por así decirlo, se hace comprensible, junto con todas las consecuencias que de ello se derivan, solamente sobre el fondo de una comprensión del hombre según la cual la condición de persona es la cualidade que distingue al hombre sobre todos los seres viventes. Con ello se considera que el hombre, de acuerdo con su peculiar naturaleza y su destino está constituído para configurar libre y responsablemente su existencia y su entorno en el marco de las posibilidades dadas en cada caso, para proponerse objetivos e imponerse a sí mismo limites em su actuación. Esta comprensión tiene sus raíces tanto en la religión Cristiana como en la Filosofía; tras de ello se hallan experiencias de la humanidad, que si bien otra classe, tienen, no obstante, no menos fuerza productora de efectos que las experiencias sobre las que trabajan las ciencias de la naturaleza. Dicha comprensión del hombre há hallado una expresión duradera en el personalismo ético de Kant, que han influido en el mundo ideológico de los creadores del Código Civil de forma semejante a como la doctrina del Derecho Natural del siglo XVIII influyó en los autores del Código General Prusiano y del Código Civil austríaco.”

A dignidade da pessoa exclui toda consideração utilitarista dela mesma, isto é, a concepção que aceitaria vê-la, não como um fim em si mesmo, mas sim como um possível meio para satisfazer quaisquer fins alheios ou próprios. A dignidade do ser humano se manifesta em sua intangibilidade ou indisponibilidade. Que a dignidade é intangível, quer dizer que não se pode aceitar que ninguém a afete em sua integridade, sendo tarefa dos poderes públicos (ainda que não só eles) protegê-la. A indisponibilidade se refere a que ninguém pode dispor do valor dignidade, nem sequer o próprio sujeito, por exemplo, vendendo-se com escravo, ou renunciando aos direitos que lhes são inerentes como pessoa (ROBLES, 1995, p. 45).²⁴⁷

O direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade, portanto, reconhece ao indivíduo a capacidade para se autodeterminar, sendo livre para decidir acerca dos aspectos mais relevantes de sua vida, especialmente aqueles que, por serem de seu exclusivo interesse, não afetam direitos alheios ou a ordem pública. A tutela do direito ao livre desenvolvimento da personalidade constitui instrumento relevante para assegurar que os indivíduos desenvolvam sua personalidade e uma vida digna, compreendida sob a perspectiva individual, enquanto busca por aquilo que melhor lhe promova enquanto ser. Nos dizeres de Moureira “reconhecer a autonomia privada no Direito é reconhecer a possibilidade da pessoa humana se construir enquanto pessoa” permitindo-se “que ela seja o que quiser e assuma as coordenadas da sua personalidade, na medida em que liberdades e não liberdades lhe são legitimamente conferidas e, portanto, aceitáveis”.²⁴⁸

Desde sua positivação, uma das maiores dificuldades encontradas por estudiosos e órgãos jurisdicionais está assentada justamente na complexidade em se determinar o conteúdo e abrangência do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, estabelecendo quais manifestações da personalidade humana encontram-se tuteladas por este direito. A dificuldade decorre, principalmente, da abertura semântica do preceito constitucional que reconhece ao indivíduo a liberdade para desenvolver-se enquanto pessoa, dificuldade que é destacada por Suárez Berrio, para quem o interesse pelo estudo do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, além de decorrer de questões práticas, demanda a “necessidade de abordar, desde a teoria jurídica, a compreensão do núcleo essencial deste direito, seu âmbito de aplicação e seus limites, e a relação deste direito com outros.”²⁴⁹

²⁴⁷ Conforme original: “*La dignidad de la persona excluye toda consideración utilitarista de la misma, esto es, la concepción que aceptaría verla, no como un fin en sí misma, sino como un posible medio para satisfacer cualesquiera fines ajenos o propios. La dignidad del ser humano se manifiesta en su intangibilidad o indisponibilidad. Que la dignidad es intangible, quiere decir que no puede aceptarse nada que la afecte en su integridade, siendo tarea de los poderes públicos (aunque no sólo ellos) el protegerla. La indisponibilidad se refiere a que nadie puede disponer del valor dignidade, ni siquiera el propio sujeto, por ejemplo, vendiéndose como esclavo, o renunciando a los derechos que le son inherentes como persona.*”

²⁴⁸ MOUREIRA, 2009, p. 74-75.

²⁴⁹ Conforme original: “*el interés por el derecho al libre desarrollo de la personalidad es del todo práctico, la solución de los problemas jurídicos que lo involucram ha generado la necesidad de abordar, desde la teoría jurídica, la comprensión del núcleo esencial del derecho, su ámbito de aplicación y sus límites, y de la*

A abertura semântica pode ser inferida da análise do texto constitucional alemão que assegura o direito ao livre desenvolvimento da personalidade desde que seu exercício não viole os direitos de outrem e não atente contra a ordem constitucional ou a lei moral, ou do texto constitucional espanhol que condiciona o seu exercício ao respeito a lei e aos direitos dos demais. Essa característica, todavia, não constituiu impeditivo para que estudiosos e órgãos jurisdicionais europeus delimitassem o seu conteúdo para atribuir-lhe a natureza de cláusula geral ou direito geral de personalidade, conferindo ao indivíduo uma ampla, mas restringível, liberdade para autodeterminação da vida privada, uma faculdade de autodeterminação. Neste sentido se manifesta Suárez Berrio:

Como ocorre com o direito a igualdade, o livre desenvolvimento da personalidade tem um campo de aplicação amplíssimo (condutas nas quais se pode predicar sua aplicação normativa), não há determinação de um tipo de comportamento em relação aos quais se aplica este direito e de outros em que não. Daí que a jurisprudência o denomine como cláusula geral de liberdade (...) Esta amplitude de aplicação nos leva a concluir que o direito ao livre desenvolvimento da personalidade não tem um conteúdo normativo próprio. Este direito é o reconhecimento da faculdade genérica de eleger o modo de comportar-se de acordo com determinados fins (SUÁREZ BERRIO, 1999, p.72-73, tradução nossa).²⁵⁰

Em geral, os estudiosos dos direitos fundamentais e órgãos jurisdicionais europeus, em um trabalho hermenêutico de delimitação do conteúdo do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, lhe atribuem duas distintas funções, a primeira relacionada à garantia de um direito geral de personalidade, e a segunda, atinente à garantia de uma liberdade geral de ação. A primeira função destina-se à tutela e proteção dos direitos de personalidade, ou seja, direitos atinentes às questões existenciais, tais como o direito ao nome, sexo, identidade, imagem, intimidade, vida privada, honra, autodeterminação informativa, direito ao corpo, informações pessoais, conhecimento da origem biológica. A segunda função, destina-se a tutelar a liberdade de ação individual, assegurando-lhe a capacidade de autodeterminação existencial, tais como o direito de liberdade de crença e religião, liberdade de opinião e convicção, liberdade de profissão, liberdade associativa, e, principalmente, a liberdade contratual.

relación de éste com otros derechos.” (SUAREZ BERRIO, 1999, p. 68)

²⁵⁰ Conforme original: “*Como sucede con el derecho a la igualdad, el libre desarrollo de la personalidad tiene un campo de aplicación amplísimo (conductas en las cuales se puede predicar su aplicación normativa), no hay determinación de un tipo de comportamientos respecto de los cuales se aplique este derecho y de otros en lo que no. De ahí que la jurisprudencia lo denomine como clausula general de libertad.(...) “Esta amplitud de aplicación nos lleva a concluir que el derecho al libre desarrollo de la personalidad no tiene un contenido normativo propio. Este derecho es el reconocimiento de la facultad genérica de elegir el modo de comportarse de acuerdo com unos fines.”* (SUAREZ BERRIO, 1999, p. 69)

Pinto destaca que o direito ao livre desenvolvimento da personalidade possui uma dupla dimensão, quais sejam, “a tutela da personalidade enquanto substracto da individualidade e nos seus múltiplos aspectos, e a tutela da liberdade geral de acção da pessoa humana”. O autor ainda assevera que, “a protecção da liberdade pressupõe a liberdade para a o seu desenvolvimento segundo o seu próprio projecto, situação e possibilidade, ligado a uma determinada multividência, credo ou religião que seja resultante da própria pessoa como ente dotado da capacidade de escolha.”²⁵¹ Em igual sentido, aduz Martins que:

Quanto o Tribunal Constitucional Federal alemão, juntamente com a literatura especializada trabalha com o direito geral da personalidade, ele não vislumbra diversas configurações desse direito geral em vários âmbitos da vida, como sugere a teoria do núcleo da personalidade, mas diferentes modos de desenvolvimento do titular do direito, sobretudo a auto-determinação, a auto-conservação e a auto-exposição, dependendo do aspecto respectivamente relevante em determinado momento na vida do titular que pretende fazer valer. Assim, ele poderá querer determinar autonomamente o seu próprio destino (auto-determinação), como por exemplo: casar-se ou não, ter filhos ou não, definir sua orientação sexual; ou se apartar do mundo externo (auto-conservação), por exemplo pelo carácter confidencial de uma consulta médica e seus documentos, carácter sigiloso de um diário ou correspondência pessoal; ou preferirá, finalmente, escolher a forma como se apresentará ao público (auto-exposição), o que se dará pelo exercício de aceções do direito como direito a própria imagem, a própria voz, à honra pessoal (MARTINS, 2005, p.189).

O direito ao livre desenvolvimento da personalidade reconhece aos indivíduos direitos subjetivos que lhes asseguram um conjunto de faculdades para atuar de modo a fazer valer seus interesses e satisfazer suas necessidades, com o desiderato de desenvolver sua personalidade. Interpretando e aplicando o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, os órgãos jurisdicionais europeus invocam seus preceitos para garantir aos indivíduos os mais diversos aspectos de sua existência, desde situações delicadas, como alteração de sexo e de nome, eutanásia, planejamento familiar, investigação biológica, quanto para conformar relações jurídicas de natureza patrimonial, ao proteger a autonomia privada e sua correspondente liberdade de contratação, possibilitando a pessoa definir se, quando, com quem e de que forma contratar, para desenvolver relações familiares, afetivas, associativas, religiosas, dentre outras.

Além de encontrar fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana, constituindo, inclusive, instrumento para a sua promoção, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, possui dúplice fundamento, o primeiro, no direito fundamental de liberdade, que permite ao indivíduo a livre determinação de seu agir, desde que observados os limites

²⁵¹ PINTO, 1999, p. 11.

estabelecidos pelo ordenamento jurídico vigente, em especial pela necessidade de respeito à ordem pública, e, o segundo, no direito fundamental à igualdade, que impõe que exercício do direito de liberdade não represente indevida restrição às liberdades alheias e aos direitos de terceiros. Como todo direito fundamental, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade encontra importantes limitações na proteção à ordem pública²⁵² e nos direitos de terceiros.

4.6 O Direito ao livre desenvolvimento da personalidade do direito brasileiro

No ordenamento jurídico brasileiro não existem preceitos constitucionais semelhantes aos constantes nos textos constitucionais alemão, espanhol ou português, assegurando o direito ao livre desenvolvimento da personalidade. A Constituição da República Federativa do Brasil, a despeito de não ter inserido a dignidade da pessoa humana na extensa relação de direitos fundamentais, a positivou no inciso III, de seu artigo 1º, na condição de princípio republicano, fato que permite considerá-la fundamento ou núcleo axiológico do ordenamento jurídico brasileiro, que reconhece a pessoa não como meio, mas como fim de toda a ordem jurídica, elemento subjetivo indispensável à existência da sociedade e do próprio Estado. A dignidade da pessoa humana “representa o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo ordenamento jurídico e balizando não apenas os atos estatais, mas também toda a miríade de relações privadas.”²⁵³

A ausência de preceito constitucional que positivou o direito ao livre desenvolvimento da personalidade conduz à necessidade de se questionar se seria possível sustentar sê-lo um direito fundamental tutelado pelo ordenamento jurídico brasileiro. Seria possível sustentar que o direito ao livre desenvolvimento da personalidade constitui princípio implícito extraível do texto constitucional brasileiro, que se alicerça e se fundamenta no conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como na interpretação sistemática das normas garantidoras de direitos fundamentais? A resposta aos questionamentos demanda o estudo e a delimitação

²⁵² Nesse aspecto, Castro destaca que “*desde la aparición del orden público en el texto del Código Civil francés, los civilistas franceses y después los de los otros países em los que se há seguido el ejemplo francés, se han visto y se ven forzados a la tarea ingrata, difícil, quizá imposible, de explicar y definir lo que sea el orden público, en los artículos de los Códigos que lo citam.*” (CASTRO, 2010, p. 68)

²⁵³ SARMENTO, 2006, p. 86. Em igual sentido, Bonavides sustenta que; “*nenhum princípio é mais valioso para compendiar a unidade material da Constituição Federal do que o princípio da dignidade da pessoa humana.*” (BONAVIDES, 2008, p. 15) Conforme destaca Fernandes, segundo a teoria constitucional majoritária, a dignidade da pessoa humana é erigida à condição de meta-princípio, irradiando seus valores e vetores de interpretação para todos os demais direitos fundamentais e para o ordenamento jurídico, “*exigindo que a figura humana receba sempre um tratamento moral condizente e igualitário, sempre tratando cada pessoa como um fim em si mesma, nunca como meio (coisas) para a satisfação de outros interesses ou de interesses de terceiros.*” (FERNANDES, 2014, p. 297).

do conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana e de outras normas constitucionais relativas aos direitos fundamentais intrinsecamente relacionados com a promoção dos direitos inerentes à tutela da personalidade.

Ao inserir a dignidade da pessoa humana como princípio republicano o constituinte contribuiu de forma ímpar para a repersonalização das relações jurídicas, ampliando o lastro protetivo conferido aos indivíduos, bem como promovendo a reinterpretação das relações jurídicas, preteritamente analisadas apenas sob o prisma patrimonialista e individualista, ínsito às codificações oitocentistas e da ideologia liberal burguesa que permeou os movimentos constitucionais do século XVIII. Em razão a abertura semântica e fluidez de seu preceito normativo, o princípio da dignidade da pessoa humana tem sido amplamente interpretado e seu conteúdo tem sido desenvolvido por estudiosos e órgãos jurisdicionais, desempenhando relevante papel para a revelação de novos direitos, não expressamente assegurados pelo texto constitucional.²⁵⁴ A despeito da polissemia do termo dignidade da pessoa humana, pode-se, na esteira do entendimento de Sarlet, aduzir que a dignidade da pessoa humana é:

(...) a qualidade intrínseca e distintiva de cada pessoa humana que o faz merecedor de mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover a sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (SARLET, 2002, p.2).

Fernandes, analisando o entendimento de Dworkin acerca do conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana, assevera que este deve ser capaz de conciliar os princípios da igualdade e liberdade, afirmando duas dimensões da dignidade, quais sejam, “através do reconhecimento da importância de cada projeto de vida individual; e através da proteção da autonomia individual na persecução desse projeto de vida”, de modo que “falar em dignidade da pessoa humana somente faz sentido se entendido como vista pelo prisma da garantia de iguais liberdades subjetivas para ação.”²⁵⁵

Fernandes, a despeito de reconhecer a dificuldade em se delimitar o conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana, sugere parâmetros mínimos para a consecução

²⁵⁴ Além de desvelar novos direitos, o princípio da dignidade da pessoa humana tem sido alicerce normativo para o desenvolvimento de diversas teorias voltadas para a ampliação da tutela da pessoa, tais como a Teoria do Patrimônio Mínimo, a Tutela da Dignidade do Crédito, Teoria do Superendividamento.

²⁵⁵ FERNANDES, 2014, p. 299.

normativa da dignidade da pessoa humana.²⁵⁶ O primeiro é o da não instrumentalização, segundo o qual o ser deverá ser concebido como um fim em si mesmo, nunca como um meio para obtenção de determinados fins. O segundo relacionado à garantia da autonomia existencial, ao assegurar a cada pessoa o direito de realizar suas escolhas essenciais de vida, de construir seu projeto de vida, e agir de acordo com elas, desde que não constituam práticas ilícitas. O terceiro voltado para a garantia das condições mínimas para que a pessoa possa desenvolver livremente sua personalidade, para que possa exercer suas liberdades privadas e públicas. Por fim, o direito ao reconhecimento, o qual tutela identidade individual de cada ser, impedindo que as pessoas possam ser diminuídas em sua essência em suas relações interpessoais.

Indispensável que se assegure o respeito às decisões e escolhas individuais, inclusive no que diz respeito a possibilidade do indivíduo escolher se, quando, de que forma e com quem irá contratar, como condição de realização de sua personalidade, de sua capacidade de autodeterminar-se e de livremente desenvolver sua personalidade, desde que suas condutas não sejam atentatórias a igual dignidade alheia, ao idêntico direito do outro sujeito contratual de livremente desenvolver sua personalidade. Ao analisar o conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana, Sarmento destaca que:

(...) não representa apenas um limite para os poderes públicos, que devem abster-se de atentar contra ele. Mais do que isso, o princípio traduz um norte para a conduta estatal, impondo às autoridades públicas o dever de ação comissiva, no sentido de proteção ao livre desenvolvimento da personalidade humana, com asseguramento das condições mínimas para a vida com dignidade. (...) Cabe também ao Estado impedir atentados à dignidade da pessoa humana cometidos por terceiros, coibindo-os e reprimindo-os, após sua prática (SARMENTO, 2006, p. 89).

De forma análoga ao que se verifica nos ordenamentos jurídicos alemão, espanhol e português, a despeito da imprecisão dos preceitos constitucionais que asseguram o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e o princípio da dignidade da pessoa humana, estudiosos e órgãos jurisdicionais brasileiros, tem desenvolvido o conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana para aplicá-lo em casos referentes à mudança de sexo, alteração de nome, direito ao conhecimento da origem biológica, direito de não se submeter a tratamento médico, proteção da vida privada, da imagem, honra e intimidade, bem como na

²⁵⁶ A despeito da análise realizada, o autor destaca que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ainda não desenvolveu um entendimento sistematizado acerca do conteúdo da dignidade da pessoa humana (FERNANDES, 2014, p. 300).

garantia da autonomia privada e liberdade contratual. Esse trabalho hermenêutico é possível porque, segundo destaca Moraes:

(...) a dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na auto-determinação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. (MORAES, 1993, p. 16).

Há, portanto, uma nítida aproximação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio do livre desenvolvimento da personalidade, os quais confluem para a necessidade de que o ordenamento jurídico tutele a capacidade dos indivíduos de promoverem e realizarem sua personalidade, para alcançarem uma vida digna, concepção de dignidade que deverá ser construída a partir de um processo de autocomposição e autodeterminação. No ordenamento jurídico brasileiro, existem entendimentos no sentido de que o direito ao livre desenvolvimento constitui princípio implícito, extraído do conjunto de direitos fundamentais atribuídos à pessoa humana, em especial, do princípio da dignidade da pessoa humana. Ludwig, ao analisar a questão, assim se manifesta:

a partir da composição de todas as normas constitucionais asseguradoras de direitos e garantias fundamentais, com fulcro comum na dignidade da pessoa humana, que se torna possível compreender o direito ao livre desenvolvimento da personalidade como princípio geral do direito brasileiro, embora não haja, em nossos textos legais, referência expressa ao mesmo. (...) O direito ao livre desenvolvimento da personalidade situa-se entre os princípios fundamentais do Direito brasileiro, tendo especialíssima relevância no âmbito jusprivado. Tanto é assim que, de acordo com Konrad Hesse, a tarefa central do direito privado atualmente constitui na defesa do direito da personalidade, entendido tanto em seu aspecto negativo (intimidade), quanto em seu aspecto positivo (autonomia privada): resgatária, desse modo, seu caráter de baluarte da liberdade (LUDWIG, 2002, p.292).²⁵⁷

A análise comparativa das manifestações jurisdicionais proferidas nos ordenamentos jurídicos alemão, espanhol e português, cujos textos constitucionais preveem expressamente o direito ao livre desenvolvimento de personalidade e que o adotam como base argumentativa, com as manifestações jurisdicionais proferidas no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, que adotam como principal fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana ou outros

²⁵⁷ Em igual sentido, destaca Sarmiento que, *“uma expressiva corrente doutrinária vem sustentando que, no ordenamento jurídico brasileiro, é possível extrair da Constituição um direito geral da personalidade, que poderia ser invocado nas relações jurídicas privadas para coibir atos atentatórios contra outros bens jurídicos componentes da personalidade humana, não discriminados expressamente no Código ou em qualquer outra lei.”* (SARMENTO, 2006, p. 275)

direitos fundamentais relacionados com a proteção da personalidade humana, permite inferir que a despeito de inexistir preceito específico que assegure o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, o princípio da dignidade da pessoa humana, em razão de sua abertura semântica, bem como da garantia de outros inúmeros direitos fundamentais atinentes à tutela da personalidade, asseguram aos indivíduos a possibilidade de livremente desenvolver sua personalidade. A Corte Constitucional alemã, por exemplo, no julgamento do caso Princesa Soraya, assim se manifestou sobre o conteúdo do direito ao livre desenvolvimento da personalidade:

Os direitos à personalidade e à dignidade da pessoa humana, que devem ser livremente exercitados e desenvolvidos no âmbito da vida em comunidade, situam-se no centro da ordem de valores refletida nos direitos fundamentais protegidos pela Constituição. Assim, os direitos individuais à personalidade e à individualidade devem ser respeitados e protegidos por todos os órgãos do Estado. Esta proteção deve ser estendida, sobretudo, à esfera privada da pessoa, por exemplo, na esfera na qual deseja ser deixada só para realizar suas decisões particulares, e proteção é providenciada, *inter alia*, pelas regras legais relacionadas ao direito de personalidade (SARMENTO, 2006, p. 100).

O estudo comparativo permite identificar que os diversos conteúdos que podem ser extraídos do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, tanto sob a perspectiva do direito geral de tutela da personalidade, quanto do direito geral de liberdade de ação, ou estão expressamente positivados no extenso rol de direitos fundamentais do texto constitucional brasileiro ou são igualmente extraídos do conteúdo do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, dada a relação umbilical existente entre eles. A dignidade da pessoa humana, enquanto princípio de tessitura aberta, é autossuficiente para assegurar que os indivíduos possam livremente promover o desenvolvimento de sua personalidade, ao garantir ao indivíduo a tutela de seus direitos da personalidade e a ampla liberdade de ação, de forma similar ao verificado nos ordenamentos jurídicos alemão, espanhol e português.

Ludwig, ao analisar a eficácia do direito ao livre desenvolvimento da personalidade humana no ordenamento brasileiro, observa que “a jurisprudência pátria parece não ter descoberto todas as potencialidades desse princípio implícito em nosso ordenamento jurídico, como tampouco o fez em relação ao princípio expresso da dignidade da pessoa humana.”²⁵⁸ Não se pode olvidar, todavia, que as manifestações jurisdicionais tem gradativamente se desenvolvido e evoluído, no sentido de reconhecer o efeito irradiante dos preceitos constitucionais sobre as relações jurídicas entre particulares, especialmente no que concerne

²⁵⁸ LUDWIG, 2002, p. 298.

ao princípio da dignidade da pessoa humana. Segundo destaca Tepedino, a consagração da dignidade da pessoa humana “definiu uma nova ordem pública, da qual não se podem excluir as relações jurídicas privadas, que eleva ao ápice do ordenamento a tutela da pessoa humana.”²⁵⁹

No ordenamento jurídico brasileiro, autores como Tepedino²⁶⁰ e Moraes²⁶¹ preferem, ao invés da expressão direito geral de personalidade, comumente adotada pelos estudiosos europeus, empregar a expressão cláusula geral de tutela da pessoa humana, para designar o conjunto de conteúdos jurídicos que podem ser extraídos do princípio da dignidade da pessoa humana, relacionados à proteção do ser humano, inclusive aqueles conteúdos jurídicos expressamente positivados pelo direito privado, na condição de direitos da personalidade.²⁶² A tutela da dignidade de pessoa humana e do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, bem como a irradiação das normas de direitos fundamentais para as relações jurídicas entre particulares, demandaram a reinterpretação de diversos institutos do direito privado, inclusive o contrato, que passa a ser compreendido como instrumento para promoção da personalidade dos contratantes.

A análise das manifestações de estudiosos e órgãos jurisdicionais brasileiros, espanhóis, portugueses e alemães relativas ao conteúdo do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, permite inferir que a despeito de não positivado como direito fundamental pelo ordenamento jurídico brasileiro, constitui princípio constitucional implícito, atuando como importante vetor interpretativo para a tutela das questões existenciais e patrimoniais da personalidade humana, bem como para a tutela da liberdade de ação individual, em especial, autonomia privada e liberdade de contratação. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade exige que seja assegurado aos indivíduos espaços para escolhas ou decisões motivadas por convicções pessoais, integrantes do projeto de vida por eles concebidos.

4.7 Eficácia do princípio da igualdade nas relações jurídicas entre particulares

Os influxos existentes entre liberdade e igualdade certamente constituem um dos temas mais profundos e tormentosos da teoria do direito, especialmente quanto à discussão relativa à contrariedade ou conciliabilidade entre os princípios constitucionais da liberdade e

²⁵⁹ TEPEDINO, 2000, p. 247.

²⁶⁰ TEPEDINO, 2000.

²⁶¹ MORAES, 1993.

²⁶² O Código Civil tutela em seus artigos iniciais o direito ao próprio corpo, a intimidade, a privacidade, ao nome, imagem.

da igualdade. O ponto nevrálgico da questão está em se desvendar se a garantia de uma maior liberdade significará uma menor garantia da igualdade, ou se a maior proteção da liberdade refletir-se-á em maior igualdade. A questão se torna ainda mais polêmica quando se está diante da análise da eficácia do princípio da igualdade no âmbito das relações jurídicas entre particulares, aos quais são asseguradas a autonomia privada e a liberdade para conformar as suas relações jurídicas.²⁶³

O cerne da questão está em se delimitar se a norma constitucional consagradora do princípio da igualdade e sua correlata proibição de discriminação poderia impor rigidamente a cada pessoa que trate os demais com igualdade em suas relações jurídicas contratuais, obrigando-a a justificar objetivamente a inobservância ao imperativo de tratamento igualitário, ou se a liberdade contratual incluiria, necessariamente, a proteção de uma margem de arbítrio, espontaneidade e discricionariedade individual que não pode ser limitada injustificadamente, sob pena de se suprimir e desnaturar o conteúdo da autonomia privada e liberdade individual.

Definir a extensão da eficácia do princípio da igualdade nas relações jurídicas entre particulares requer daqueles que se dedicam ao estudo do direito privado e dos direitos fundamentais a análise sobre os efeitos da eficácia do princípio da igualdade sobre a autonomia privada e liberdade individual, em especial, em razão da necessidade de compatibilizá-los, de modo a não se promover a supressão da autonomia privada, fonte dos negócios jurídicos, nem reduzir indevidamente a tutela do princípio da igualdade e proteção contra condutas discriminatórias perpetradas por particulares no âmbito de suas relações jurídicas privadas.

Se a questão da eficácia dos direitos fundamentais em geral é controvertida, ela se torna mais complexa quando o objetivo é delimitar a eficácia do princípio da igualdade nas relações jurídicas entre particulares, ou seja, definir em que medida os particulares, no âmbito de suas relações jurídicas contratuais, encontram-se vinculados ao princípio da igualdade, haja vista que a eficácia deste princípio não poderá acarretar excessiva restrição à liberdade individual e ao exercício da autonomia privada, limitando o agir humano e a capacidade dos indivíduos de livremente desenvolverem sua personalidade.

²⁶³ Conforme destaca Martin Martin: *“En definitiva, los derechos fundamentales y el principio de igualdad tienen eficacia en el ámbito de las relaciones privadas. No se puede sostener que la libertad, también valor superior de nuestro ordenamiento jurídico, impida la eficacia de otro valor y, además, principio, como es el de la igualdad. Ambos se han de entender de modo sistemático, pues si la propia Constitución trata de que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas, es evidente que con ello se proclama que han de ser respetadas también en las relaciones entre los particulares”* (MARTIN MARTIN, 2011, p. 106)

A questão da eficácia do princípio da igualdade é tão tormentosa que as tradicionais teorias da eficácia direta e indireta, a despeito de contribuírem para o debate, são insuficientes para encontrar soluções aptas para definir em que medida os particulares estão vinculados ao princípio da igualdade, bem como em que medida se permite que os particulares, no exercício de sua autonomia privada, promovam diferenciações no âmbito de suas relações jurídicas contratuais, isto porque, não se pode olvidar da necessidade de se garantir aos indivíduos espaço privado de livre determinação, no qual possa gerir sua vida privada e eleger a melhor forma de promoção de sua personalidade.

Mc Crorie destaca não ser possível sustentar que os particulares são titulares de um direito à igualdade de modo a possuírem a prerrogativa de exigirem serem tratados sempre em condições de igualdade, uma vez que deste princípio não decorreria um dever de ação ou omissão. Para a autora, a igualdade consubstancia um princípio, do qual não decorre um direito subjetivo, mas que estabelece um dever de otimização, “ordenando que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”, característica que demonstraria uma “menor aptidão para este princípio valer directamente na ordem jurídica privada.” Ainda de acordo com a autora, “um particular não está nas mesmas condições que o Estado, parece que ele deverá poder, arbitrariamente, escolher contratar com uma ou outra pessoa, sem justificações nem preocupações igualitárias, sob pena de haver uma restrição excessiva de sua autonomia.”²⁶⁴

Esse também é o entendimento de Picker, para quem os tratamentos diferenciados são iminentes aos sistemas sociais e econômicos, devendo ser assegurado ao indivíduo a liberdade para tratar desigualmente na escolha do parceiro negocial, enquanto forma de manifestação da autonomia privada, princípio elementar do direito privado.²⁶⁵ Caupers sustenta a necessidade de levar em consideração que nem todas as diferenças de tratamento irracionais e incompreensíveis serão necessariamente consideradas inconstitucionais, não sendo plausível acreditar que o legislador constituinte tenha pretendido cercear drasticamente o arbítrio emocional humano.²⁶⁶ Alfaró Aguila-Real aduz que a proteção da intimidade e da liberdade individual obrigam a aceitar que os particulares assumam condutas arbitrárias e discriminatórias na seleção dos demais contratantes e na definição do conteúdo de suas relações jurídicas, sem que tenham que justificar suas decisões ou fundamentá-las.²⁶⁷

²⁶⁴ MC CRORIE, 2005, p. 45.

²⁶⁵ PICKER, 2003, p. 771.

²⁶⁶ CAUPERS, 1985, p. 32.

²⁶⁷ ALFARO AGUILA-REAL, 1993, p. 232.

Nem mesmo aqueles que sustentam a máxima eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas, defendendo a eficácia direta do princípio da igualdade nas relações jurídicas entre particulares, se olvidam da necessidade de se assegurar espaços para o livre exercício da autonomia e liberdade individual, pois a defesa da eficácia irrestrita e incondicionada do princípio da igualdade certamente acarretará situações jurídicas absurdas e insuportáveis, decorrente a planificação do agir humano.²⁶⁸ Essa controvérsia e a relevância da questão estão claramente materializadas no pensamento de Bilbao Ubillos, o qual alerta para os riscos decorrentes da defesa acrítica e impensada a eficácia absoluta do princípio da igualdade nas relações jurídicas entre particulares:

Nem mesmo aqueles que advogam pela máxima eficácia dos preceitos constitucionais negam que essas áreas de imunidade ou autonomia existem. Ao fim e ao cabo, a abolição dessa esfera privada é um dos sinais de identificação do totalitarismo. A existência dessas válvulas de escape, desses espaços de vida privada nos quais alguém atua sem ter que dar explicações, marca a diferença entre uma sociedade livre e uma sociedade ocupada pelo Estado. Estender ao âmbito das relações jurídico-privadas o princípio constitucional da igualdade, uma regra alheia a este mundo, pode acarretar conseqüências absurdas e insuportáveis (BILBAO UBILLOS, 2007, p. 394).

Conforme destaca Vale:

(...) a validade dos direitos fundamentais nas relações entre sujeitos privados, em detrimento da autonomia privada desses mesmos sujeitos, pode levar a situações absurdas, nunca desejadas pela ordem constitucional, por meio da qual está fundado um sistema de direito privado protetivo da liberdade dos indivíduos. Assim, não poderá, por exemplo, admitir que, por amor ao direito fundamental de igualdade, donas de casa passem a realizar concurso público para contratação de empregadas domésticas. Ou, ainda, que consumidores comprem produtos de forma a contemplar todas as empresas participantes da concorrência (VALE, 2004, p. 183).

Vieira de Andrade sustenta a importância de se “defender uma margem de liberdade de ação para os particulares, tentando evitar que, através de um intervencionismo asfíxiante ou de um igualitarismo extremo, se afete o sentimento de liberdade, a iniciativa e a

²⁶⁸ Nesse sentido preleciona Mc Crorie: “É duvidoso que o direito privado, no qual os indivíduos actuam uns com os outros livre e arbitrariamente, seja espaço jurídico para se impor uma moral oficial.” (MC CRORIE, 2005, p. 45). Conforme destaca Pereira, a eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares não pode “conduzir a uma homogeneidade da comunidade, ou seja, é preciso preservar a identidade e as peculiaridades dos diversos agentes sociais.” (PEREIRA, 2006, p. 186) De igual modo, Sarmiento, “há que se ter o cuidado de evitar que a aplicação mais intensa dos direitos fundamentais sobre entidades intermediárias possa converter-se numa forma de asfíxia do pluralismo social, e de imposição heterônoma de pautas de conduta politicamente corretas às associações humanas voluntárias, em prejuízo da identidade coletiva de seus integrantes.” (SARMENTO, 2006, p. 265)

capacidade de realização dos indivíduos concretos”²⁶⁹. Privilegia, por isso, no âmbito das relações jurídicas privadas, as normas constitucionais que tutelam a autonomia privada, o livre desenvolvimento da personalidade e a liberdade contratual. Nessa esteira, Pinto²⁷⁰ sustenta a prevalência do princípio da liberdade contratual sobre o princípio da igualdade, prevalência que somente seria afastada caso o tratamento desigual afete e viole o núcleo da personalidade do contratante, trazendo como exemplos a possibilidade de um filho ser testamentariamente beneficiado em relação aos outros; a ampla liberdade de escolha entre dois sujeitos que tenham manifestado interesse em anuir com os termos da proposta apresentada; afastando, contudo, negativas de contratação baseadas no critério raça.

A obrigação de conferir a todos o mesmo tratamento é incompatível com o direito ao livre desenvolvimento da personalidade daquele que discrimina, uma vez que lhe deve ser assegurada a liberdade para estabelecer, voluntariamente, as formas de se relacionar com o outro, desde que não atentatórias a outros direitos fundamentais. Por este motivo que Canotilho²⁷¹ sustenta ser difícil invocar a eficácia do princípio da igualdade nos casos em que um pai favorece mais um filho do que outro, mediante transferência não igualitária da parte disponível do patrimônio, bem como nos casos em que um locador opta por promover o despejo de inquilino inadimplente, não adotando a mesma postura em relação a outro que esteja em idêntica situação, em razão de suas convicções pessoais ou mesmo sem qualquer motivação aparente.

Novais questiona quais razões motivariam, mesmo para aqueles que defendem a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares, a atenuarem sua posição quando o direito em questão é o princípio da igualdade. Questiona o autor o que “justifica que o princípio da igualdade possa ter uma aplicação diferente consoante se oponha ao Estado ou aos outros particulares, mas já não se reconheça essa possibilidade de diferenciação relativamente aos outros princípios, isto é, aos direitos fundamentais?”²⁷² A maioria dos autores apresentará como justificativa para esse tratamento especial a necessidade de proteção ao princípio da autonomia privada. E esse tratamento diferenciado conferido à eficácia do princípio da igualdade nas relações jurídicas entre particulares, leva o autor a tecer o seguinte questionamento:

²⁶⁹ VIEIRA DE ANDRADE, 2009.

²⁷⁰ PINTO, 2007, p.72

²⁷¹ CANOTILHO, 2006, p. 1294.

²⁷² NOVAIS, 2007, p. 377.

(...) como é que a autonomia privada pode justificar a não aplicabilidade plena do princípio da igualdade, mas não já a dos direitos fundamentais? Por que é que os direitos fundamentais, como pretende a tese da eficácia directa, tem de valer diferentemente como direitos subjectivos contra o Estado e contra particulares – independentemente das razões de autonomia privada – mas não já o direito a um tratamento igual? (NOVAIS, 2007, p 375).

Novais, desenvolvendo interessante linha de raciocínio, sustenta que a admissão da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares conduziria a refutação do princípio da legalidade e da máxima segundo a qual, nas relações jurídicas entre particulares, tudo aquilo que não é proibido é permitido, na qual se sustenta o direito geral de liberdade. A admissão da eficácia direta do princípio da igualdade obrigaria aos particulares a agirem segundo a lógica de que somente é permitido aquilo que não é proibido, desde que sua conduta não contrarie o princípio da igualdade. A partir dessa crítica, o autor sustenta a inaplicabilidade direta do princípio da igualdade nas relações jurídicas privadas, assim se posicionando:

É porque a exigência constitucional de igualdade não se me aplica directamente que eu posso admitir para minha empresa um filho de um amigo meu, mesmo sabendo que há outro candidato que possui melhores qualificações ou que tem mais necessidades. (...) o princípio constitucional da igualdade não se me impõe directamente enquanto pretensão subjectiva que um outro particular me possa dirigir (NOVAIS, 2007, p. 377).

O autor refuta, portanto, a adoção da tese da eficácia direta, sustentando que nos casos em que a liberdade e autonomia privada necessitem ser restringidas para a promoção da exigência constitucional de igualdade, competirá ao poder estatal, especialmente mediante a atividade legislativa, promover a prevenção ou repressão de comportamentos privados discriminatórios “de cunho racista, xenófobo ou baseados na diferença de gênero, tanto mais quanto as relações entre particulares em causa se desenvolvam numa esfera não íntima ou tenham uma evidente repercussão social.”²⁷³ Dessa forma, sustenta o autor a necessidade de não se tolher excessivamente a liberdade individual nas relações jurídicas entre particulares, ao assim se manifestar:

(...) simples e meras razões de bom senso mostram à evidência que, na sua vida privada, os particulares não estão sujeitos à observância directa do princípio constitucional da igualdade. De outra forma, teríamos o absurdo de alguém poder exigir judicialmente o direito de namorar ou constituir família com outro alguém, pelo facto de ter sido preterido por razões, alegadas pela outra parte, de estética, ideologia, de religião ou de preferência clubística. Ou alguém poder impugnar a realização de uma festa num apartamento de um prédio, pelo facto de o dono ter convidado todos os

²⁷³ NOVAIS, 2007, p. 377

restantes condôminos, mas não ele por razões meramente ideológicas, por exemplo, pelo facto de sendo nazi, ser ostracizado pelos vizinhos (NOVAIS, 2007, p. 378).

Diante da inexistência de normas jurídicas densificadoras do conteúdo do princípio da igualdade nas relações jurídicas entre particulares, atribuir-se-ia uma responsabilidade desmensurada aos órgãos jurisdicionais, que se tornariam responsáveis pela conformação jurídica das relações privadas, competindo-lhe, por exemplo, nos casos em que se está diante de conflito envolvendo o princípio da igualdade, definir se o particular, ao exercer sua autonomia, praticou discriminação ilícita, ao eleger o outro sujeito contratual ou ao definir o conteúdo do contrato, estabelecendo cláusulas diferentes a depender de características pessoais do outro sujeito contratual. Para Novais, “essa possibilidade, não apenas estende extraordinariamente o espaço potencial de intervenção do juiz constitucional” principalmente pelo fato de que “a Constituição raramente lhe fornece, no domínio dos direitos fundamentais, pautas e critérios determinados e precisos de decisão, lhe confere um poder intensivo de conformação da relação jurídica concreta.”²⁷⁴

O problema da eficácia do princípio da igualdade se torna mais latente e conflituoso quando se está diante de relações jurídicas entre particulares caracterizadas pela simetria das partes, situações em que os particulares se relacionam exercendo livremente sua autonomia privada e liberdade contratual, sem que existam limites estabelecidos pelo legislador a este exercício. Nestas situações, sustentar a vinculação dos particulares ao princípio da igualdade se apresenta discutível e perigoso, ao transferir aos órgãos jurisdicionais o poder para intervir na autonomia privada dos sujeitos contratuais e desconsiderar as decisões e escolhas por ele realizadas no âmbito da relação jurídica contratual. Essa situação se torna ainda mais questionável quando o negócio jurídico se aperfeiçoou mediante a externalização da vontade de sujeitos plenamente capazes, em uma relação jurídica em que haja considerável simetria entre eles. Conforme destaca Novais:

(...) nestas situações, onde existe um equilíbrio tendencial entre as partes e o legislador (ainda) não estabeleceu precisa e determinadamente os limites da autonomia individual (eventualmente porque não considerou prudente ou adequado fazê-lo ou porque considerou que a situação deve ser plenamente deixada à livre contratualização e auto-regulação dos particulares), o reconhecimento de um direito subjectivo fundamental apoiado na norma constitucional e oponível ao outro particular dá ao juiz constitucional um poder excessivo de intervenção, que ele pode exercer a qualquer momento contra a livre expressão da autonomia individual. (NOVAIS, 2007, p. 382)

²⁷⁴ NOVAIS, 2007, p. 378.

Vazquez de Castro alerta para os riscos de se atribuir um poder demasiado aos órgãos jurisdicionais para modificar o conteúdo das relações jurídicas entre particulares, desprezando a autonomia privada e liberdade contratual dos sujeitos privados envolvidos, ao prelecionar que:

(...) não é possível invocar os direitos fundamentais para pretender uma modificação unilateral e arbitrária da relação jurídica privada, o que aponta a idéia (mais claramente exposta em outros casos) de que a aplicação dos direitos fundamentais e das liberdades públicas às relações entre particulares deve fazer-se matizadamente, é dizer, de forma conciliável com as exigências derivadas do princípio da autonomia da vontade (VAZQUEZ DE CASTRO, 2010, p. 90, tradução nossa).²⁷⁵

Deve-se evitar, diante da ausência de regulamentação legislativa, que os direitos fundamentais sejam utilizados de forma discricionária, em nome de uma pretensa promoção da sua eficácia nas relações jurídicas entre particulares, acarretando restrições demasiadas, indevidas e incontroláveis da autonomia privada e da liberdade contratual.²⁷⁶ Ademais, destaque-se, a não regulação prévia de determinada situação jurídica é “de algum modo, a não imposição de limites a livre actuação dos particulares, pode ser tida como intencional decisão de não intervenção da parte do legislador integrada naquela margem de livre apreciação.”²⁷⁷ E o autor ainda apresenta outra importante crítica à teoria da eficácia direta do princípio da igualdade nas relações jurídicas entre particulares, alertando para o risco de os indivíduos se tornarem verdadeiros servos dos direitos fundamentais. Segundo Novais:

(...) se a tese da eficácia levasse a sério os seus pressupostos e fosse oficialmente adoptada com esse alcance, então assistiríamos, nas relações entre privados, a uma verdadeira inversão de sentido dos direitos fundamentais, ou seja, a instrumentalização dos direitos fundamentais contra a liberdade. Pretender que, enquanto destinatário dos direitos fundamentais, um particular tivesse que observar as exigências constitucionais de igualdade (vinculado juridicamente a tolerar o exercício de um direito fundamental por parte de um particular exactamente com o mesmo alcance com que reconhecia o mesmo exercício a outros particulares) ou da

²⁷⁵ Conforme texto original: “(...) no es posible invocar los derechos fundamentales para pretender una modificación unilateral y arbitraria de la relación jurídica-privada, lo que apunta a la idea (más claramente expuesta em otros fallos) de que la aplicación de los derechos fundamentales y de las libertades públicas a las relaciones entre particulares debe hacerse matizadamente, es decir, en forma conciliable con las exigencias derivadas del principio de autonomía de la voluntad.” Em igual sentido Verda y Beamonte aduz que: “en el ámbito de las relaciones privadas, los derechos fundamentales y, entre ellos, el principio de la igualdad han de aplicarse matizadamente, pues han que hacerse compatibles con otros valores o parámetros que tienen su origen en el principio de autonomía de la voluntad, y que se manifiestan a través de los derechos y de los deberes que nacen de la relación contractual creada por las partes o de la correspondiente situación jurídica.” (VERDA Y BEAMONTE, 2001, p. 61)

²⁷⁶ Conforme destaca Montoya Melgar, “Ahora bien, como quiera que nos movemos en el ámbito del Derecho privado, esa lucha por igualdad de trato debe combinarse adecuadamente con el principio de libertad contractual en virtud del cual cada uno es libre de elegir a la otra parte contratante. Ese principio de libertad contractual deriva del principio de la autonomía privada.” (MONTROYA MELGAR, 2007, p. 456)

²⁷⁷ NOVAIS, 2007, p. 383

proibição de excesso (um particular, sempre que afectasse o direito fundamental de outro particular, por exemplo, o seu direito ao livre desenvolvimento da personalidade, teria que invocar um interesse legítimo superior ou de valor constitucional, teria que observar as exigências de aptidão, da indispensabilidade e da proporcionalidade, ou seja, estaria permanentemente e juridicamente vinculado a não cometer excessos), seria transformar os particulares em servos dos direitos fundamentais (NOVAIS, 2007, p. 386).

Não é por outro motivo que Larenz²⁷⁸ sustenta que o princípio da igualdade possui escassa eficácia no âmbito das relações jurídicas entre particulares, por ser admissível, nessas relações jurídicas, a possibilidade dos sujeitos contratuais consentirem, no exercício de sua autonomia privada e liberdade contratual, com a adoção de tratamentos desiguais ou diferenciados, desde que os tratamentos não sejam atentatórios à sua dignidade, à ordem pública ou aos bons costumes.²⁷⁹ Essa especial situação conduz inúmeros estudiosos da temática da eficácia do princípio da igualdade nas relações jurídicas privadas a sustentar a necessidade de adoção de soluções diferenciadas, que considerem as especificidades e peculiaridades do caso concreto.

No âmbito do ordenamento jurídico brasileiro a questão ainda não tem merecido destaque ou estudos mais aprofundados, haja vista que poucos autores se dedicaram ou tem se dedicado a discussão do tema.²⁸⁰ De modo geral, a maioria dos teóricos concorda que o princípio da igualdade é imperativamente aplicável às relações jurídicas entre os indivíduos e os poderes públicos, assegurando-lhes o direito subjetivo de não receberem tratamentos diferenciados injustos e, portanto, ilícitos. Quando se discute a aplicabilidade do princípio da igualdade nas relações jurídicas entre particulares, especialmente em razão de seu conflito com os princípios constitucionais da autonomia privada e liberdade contratual, a questão não se apresenta tão simplificada.

Antes de jurídico, a discriminação é um fenômeno social, que se manifesta em todo tecido social, não se restringindo às relações jurídicas entre os indivíduos e o poder estatal, verificando-se nas relações jurídicas entre particulares. Trata-se de uma prática comum e generalizada, muitas vezes conduta social implícita e velada, decorrente de estereótipos culturalmente arraigados, que deve ser combatida em todas as espécies de relações jurídicas, em nome da eficácia do princípio da igualdade.²⁸¹ Restringir a aplicabilidade do princípio da

²⁷⁸ LARENZ, 1993, p. 137.

²⁷⁹ LARENZ, 1993, 138-139.

²⁸⁰ Steinmetz, Silva e Sarmento talvez sejam os únicos autores brasileiros que se dedicaram a analisar a questão da eficácia do princípio da igualdade nas relações jurídicas entre particulares de natureza não laborativa, mesmo que de forma não aprofundada.

²⁸¹ Conforme Aguilera Rull, “*A extensão da proibição de discriminação aos sujeitos de direito privado leva em conta que a discriminação não é de fundo um problema de abuso de poder por parte do Estado. O fenômeno*

igualdade às relações jurídicas entre os indivíduos e o poder público comprometeria a efetividade de quaisquer políticas públicas de eliminação ou redução da discriminação.²⁸²

Isso não significa, todavia, que se deve sustentar uma eficácia absoluta do princípio da igualdade nas relações jurídica entre particulares, pois esse entendimento comprometeria os espaços privados de decisão e livre atuação do indivíduo, imunes ao direito fundamental à igualdade, que lhes permitem autodeterminar-se conforme suas vontades ou necessidades, corolários para que os indivíduos desenvolvam de forma livre sua personalidade, bem como para a promoção e construção de uma sociedade livre e democrática. Garantir espaços privados de livre decisão e atuação aos indivíduos não significa transformá-los em espaços institucionalizados para a prática de atos de discriminação baseados em motivos de raça, origem, sexo, etnia ou religião. Diante das peculiaridades que envolvem a eficácia do princípio da igualdade das relações jurídicas entre particulares, indispensável não se apegar a posições extremadas, mas sim, procurar soluções conciliatórias.²⁸³

Canotilho salienta a necessidade de se tutelar o que denomina de “núcleo irredutível da autonomia pessoal”, ao sustentar que “os direitos fundamentais não podem aspirar a uma força conformadora das relações privadas dado que isso significaria um confisco substancial da autonomia.”²⁸⁴ Vieira de Andrade²⁸⁵, um dos principais expoentes portugueses do tema, sustenta não ser possível exigir dos particulares que, em nome do princípio da igualdade, pautem suas ações ou omissões apenas por imperativos de racionalidade, devendo lhes ser assegurado um amplo espaço para a espontaneidade e até mesmo para a arbitrariedade de escolha, de decisões ou tratamentos diferenciados em relação a outros particulares, não sendo admissíveis, todavia, diferenciações que para além de violarem a igualdade, vulnerem a dignidade da pessoa ou seus direitos de personalidade.

Mc Crorie destaca que a maioria dos estudiosos portugueses entende que a eficácia do princípio da igualdade restringe-se às relações jurídicas privadas de natureza laborativa, nas

da discriminação não tem tanto a ver com a relação do indivíduo com uma corporação, com a relação entre dois sujeitos diferentes. A discriminação é um fenómeno no qual a sociedade civil joga no papel central. Não é possível erradicar a discriminação limitando-se a garantir umas relações entre o indivíduo e os poderes públicos baseadas no princípio de não discriminação.” (AGUILERA RULL, 2009, p. 19, tradução nossa)

²⁸² Conforme destaca Cerda Martínez-Pujalte, “(...) o tema da igualdade e sua consecução prática, muito mais para lá de estar resolvido, segue plenamente vigente, e um dos objetivos dos atuais governos e legisladores segue sendo, como em outras épocas, avançar formalmente neste caminho, para que se possam dar em todos os âmbitos as condições necessárias objetivas que garantam a igualdade dos cidadãos, respeitando em todo caso as peculiaridades de cada um deles.” (CERDA MARTINEZ-PUJALTE, 2009, p. 104)

²⁸³ Nesse sentido é que Novais sustenta que mesmo nos casos de discriminação assentadas em motivos de raça, origem, etnia, cor ou sexo, casos típicos de discriminações suspeitas, em que se presume a existência de ato discriminatório ilícito, se a discriminação estiver fundamentada em justificativas legítimas, razoáveis e proporcionais, a presunção de ilicitude poderá ser elidida. (NOVAIS, 2007)

²⁸⁴ CANOTILHO, 2006.

²⁸⁵ VIEIRA DE ANDRADE, 2009.

quais há o predomínio do desequilíbrio entre os sujeitos,²⁸⁶ uma vez que, nas demais relações jurídicas privadas “já não deverão estar vinculados a este princípio, sobretudo se se tratar de uma relação contratual que esteja intimamente ligada com a sua esfera privada.”²⁸⁷ Exemplifica com outras relações jurídicas entre particulares em que considera impossível admitir a eficácia do princípio da igualdade, em razão da necessidade de se proteger o espaço privado da existência humana, indispensável ao exercício da autonomia privada e ao livre desenvolvimento da personalidade, citando as relações jurídicas de emprego doméstico, em que predominam a confiança e intimidade, as relações jurídicas de locação de bens imóveis, em que o locatário possui ampla liberdade para estabelecimento das condições contratuais e as relações jurídicas de natureza associativa, nas quais predomina o princípio da liberdade associativa. Segundo Mc Crorie, “será excessivamente restritivo considerar que poderá haver aí um verdadeiro dever de contratar, pelo que parece fazer sentido considerar que também estas diferenças de tratamento não são ilícitas em si mesmas.” Aduz que somente serão consideradas ilícitas, as diferenciações que impliquem a “violação de outros valores constitucionais substantivos.”²⁸⁸

Bercovitz Rodrigues-Cano aduz que o princípio da igualdade possui eficácia muito reduzida nas relações jurídicas entre particulares, uma vez que este não pode se sobrepor, sempre e de forma geral, ao princípio da autonomia privada.²⁸⁹ Por esse motivo, sustenta que o princípio da igualdade incidirá nas relações jurídicas privadas mediante a cláusula geral de tutela da ordem pública, sendo que seu grau de eficácia dependerá da natureza do negócio jurídico, dos direitos fundamentais restringidos e das circunstâncias que envolvem o caso concreto.

Bilbao Ubillos, ao analisar a eficácia do direito fundamental à igualdade sustenta que este direito “tem uma eficácia muito limitada do âmbito das relações regidas pelo direito privado, devido a ampla articulação que neste contexto se reconhece ao princípio da autonomia privada, um princípio que conta também com respaldo constitucional”²⁹⁰. De modo

²⁸⁶ O mesmo ocorre quanto atividade em que há a presença de monopólio e naquelas relacionadas à atividades de natureza pública.

²⁸⁷ Em igual sentido BILBAO UBILLOS, 2007, p. 392.

²⁸⁸ MC CRORIE, 2005, p. 60.

²⁸⁹ BERCOVITZ RODRIGUES-CANO, 1990, p. 120.

²⁹⁰ BILBAO UBILLOS, 2007, p. 392. Em igual sentido SUAY RINCON, 1991, p.853. Ainda de acordo com Bilbao Ubillos: “a imensa maioria dos autores nega a eficácia frente a terceiros do princípio da igualdade” (BILBAO UBILLOS, 1997, p. 405). De acordo com Larenz: “o princípio da igualdade é de escassa importância, já que são admissíveis as desigualdades que o desfavorecido consente, salvo quando se trate de situações extremas em que há que considerar o consentimento como contrário aos bons costumes.” (LARENZ, 1993, p. 138).

geral os teóricos reconhecem que os particulares, ao exercerem sua autonomia e liberdade contratual não poderão violar os direitos fundamentais de terceiros ou à ordem pública.²⁹¹

Em linhas gerais, a doutrina rechaça a vigência do princípio da igualdade na esfera das relações privadas enquanto proibição de arbitrariedade ou imperativo de razoabilidade no comportamento particular. A liberdade individual, na sua vertente negocial ou associativa, inclui necessariamente uma margem de arbítrio e não pode ser limitada injustificadamente. Pode ser exercida de forma irracional e incongruente. L. Herkin, um autor norte-americano, defendeu há muitos anos “*the individual's freedom to be irrational*”, uma liberdade que a Constituição nunca pretendeu eliminar. Em lugar de impor rigidamente a cada indivíduo que trate os demais com elegante igualdade em suas relações recíprocas, obrigando-o a justificar de forma objetiva qualquer desvio dessa regra (sua decisão, por exemplo, de não contratar com uma pessoa quando o fez com outras em idênticas circunstâncias), deve-se permitir um espaço de espontaneidade e até de arbitrariedade (BILBAO UBILLOS, 2007, p. 393).

Bilbao Ubillos defende que existe uma esfera estritamente privada do existir humano, nas quais seria impensável exigir que os particulares ajam sempre de forma idêntica com todos com quem se relacionem ou que estes sejam obrigados a justificarem todos e quaisquer tratamentos diferenciados por ventura conferidos a outros particulares:

Existe uma esfera de atuação puramente privada, um reduto de vida autenticamente privado, que fica fora de alcance das normas constitucionais, no qual os indivíduos são livres para discriminar na hora de selecionar as pessoas com as quais vão se relacionar (podem convidar para sua casa ou para uma festa aqueles que creem convenientes, associar-se com quem desejem e negar-se a entrar em determinado estabelecimento, pelos motivos que sejam), de regular essas relações (determinando o conteúdo dos contratos, dos estatutos sociais ou das disposições testamentárias) e de comportarem-se, em geral, de uma maneira que está vedada ao Estado (BILBAO UBILLOS, 2007, p. 394, tradução nossa).^{292 293}

²⁹¹ Nesse sentido tem sido as manifestações do Tribunal Constitucional Espanhol o qual destacou que “*no âmbito das relações privadas os direitos fundamentais e, entre eles, o princípio da igualdade, não de ser aplicados ponderadamente, pois não de se fazer compatíveis com outros valores ou parâmetros que têm sua origem última no princípio da autonomia da vontade, e que se manifestam através dos direitos e deveres que nascem da relação contratual*” (ESPANHA, 1988, STC 177). Em igual sentido (CARRASCO PERERA, 1990, p.10) (BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, 1990, p.424);

²⁹² Conforme original, “*certamente el riesgo de ahogar la libertad contractual existe. Basta pensar en las consecuencias de una aplicación mimética del principio de igualdad en la esfera privada. Puede acarrear, en efecto, consecuencias absurdas e insostenibles. Obviamente, un comerciante no tiene por que tratar exatadamente igual a sus proveedores, ni el acreedor está obligado a tratar a los deudores de la misma forma. En lugar de imponer rigidamente a cada individuo que trate los demás con exquisita igualdad en sus relaciones recíprocas, obligandole a justificar cualquier desviación de esa regla, se debe permitir un espacio de espontaneidad y hasta de arbitrariedad. Porque existe un reduto de vida autenticamente privada, que queda fuera del alcance de las normas constitucionales, en el que los individuos no tiene que dar explicaciones y son libres para seleccionar las personas con las que van relacionarse (pueden asociarse con quienes crean conveniente) y para regular esas relaciones (determinado el contenido de los contratos, de los estatutos sociales o de las disposiciones testamentarias).*”

²⁹³ Conforme salienta Prieto Sanchis “*é evidente, por exemplo, que os particulares podem adotar decisões ou subscrever contratos atendendo a critérios discriminatórios vedados ao poder público. Porém isso não sucede porque a igualdade seja irrelevante nas relações privadas, senão porque deve-se conjugá-la com a liberdade ideológica e pessoal dos demais indivíduos.*” (PRIETO SANCHIS, 1994, p. 214-215).

Há, portanto, tendência em se refutar a eficácia do princípio da igualdade nas relações jurídicas entre particulares, com exceção para as relações jurídicas de natureza trabalhista, em decorrência da inquestionável desigualdade entre os sujeitos contratuais, bem como da relação de subordinação existente entre eles; nas relações jurídicas em que há o fornecimento de bens e serviços em regime de monopólio, situação que torna o acesso ao bem ou serviço restrito ou exclusivo; nas relações de natureza consumerista, quando há uma emissão pública e geral da vontade de contratar o fornecimento de bens e serviços, normalmente mediante a celebração de contratos de adesão; bem como naqueles casos em que o particular atua na condição de permissionário ou concessionário de serviço público, uma vez que, nestas hipóteses, a eficácia do princípio da igualdade decorre de especiais características que envolvem essas relações jurídicas, dentre elas, a desigualdade fática entre os particulares ou o fato de se estar diante da prestação de serviços ou fornecimento de bens de interesse público, em muitos casos, em substituição ao poder estatal.²⁹⁴

Ademais, discriminações fundadas em critérios de raça, origem, etnia ou sexo, tendem a ser presumidamente odiosas e suspeitas, sendo, portanto, inadmissíveis por contrariarem não apenas o princípio da igualdade, mas também outros princípios constitucionais, em especial, o princípio da dignidade da pessoa humana. A adoção desses fatores de discriminação somente é admissível quando comprovada a existência de razões ou motivos justificáveis para o tratamento diferenciado, ou seja, uma relação justificável entre meios e fins, como ocorre, por exemplo, nos casos dos contratos de seguro de vida, saúde ou de veículos, em que o sexo, a idade ou a raça podem constituir elementos majoram ou minorar os riscos securitários segundo dados estatísticos.^{295 296}

²⁹⁴ ALFARO AGUILA REAL, 1993, p. 120.

²⁹⁵ Basta lembrarmos que no Brasil, a esperança de vida das mulheres é superior a dos homens, o risco de acidentes automobilísticos envolvendo condutoras mulheres é menor do que aqueles envolvendo condutores homens, a maior idade do segurado lhe coloca em situação de maior probabilidade de demandar assistência médico-hospitalar. Todos esses são fatores que são considerados na celebração do contrato. Isto porque, destaca Aguilera Rull: *“es decisivo para el asegurador garantizar que las primas que paga el asegurado estén en relación con la probabilidad de que se produzca el daño frente al que se está asegurando.”* (AGUILERA RULL, 2009, p.10) (GARCIA RUBIO, 2006, p. 12) (FERNANDEZ TORRES, 2007, p.475).

²⁹⁶ Por isso, não podemos concordar com Steinmetz quando parece sustentar que sempre quando a discriminação se basear em critérios de dor, idade, religião, raça, origem, sexo se estará violando a dignidade da pessoa humana. Segundo o autor: *“os particulares estão proibidos de, entre si, praticar tratamento discriminatório com base em preconceitos de cor, idade, religião, raça, origem sexo e de quaisquer outros preconceitos contrários à dignidade da pessoa e incompatíveis com a construção de uma sociedade livre, justa e solidária ou com as demais matrizes e os objetivos fundamentais da CF.”* (STEINMETZ, 2004, p. 260).

5 CONTRIBUTOS DO DIREITO EUROPEU PARA A EFICÁCIA DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE NAS RELAÇÕES JURÍDICAS ENTRE PARTICULARES

Uma das temáticas que tem despertado o interesse de estudiosos jurídicos europeus é a atinente ao conflito entre a liberdade de contratação e proibição de discriminação no âmbito das relações jurídicas entre particulares. A questão adquiriu tamanha relevância que, nas últimas décadas, foram elaboradas, pela União Européia, normativas destinadas a disciplinar e regulamentar a aplicabilidade do princípio da igualdade no âmbito das relações jurídicas entre particulares, com o objetivo precípuo de combater as práticas discriminatórias ilícitas no tráfico privado.²⁹⁷ Essas normativas são as Diretivas 2000/43/CE, 2000/78/CE, 2002/73/CE e 2004/113/CE.

As normativas da Comunidade Européia encontram seu fundamento e materializam duas importantes Convenções Internacionais editadas no âmbito da Organização das Nações Unidas - ONU, quais sejam, a Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial, datada de 21 de dezembro de 1965²⁹⁸, e a Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher, editada em 18 de dezembro de 1979, as quais foram ratificadas por inúmeros Estados europeus, além do Tratado de Amsterdam, que facultou a adoção de medidas para combater a discriminação por motivos de sexo, origem racial ou étnica, religião ou convicções, deficiência, idade ou orientação sexual.

No início da década passada deu-se início ao processo de gradativa incorporação do conteúdo das normativas comunitárias aos diversos ordenamentos jurídicos europeus, como ocorreu em Alemanha, com a edição da Lei Geral de Tratamento Igualitário, em vigor desde 14 de agosto de 2006, em Portugal, com a Lei n.º 18, de 11 de maio 2004, Lei Geral de Tratamento Igualitário, e Lei n.º 14, de 12 de março de 2008, bem como em Espanha, com a Lei Orgânica n.º 3, de 2007, conhecida como Lei Geral de Igualdade de Tratamento e não Discriminação.

²⁹⁷ Merece destaque a Directiva 2000/43/CE, de 29 de junho de 2000, que disciplina a aplicação do princípio da igualdade no tratamento das pessoas, independentemente de sua origem racial ou étnica; a Directiva 2000/78/CE, de 27 de novembro de 2000, relativa ao estabelecimento de um marco geral para a igualdade de tratamento nas relações de emprego e ocupação; a Directiva 2002/73/CE, de 23 de setembro de 2002, que disciplina a aplicação do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que se refere ao acesso ao emprego, a formação e promoção profissionais e condições de trabalho; e, a mais relevante para o presente estudo, a Directiva 2004/113/CE, de 13 de dezembro de 2004, que disciplina a aplicação do princípio da igualdade no tratamento de homens e mulheres no que tange ao acesso de bens, serviços e seu fornecimento.

²⁹⁸ O Brasil ratificou a referida convenção, junto ao Secretário Geral das Nações Unidas, em 27 de março de 1968, tendo, posteriormente editado o Decreto n.º 65.810 - de 8 de dezembro de 1969.

As legislações alemã, portuguesa e espanhola refletem o conteúdo das Diretivas 2000/43/CE, 2000/78/CE e 2004/113/CE, editadas pelo Conselho da União Européia, e tem como objetivo inserir nos ordenamentos jurídicos de cada um dos Estados-Membros normas jurídicas destinadas a regulamentar e disciplinar a eficácia do princípio da igualdade nas relações jurídicas de natureza trabalhista, securitária, consumerista, locatícia, dentre outras, constituindo importantes mecanismos de promoção e efetivação do princípio da igualdade no âmbito das relações jurídicas particulares, bem como de combate às práticas discriminatórias ilícitas.²⁹⁹

Por questões metodológicas, o trabalho não procederá ao estudo da eficácia do princípio da igualdade nas relações jurídica privadas de natureza trabalhista, seja porque os direitos trabalhistas previstos no artigo 7º da Constituição da República Federativa do Brasil, em razão de sua natureza, tem como destinatários os particulares, seja em pelas especificidades destas relações jurídicas, marcadas pela manifesta hipossuficiência dos sujeitos contratuais, a qual demandou a criação de toda uma principiologia específica, bem como instrumentos protetivos dos interesses do trabalhador, parte hipossuficiente da relação jurídica contratual, com o objetivo de conformar o exercício da autonomia privada com a tutela aos direitos do trabalhador.

O estudo dos preceitos normativos e da experiência jurídica europeia em matéria de tutela do princípio da igualdade nas relações jurídicas entre particulares tem por objetivo avaliar seus possíveis contributos para o desenvolvimento de construções teóricas compatíveis com a realidade normativa brasileira, bem como para a construção de critérios interpretativos destinados a eliminar ou, ao menos, reduzir, as margens de subjetividade das decisões acerca da eficácia do princípio da igualdade nas relações jurídicas entre particulares, conferindo maior previsibilidade e segurança jurídica ao tráfico jurídico privado, de modo a tutelar a igualdade sem que haja estrangulamento ou o aniquilamento da autonomia privada e dos espaços de livre desenvolvimento da personalidade humana.

²⁹⁹ Conforme destaca Silva, ao analisar o caso brasileiro, “a inexistência de uma lei geral de antidiscriminação aplicável ao Direito Privado tem por efeito não só a inexistência de um debate dogmático sobre o tema, como também deixa ao desabrigo hipóteses de proteção que exigem intervenção legislativa. Essa circunstância demonstra-se na deficitária e lacunosa proteção oferecida pela ordem jurídica brasileira.” (SILVA, 2007, p. 416)

5.1 A eficácia do princípio da igualdade no direito europeu

O Tratado da Comunidade Europeia é expresso ao consagrar, em seus artigos 80 e 81, o princípio da igualdade e a correlata proibição de discriminação em razão do sexo, raça, cor ou origem étnica ou social, características genéticas, língua, religião ou convicções, opiniões políticas, riqueza, nascimento, deficiência, idade ou orientação sexual,³⁰⁰ não admitindo tratamentos diferenciados às pessoas que estejam em situações comparáveis, nem de tratamentos idênticos às pessoas que estejam situações diferentes, salvo se o tratamento conferido possa ser objetivamente justificado, preceitos que também são consagrados nos artigos 20 e 21, da Carta de Direitos Fundamentais da União Européia.³⁰¹

Com o intuito de regulamentar o conteúdo do princípio da igualdade, bem como eliminar práticas discriminatórias baseadas na origem racial ou étnica no âmbito das relações jurídicas entre particulares, o Conselho da União Européia editou a Diretiva 2000/43/CE, de 29 de Junho de 2000. Segundo preceitos normativos contidos na referida Diretiva, a promoção do princípio da igualdade implica na necessidade de se garantir a ausência de qualquer discriminação, direta ou indireta, em razão da origem racial ou étnica, inclusive nas relações jurídicas entre particulares.

Conforme preceitos contidos na Diretiva 2000/43/CE, considera-se discriminação direta qualquer tratamento deferido à pessoa, em razão da origem racial ou étnica, menos favorável do que aquele que é, foi ou possa vir a ser conferido à pessoa em situação comparável, e discriminação indireta, qualquer disposição, critério ou prática aparentemente neutra coloque pessoas de uma dada origem racial ou étnica em situação de desvantagem comparativamente com outras pessoas, a não ser que essa disposição, critério ou prática seja objetivamente justificada por um objetivo legítimo e que os meios utilizados para o alcançar sejam adequados e necessários.

O Conselho da União Européia, posteriormente, editou a Diretiva 2004/113/CE, de 13 de Dezembro de 2004, para disciplinar a eficácia do princípio de igualdade e combater as

³⁰⁰ Artigo II-80 - Todas as pessoas são iguais perante a lei. Artigo II-81 - 1. É proibida a discriminação em razão, designadamente, do sexo, raça, cor ou origem étnica ou social, características genéticas, língua, religião ou convicções, opiniões políticas ou outras, pertença a uma minoria nacional, riqueza, nascimento, deficiência, idade ou orientação sexual

³⁰¹ Artigo 20 - Todas as pessoas são iguais perante a lei. Artigo 21 - 1. É proibida a discriminação em razão, designadamente, do sexo, raça, cor ou origem étnica ou social, características genéticas, língua, religião ou convicções, opiniões políticas ou outras, pertença a uma minoria nacional, riqueza, nascimento, deficiência, idade ou orientação sexual. 2. No âmbito de aplicação do Tratado que institui a Comunidade Europeia e do Tratado da União Europeia, e sem prejuízo das disposições especiais destes Tratados, é proibida toda a discriminação em razão da nacionalidade

práticas discriminatórias baseadas no sexo, no âmbito das relações jurídicas que envolvem a promoção do acesso a bens e serviços e seu fornecimento, sendo aplicável a todas as pessoas que forneçam bens e prestem serviços disponíveis ao público, independentemente da pessoa em causa, ou da natureza pública ou privada dos bens ou serviços ofertados, desde que estes sejam oferecidos fora do quadro da vida privada e familiar e das transações efetuadas nesse contexto.

A Diretiva 2004/113/CE, ao disciplinar a tutela da igualdade entre homens e mulheres no acesso a bens e serviços, bem como em seu fornecimento, estabelece de forma expressa a não incidência da proibição de discriminação quando bens e serviços sejam oferecidos no âmbito de relações jurídicas em que predominam aspectos da vida privada ou familiares, bem como não serem consideradas discriminatórias as diferenças de tratamento que estejam justificadas por um propósito legítimo e desde que os meios adotados sejam adequados e necessários, exceções reproduzidas pelas legislações antidiscriminatórias alemã, espanhola e portuguesas.³⁰²

Os preceitos contidos na Diretiva, portanto, não possuem eficácia nas relações jurídicas particulares em que a oferta de bens e serviços não foi pública, ou seja, realizadas no âmbito estritamente privado e familiar, conforme destacado por Montoya Melgar:

(...) a referência a disponibilidade para o público nos permite excluir do âmbito de aplicação da norma as transações ou prestações que se realizem no âmbito estritamente privado e familiar, como por exemplo, o aluguel de uma moradia de férias a um membro da família, ou de uma habitação em uma casa particular. Desta forma se entende que o âmbito de aplicação da nova regulamentação se restringe aos bens e serviços que se oferecem habitualmente mediante pagamento. De acordo com isso, o conceito de bens e serviços disponíveis para o público pode englobar o acesso a locais nos quais se permita a entrada do público; todos os tipos de moradia (incluída a de aluguel e o alojamento em hotéis); serviços como os bancários, os de seguro e outros serviços financeiros; o transporte e os serviços de qualquer profissão ou ofício (MONTROYA MELGAR, 2007, p. 460, tradução nossa).³⁰³

³⁰² Nos termos da Diretiva 2004/113/CE: “1. Dentro dos limites das competências da Comunidade, a presente diretiva é aplicável a todas as pessoas que forneçam bens e prestem serviços disponíveis ao público, independentemente da pessoa em causa, tanto no sector público como no privado, nomeadamente organismos públicos, e que sejam oferecidos fora do quadro da vida privada e familiar e das transações efetuadas nesse contexto. 2. A presente diretiva em nada prejudica a liberdade de cada indivíduo escolher o outro contraente, desde que essa escolha não seja motivada pelo sexo a que esse contraente pertence.”

³⁰³ “(...) la referencia a la disponibilidad para el público nos permite excluir del ámbito de aplicación de la norma las transacciones o prestaciones que se realicen en ámbito estrictamente privado y familiar, como por ejemplo, el alquiler de una vivienda de vacaciones a un miembro de la familia, o el de una habitación en una casa particular. De esta forma, se entiende que el ámbito de aplicación de la nueva regulación se restringe a los bienes y servicios que se ofrecen habitualmente mediante pago. De acuerdo con ello, el concepto de bienes y servicios disponibles para el público puede englobar el acceso a locales en los que se permita la entrada al público; todos los tipos de vivienda (incluída la de alquiler y el alojamiento en hoteles); servicios como los bancarios, de seguro, y otros servicios financieros; el transporte y los servicios de cualquier profesión u oficio.” Segundo destaca Aguilera Rull, a partir de uma análise da exposição de motivos que justificaram a edição da Diretiva 2004/113/CE, o conceito de bens e serviços disponíveis para o público abrange “o acesso a

Os preceitos normativos contidos no artigo 3º, da Diretiva 2004/113/CE³⁰⁴, e repetidos pelas legislações internas de Portugal, Espanha e Alemanha, não devem ser interpretados de forma literal e isolada, sob pena de induzir o intérprete à indevida conclusão de que somente aquelas hipóteses estariam excetuadas da proibição de discriminação em razão do sexo. Uma interpretação literal poderia conduzir a resultados indesejáveis, uma vez que existem outras inúmeras e relevantes situações em que o tratamento diferenciado será considerado permitido. Por esse motivo, para que haja uma interpretação adequada, indispensável que os preceitos normativos contidos no artigo 3º, da Diretiva 2004/113/CE sejam analisados conjuntamente com as considerações introdutórias à Diretiva, em especial, aquelas contidas em seu item 16, segundo as quais serão consideradas lícitas as diferenças de tratamento justificadas por um objetivo legítimo. Nos termos da Diretiva:

As diferenças de tratamento só podem ser aceites se forem justificadas por um objetivo legítimo. Pode considerar-se um objetivo legítimo, por exemplo, a protecção de vítimas de violência relacionada com o sexo (em casos como o estabelecimento de centros de acolhimento para pessoas do mesmo sexo), motivos de privacidade e decência (em casos como o fornecimento de alojamento por uma pessoa numa parte da sua própria casa), a promoção da igualdade dos sexos ou dos interesses de homens e mulheres (por exemplo, organizações voluntárias de pessoas do mesmo sexo), a liberdade de associação (por exemplo, clubes privados reservados a pessoas do mesmo sexo) e a organização de actividades desportivas (por exemplo, acontecimentos desportivos para pessoas do mesmo sexo). Qualquer limitação deve, no entanto, ser adequada e necessária de acordo com os critérios decorrentes da jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. (CONSELHO DA UNIÃO EUROPÉIA, 2004)

As considerações introdutórias à Diretiva 2004/113/CE trazem em seu conteúdo a regra geral de que somente serão admissíveis as diferenças de tratamento que puderem ser justificadas pela existência de um objetivo legítimo. Essa é a lógica que também norteia o artigo 4º, da Diretiva 2004/113/CE, segundo o qual, não se exclui a possibilidade de que bens e serviços sejam prestados exclusivamente ou prioritariamente aos membros de um dos sexos,

locais em que se permite a entrada do público”, “todos os tipos de moradia, incluídas a de aluguel e alojamento em hotéis”, “serviços bancários, de seguros e outros serviços financeiros” “transporte” e “os serviços de qualquer profissão ou ofício ofertados ao público”. (AGUILERA RULL, 2009)

³⁰⁴Artigo 3º - Âmbito de aplicação - 1. Dento dos limites das competências da Comunidade, a presente directiva é aplicável a todas as pessoas que forneçam bens e prestem serviços disponíveis ao público, independentemente da pessoa em causa, tanto no sector público como no privado, nomeadamente organismos públicos, e que sejam oferecidos fora do quadro da vida privada e familiar e das transacções efectuadas nesse contexto. 2. A presente directiva em nada prejudica a liberdade de cada indivíduo escolher o outro contraente, desde que essa escolha não seja motivada pelo sexo a que esse contraente pertence. 3. A presente directiva não é aplicável ao conteúdo dos meios de comunicação e de publicidade nem ao sector da educação. 4. A presente directiva não é aplicável a questões de emprego e profissão. A presente directiva não é aplicável às questões relativas ao trabalho não assalariado, na medida em que essas matérias são reguladas por outros actos legislativos comunitários.

desde que justificado por um objetivo legítimo e os meios para atingir esse objetivo forem adequados e necessários.³⁰⁵ A Diretiva 2004/113/CE, portanto, tem como principal objetivo, conciliar a necessidade de proteção e promoção da igualdade no âmbito das relações jurídicas entre particulares sem se descuidar da necessária proteção aos princípios da autonomia privada, liberdade contratual e liberdade de iniciativa.

De forma geral, ambas as Diretivas do Conselho da União Europeia, destacam que, em circunstâncias muito específicas, podem ser justificadas as diferenças de tratamento, desde que o fator adotado como critério para a discriminação, tais com a religião, convicções, deficiência, sexo, idade, orientação sexual ou origem racial ou étnica, possam ser justificados pela realização de objetivos legítimos e proporcionais.³⁰⁶ As Diretivas Comunitárias, portanto, incorporam a ideia de que deve existir coerência e lógica entre o tratamento diferenciado e o fim perseguido, bem como a necessidade de que o tratamento diferenciado esteja relacionado à promoção de uma finalidade ou objetivo constitucionalmente desejado.

Analisado o conteúdo das diretivas comunitárias relativas à eficácia do princípio da igualdade nas relações jurídicas entre particulares, indispensável proceder à análise dos preceitos normativos contidos na legislação antidiscriminatória alemã, que certamente constitui um marco em matéria de regulamentação da eficácia do princípio da igualdade e da correlata proibição de discriminação nas relações jurídicas entre particulares, a qual foi profundamente influenciada pelo direito antidiscriminatório norteamericano, bem como aqueles contidos nas legislações antidiscriminatórias portuguesa e espanhola, que também representam avanço em matéria de tutela do princípio da igualdade nas relações jurídicas entre particulares.

³⁰⁵ Em igual sentido preceitua o artigo 3º da Lei Portuguesa 18/2004, que “*Não se considera discriminação o comportamento baseado num dos factores indicados nas alíneas anteriores, sempre que, em virtude da natureza das actividades em causa ou do contexto da sua execução, esse factor constitua um requisito justificável e determinante para o seu exercício, devendo o objectivo ser legítimo e o requisito proporcional.*” Em Espanha, o artigo 4.2, do anteprojeto prevê que; “*No se considera discriminación la diferencia de trato basada en alguna de las causas previstas en el apartado primero del artículo dos de esta Ley derivada de una disposición, acto, criterio o práctica que pueda justificarse objetivamente por una finalidad legítima y como medio adecuado, necesario y proporcionado para alcanzarla.*”

³⁰⁶ Conforme estabelecido pelo item 23, das considerações introdutórias da Diretiva 2000/43/CE, “*Em circunstâncias muito limitadas, podem justificar-se diferenças de tratamento sempre que uma característica relacionada com a religião ou as convicções, com uma deficiência, com a idade ou com a orientação sexual constitua um requisito genuíno e determinante para o exercício da actividade profissional, desde que o objetivo seja legítimo e o requisito proporcional.*”

5.2 Legislações de tratamento igualitário dos Estados Europeus

A Lei Geral de Tratamento Igualitário (AGG), vigente na Alemanha, constitui o mais amplo e relevante diploma normativo destinando a disciplinar a aplicabilidade do princípio da igualdade nas relações jurídicas entre particulares, seja pelo fato de não se limitar às relações jurídicas laborativas, estendendo sua eficácia às demais relações jurídicas de direito privado, seja pelo fato de não se restringir ao combate da discriminação com base da raça ou origem étnica, ampliando seu lastro protetivo para o combate das práticas discriminatórias baseadas no sexo, idade, deficiência, religião, identidade sexual, dentre outros traços distintivos.³⁰⁷

A legislação alemã preceitua em seu artigo 2º, que suas disposições são aplicáveis, além das relações laborativas, às relações jurídicas que se destinem a promover o acesso e fornecimento de bens ou serviços oferecidos ao público, inclusive o acesso à moradia.³⁰⁸ Ao tratar das relações jurídicas privadas não laborativas, a Lei Geral de Tratamento Igualitário estabelece no artigo 19, que nas relações privadas, será considerada ilícita toda discriminação baseada na raça, origem étnica, o sexo, a religião, a deficiência, a idade ou identidade sexual, constatadas: a) nos contratos de massa, assim compreendidos aqueles que se concretizam de forma frequente, sem levar em conta a pessoa do contratante; b) nos contratos semelhantes aos contratos de massa, que se realizam de forma frequente, em que a pessoa do contratante tenha relevância secundária; e, por fim, c) nos contratos relacionados à atividade securitária.

As proibições de tratamento discriminatório contidas na legislação alemã somente são aplicáveis aos casos em que há oferta de bens e serviços ao público em geral, razão pela qual não se aplicam àquelas situações em que o particular oferece o bem ou serviço a determinada ou determinadas pessoas. Essa limitação de objeto contida na legislação alemã indica que seus preceitos se destinam às relações jurídicas de natureza consumerista, em que predominam os contratos de massa, nos quais a pessoa do contratante não possui ou possui pouca relevância. Nesta última situação estão compreendidos aqueles negócios jurídicos que, a despeito de celebrados de forma massiva, dependem que o contratante atenda a determinados requisitos

³⁰⁷ Segundo destaca Cerdá Martínez-Pujalte: “La ley alemana tiene, sin embargo, un alcance más amplio: con algunas excepciones, su finalidad es prohibir con carácter general, todas las discriminaciones llevadas a cabo en el ámbito laboral y civil que se basen en la raza, el origen étnico, el sexo, la religión o la concepción ideológica del mundo, la edad, una incapacidad o la identidad sexual.” (CERDA MARTINEZ-PUJALTE, 2009, p. 276)

³⁰⁸ Conforme aduz Cerdá Martínez-Pujalte: “Ahora bien, la AGG no es aplicable a todos los ámbitos jurídicos y económicos, ni tampoco prohíbe todas las discriminaciones. En primer lugar, exclusivamente prohíbe las discriminaciones basadas en determinadas circunstancias relevantes. Y en segundo lugar, únicamente prohíbe las discriminaciones cuando tienen lugar en determinadas situaciones y bajo determinados requisitos.” (CERDA MARTINEZ-PUJALTE, 2009, p. 279)

mínimos, como ocorre nos contratos de natureza financeira, nos quais a prova de solvência é indispensável. Cerdá Martínez-Pujalte, ao analisar a legislação alemã, destaca que a aplicação das proibições estabelecidas pela legislação alemã, ocorrerá naqueles:

(...) negócios que tipicamente cheguem a efeito sem ter em conta a pessoa. Isto que dizer que aquele cuja oferta se dirija a uma pessoa em concreto não cai dentro da proibição de discriminação. Este requisito se cumpre normalmente dentro da economia de consumo ou dos serviços estandarizados, assim, por exemplo, o comércio minorista, na gastronomia, na venda pela internet, nos transportes públicos, etc. onde se conclui contratos com cada pessoa que possa e queira pagar o preço estipulado e que aceite as condições da parte oferente (CERDÁ MARTINEZ-PUJALTE, 2008, p. 296, tradução nossa).³⁰⁹

Cerdá Martínez-Pujalte, reconhece que, mesmo nos contratos de massa, não é possível garantir que estes serão celebrados sob idênticas condições, dada a possibilidade que o contratante, em razão de sua habilidade para negociar, consiga modificar o preço ou outras condições contratuais, de modo a não prevalecer o tratamento igualitário entre os contratantes. Nestas hipóteses, seria possível se sustentar que os demais contratantes, não beneficiados pelas condições contratuais mais favoráveis exijam, em nome do princípio da igualdade, a modificação de seu contrato de modo a lhe assegurar idênticas condições de contratação? Sustentar esse entendimento permitiria aos contratantes que se sentissem prejudicados, alegando a existência de um tratamento diferenciado, requerer a revisão contratual, colocando em risco a segurança jurídica dessas relações jurídicas. A defesa de uma rígida e inflexível eficácia do princípio da igualdade, mesmo no âmbito das relações consumeristas, além de desproporcional, poderia proporcionar uma absurda insegurança jurídica nestas relações jurídicas.³¹⁰

A Lei Geral de Tratamento Igualitário alemã (AGG) preceitua de forma expressa que as diferenças de tratamento motivadas pela religião, deficiência, idade, identidade sexual ou sexo não serão consideradas ilícitas e, portanto, admitidas, desde que justificadas por motivos objetivos. A legislação alemã ainda prevê que são admissíveis as diferenças de tratamento nas

³⁰⁹ Conforme original: “negocios que típicamente lleguen a efecto sin tener en cuenta la persona. Esto quiere decir que aquel que con su oferta se dirija a una persona en concreto no cae dentro de la prohibición de discriminación. Este requisito se cumple normalmente en el ámbito de la economía de consumo o de los servicios estandarizados, así por ejemplo en el comercio minorista, en la gastronomía, en la venta por internet, en los transportes público, etc., en donde se concluyen contratos con cada persona que pueda y quiera pagar el precio estipulado y que acepta las condiciones de la parte oferente.”

³¹⁰ Conforme destaca CERDÁ MARTINEZ-PUJALTE: *En estos casos también los contratos han de ser concluidos bajo condiciones similares. Y será insignificante el hecho de que un contratante en especial, debido a su especial habilidad en la negociación contractual, consiga mejores condiciones. Lo importante es que, por regla general, el negocio se lleve a cabo con todos los contratantes bajo condiciones equivalentes.* (CERDÁ MARTINEZ-PUJALTE, 2008, p. 296, tradução nossa)

seguintes situações: a) quando se destine a evitar riscos, prevenir danos, ou motivo similar; b) quando indispensável para proteger a intimidade, privacidade, segurança pessoal do contratante ou uma relação de proximidade ou confiança entre os contratantes; c) quando ofereça vantagens especiais a pessoas em situações em que não haja interesse em se exigir a igualdade de tratamento; d) quando esteja fundada na convicção religiosa da pessoa; e) nas relações jurídicas de natureza familiar ou de sucessão hereditária. Por fim, apesar de não expressamente prevista na norma exceptiva da legislação alemã, consideram-se admissíveis as diferenças de tratamento decorrentes da liberdade associativa.³¹¹

A legislação antidiscriminatória alemã, ao disciplinar os contratos de seguro privados, destaca no apartado 2, de seu artigo 20, não serem consideradas ilícitas as discriminações fundadas no sexo, idade, deficiência, identidade sexual ou religião do contratante, desde que estes fatores sejam determinantes para mensuração do risco contratual, de modo a justificar, com base em dados estatísticos ou atuariais comprovados, a adoção de condições contratuais diferenciadas, não sendo admissível que haja a fixação de custos contratuais diferenciados por motivos relacionados à gravidez ou maternidade.³¹² O dispositivo leva em consideração o fato de que fatores como sexo, idade, dentre outros, podem influenciar diretamente nos riscos contratuais, majorando ou reduzindo-os, de modo que, considerá-los, poderá assegurar que cada contratante arque apenas com custos contratuais compatíveis e equivalentes com sua condição.

Fora estas situações descritas, a legislação alemã estabelece que nas demais relações jurídicas entre particulares, em que há a oferta de bens ou serviços ao público em geral, a princípio, somente estarão proibidas as discriminações baseadas na raça ou origem étnica do contratante, exceto nas relações locatícias. Nestas, caso o locador não ofereça seu imóvel ao público em geral, o fazendo de forma direcionada a determinados contratantes, não estaria submetido à proibição de discriminação estabelecida pela Lei de Tratamento Igualitário alemã.³¹³ A doutrina alemã tem reconhecido ser inadequado restringir o direito do locador de

³¹¹ A exceção à aplicação do princípio da proibição de discriminação às relações associativas encontra-se expressamente prevista na Diretiva 2004/113/CE. Ademais, essa exceção também pode ser extraída da própria essência das relações associativas, em que predomina a identidade de interesses entre os associados, bem como aspectos de proximidade e privacidade.

³¹² Conforme destaca Aguilera Rull: “*En todo caso considero muy acertada la prohibición de imponer los costes derivados del embarazo y la maternidade a las mujeres. Este tipo de decisiones legislativas son coherentes con la idea de corresponsabilidad de hombres e mujeres por los hijos, que esta imponiendose cada vez mas tanto en el derecho laboral, como en el derecho de familia.*” (AGUILERA RULL, 2009, p. 163)

³¹³ Conforme Artigo 19, Item 5: “*The provisions set out in Part 3 shall not apply to civil-law obligations where the parties or their relatives are closely related or a relationship of trust exists. As regards tenancy, this may in particular be the case where the parties or their relatives use housing situated on the same plot of land. The rental of housing for not only temporary use shall generally not constitute business within the meaning of*

ofertar seu imóvel a determinadas pessoas e livremente escolher o locatário, no exercício de sua autonomia e liberdade de contratação.

A legislação alemã preceitua, portanto, importantes exceções à eficácia do princípio da igualdade nas relações jurídicas entre particulares e sua correlata proibição de discriminação, as quais devem ser objeto de análise pormenorizada, de modo a verificar em que medida elas podem ser adotadas ou contribuir para a construção de critérios interpretativos com o objetivo de eliminar ou, ao menos, reduzir, as margens de subjetividade das decisões acerca da eficácia do princípio da igualdade nas relações jurídicas entre particulares, conferindo maior previsibilidade e segurança jurídica ao tráfico jurídico privado, conciliando a necessidade de proteção da igualdade com a proteção do núcleo da autonomia privada e dos espaços de livre desenvolvimento da personalidade humana.

A primeira exceção contida na legislação alemã é aquela relativa às relações jurídicas entre particulares em que o tratamento diferenciado se destine a evitar riscos, prevenir danos ao contratante, ou motivos similares. Nesta situação estão incluídos todo e qualquer tipo de tratamentos diferenciados que tenham o legítimo objetivo de eliminar os riscos e perigos existentes à pessoa do contratante ou aos seus bens jurídicos. Desse modo, com base nessa exceção legal, permite-se, por exemplo, ao dono de um parque de atrações impedir que pessoas de determinada idade, altura ou portadoras de doenças ou deficiência de usufruam determinadas atrações que possam comprometer sua integridade, saúde ou vida, bem como exigir que determinadas pessoas, por motivos específicos, sejam acompanhadas por outras. Não configurariam condutas discriminatórias o prévio estabelecimento de idade mínima, altura ou de comprovação de aptidão física ou clínica para a prática de determinadas atividades, uma vez que as exigências, além de justificáveis, destinam-se à tutela da pessoa discriminada.

A segunda exceção contida na legislação alemã é aquela atinente às relações jurídicas entre particulares caracterizadas pela indispensável necessidade de se proteger a intimidade, privacidade, segurança pessoal do contratante ou privilegiar as relações de proximidade ou confiança entre os contratantes. Nesta situação põe-se de manifesto a preocupação de que a exigência de um tratamento igualitário poderia, em algumas situações, implicar serio comprometimento ou lesão à intimidade, à privacidade ou segurança pessoal de um dos sujeitos contratuais, bem como desprezar as relações de proximidade ou confiança. Nesses

casos, as diferenciações devem se basear em motivos compreensíveis e razoáveis e as medidas adotadas devem ser adequadas para promoverem esse objetivo.

Enquadrar-se-iam nessa excludente, por exemplo, a recusa em se locar imóvel ou um quarto a pessoas de determinado sexo, de modo a garantir a intimidade dos demais locadores ou vizinhos, o estabelecimento de horários diferenciados de abertura de piscinas ou saunas para homens e mulheres, para proteção da privacidade, a abertura de academias destinadas a pessoas de determinado sexo, a limitação de clientela em razão do sexo em salões de beleza, barbearias, spas, ou mesmo a contratação de empregados domésticos.³¹⁴ Quanto à proteção da segurança pessoal, destaca Cerdá Martínez-Pujalte:

Igualmente as diferenciações por motivos de segurança pessoal devem basear-se em verdadeiras necessidades de segurança objetiva e razoável. Isto que dizer, sem embargo, segundo tem detalhado a doutrina alemã, que seja necessária a existência de ameaças. A existência de um perigo geral e objetivo de que se derive uma preocupação compreensível para a seguridade pessoal é suficiente. Estaria justificada, por exemplo, que no estacionamento de um centro comercial, que até o momento tem sido seguro, adotar medidas de proteção, como reservar determinados estacionamentos para mulheres, sobretudo nas horas da noite, porque as mulheres geralmente tem um maior perigo de serem vítimas de delitos, especialmente sexuais. Agora bem, tendo em conta o dito perigo, não estaria justificada, por exemplo, a medida que proíba todos os homens de entrar no dito centro comercial (CERDÁ MARTINEZ-PUJALTE, 2008, p. 310, tradução nossa).³¹⁵

A terceira exceção prevista na legislação alemã diz respeito às relações jurídicas entre particulares nas quais se ofereça vantagens especiais às pessoas em situações em que não haja interesse em se exigir a igualdade de tratamento. Nesta exceção estão incluídas as medidas conhecidas como discriminações positivas aplicáveis a determinadas categorias de pessoas que, por merecerem especial proteção em razão de sua idade, deficiência, sexo, recebem

³¹⁴ Destaca Cerdá Martínez-Pujalte: “*Por ejemplo, serían supuestos aquí incluidos los distintos horarios de apertura para hombres y mujeres de piscinas y saunas con la finalidad de proteger la esfera personal, o la reserva de determinados aparcamientos para mujeres durante la noche en los parkings por razones de seguridad. Naturalmente este apartado incluirá solo las diferenciaciones que sean por motivos comprensibles y razonables, y siempre que las medidas adoptadas sean adecuadas para ese objetivo. Por ejemplo, en una piscina privada es necesario para proteger la esfera personal que haya vestidores separados por sexos, ahora bien sería una exageración y por tanto no estaría ya justificado el que por ejemplo a un niño de dos años que va con su madre no se le permitiera entrar en el vestidor de mujeres acompañando a su madre*”. (CERDÁ MARTINEZ-PUJALTE, 2008, p. 310)

³¹⁵ Conforme original: “*Igualmente las diferenciaciones por motivos de seguridade personal deben, basarse en verdaderas necesidades de seguridade objetiva y razonable. Esto no quiere decir, sin embargo, según há detallado la doctrina alemana, que sea necesaria la existencia de amenazas. La existencia de un peligro general objetivo del que se derive una preocupación comprensible para la seguridade personal es suficiente. Estaría justificada, por ejemplo, que en el aparcamiento de un centro comercial, que hasta el momento ha sido seguro, adoptar medidas de protección, como reservar determinados aparcamientos para mujeres, sobre todo en las horas de la noche, porque las mujeres generalmente tienen un mayor peligro de ser víctimas de delitos, especialmente sexuales. Ahora bien, teniendo en cuenta dicho peligro, no estaría justificada por ejemplo la medida que prohibiera a todos los hombres entrar en dicho centro comercial.*”

tratamento diferenciado justamente pelo fato de não existir interesse que lhes seja deferido tratamento igualitário. A doutrina alemã costuma destacar os casos de especiais descontos que são conferidos às pessoas idosas ou a estudantes.

Normalmente, estes tratamentos diferenciados estão previstos em normas específicas destinadas a tutelar os interesses dessas pessoas, de modo que os particulares, nas suas relações jurídicas privadas, não possuem liberdade para atuarem de forma distinta, uma vez que vinculados à observância de uma obrigação legal. Nestas circunstâncias não seria possível aos outros contratantes exigir que lhes sejam deferidos tratamento igualitário. De todo modo, essa lógica poderia se aplicar às situações em que não haja normas jurídicas estabelecendo o tratamento diferenciado, como no caso do hotel que tem como prática colocar pessoas idosas nos andares inferiores, objetivando facilitar sua acessibilidade e mobilidade.

A quarta exceção contida na legislação alemã diz respeito aos casos em que o tratamento diferenciado esteja fundamentado na convicção religiosa da pessoa do contratante. Nesta hipótese se esta diante da tutela do direito geral de liberdade, especificamente da liberdade de crença e religião. Com base no exercício da liberdade de religião seria lícito ao proprietário se recusar a locar seu imóvel a uma pessoa que desenvolva atividade contrária às suas convicções religiosas, ou mesmo, que se recuse a locá-lo para uma pessoa que professe determinada religião.

Para que a recusa em se celebrar um negócio jurídico em razão da convicção religiosa de um dos contratantes seja legítima, indispensável que haja conflito concreto entre a liberdade de consciência religiosa e o conteúdo do contrato, ao ponto de, a proibição de discriminação e a consequente obrigatoriedade em contratar, afrontar à liberdade de um dos contratantes, inclusive violando o direito de livre desenvolvimento de sua personalidade.³¹⁶ Cerdá Martínez-Pujalte destaca que a liberdade de crença e religião não pode servir como subterfúgio para justificar todo e qualquer tratamento diferenciado, sendo necessário o efetivo e concreto conflito de consciência decorrente da obrigação em se contratar com determinada pessoa, ao assim se manifestar:

Agora isso não significa que qualquer pessoa possa alegar motivos religiosos para justificar um tratamento diferenciado. É necessária a existência de um conflito concreto e objetivo de consciência como consequência da pressão para violar ou contrariar determinados convencimentos pessoais. Somente neste caso estaria

³¹⁶ Há autores que sustentam, sob a perspectiva da tutela da liberdade de crença e religião, ser lícito que alguém se recuse a contratar uma pessoa em razão de sua crença religiosa, apontando como exemplo, o caso da pessoa que se recusa a contratar como empregado doméstico pessoa que professe crença religiosa diversa da sua ou contrária às suas convicções religiosas, ou mesmo o caso de uma escola católica que se recusa a contratar uma professora umbandista ou atéia. (NOVAIS, 2007; CERDA MARTINEZ-PUJANTE, 2008)

justificado o tratamento diferenciado, tendo em conta que no dito caso, uma pressão para manutenção da proibição de discriminação civil, seria danosa. A representação da existência de um conflito concreto e objetivo corresponde e obriga a parte que discrimina. A justificação (...) não se estende somente às diferenciações que por motivos religiosos são realizadas por pessoas naturais, mas também aos negócios de comunidades e associações religiosas (CERDÁ MARTINEZ-PUJALTE, 2008, p. 312, tradução nossa).³¹⁷

A quinta exceção contida na legislação alemã diz respeito às relações jurídicas de natureza familiar ou de sucessão hereditária. A norma exceptiva levou em consideração que as relações familiares e sucessórias se diferenciam substancialmente das demais relações jurídicas entre particulares, em especial, pelo fato de estarem permeadas por aspectos relativos à intimidade, privacidade e afetividade entre as pessoas envolvidas. No âmbito do direito das sucessões, a norma exceptiva assegura ao testador a liberdade de distribuir seus bens de acordo com sua vontade e desejos pessoais, sem se preocupar com a necessidade de observar o dever de tratamento igualitário ou justificar eventuais preferências entre os beneficiários, desde que a liberdade de testar não viole outros princípios constitucionais, tal como, a dignidade da pessoa humana.³¹⁸ Sobre a liberdade para testar, destaca Cerdá Martínez-Pujalte que:

No que diz respeito às relações sucessórias, a exclusão que faz o parágrafo 19.4 da AGG significa que o testador pode fazer uso de sua liberdade de testar, que é simplesmente expressão de sua própria liberdade pessoal depois de sua morte, sem limitação por parte da proibição civil de discriminação e desta forma pode dispor de seu legado, sem que seja necessário ajustar a sucessão de seu patrimônio às convicções sociais gerais ou aos valores da maioria. Tampouco se encontra compelido a um tratamento igualitário entre seus descendentes. Se entende portanto sem restrição a liberdade de testamento, o ordenamento jurídico tampouco permite que a liberdade de testar seja sem limite algum. Assim um testamento ou contrato de herança, em casos muito especiais, podem ser nulos por contrários a moral, segundo o parágrafo 138 do BGB e para dizer o que é contrário a moral há que se aplicar os valores constitucionais fundamentais (CERDA MARTINEZ-PUJALTE, 2008, p. 303, tradução nossa).³¹⁹

³¹⁷ Conforme original: *“Ahora bien ello no significa que cualquiera pueda alegar motivos religiosos para justificar un tratamiento diferenciado. Es necesaria la existencia de un conflicto concreto y objetivo de conciencia como consecuencia de la presión de violar o contravenir determinados convencimientos personales. Solamente en este caso estaría justificado el tratamiento diferenciado, teniendo en cuenta que en dicho caso, una presión para el mantenimiento de la prohibición de discriminación civil, sería dañina. La representación de la existencia de un conflicto concreto y objetivo corresponde y obliga a la parte que discrimina. La justificación a que hace referencia este artículo no se extiende sólo a las diferenciaciones que por motivos religiosos son realizadas por personas naturales, sino también a los negocios de comunidades y asociaciones religiosas.”*

³¹⁸ Seria o caso do pai que destina todos os bens a um único filho e deixe o outro em condições de miserabilidade, ou que realize tratamentos diferenciados em relação aos filhos ao ponto daquele que for preterido ser conduzido a uma situação pública de vexação, degradação ou humilhante, em especial se o tratamento diferenciado não encontrar amparo em qualquer objetivo que se repute legítimo.

³¹⁹ Conforme original: *“Por lo que se respecta a las relaciones sucesorias, la exclusión que hace el parágrafo 19.4 AGG significa que el testador puede hacer uso de su libertad de testar, que es simplemente expresión de su propia libertad personal después de su muerte, sin limitación por parte de la prohibición civil de*

A última exceção à proibição de discriminação no âmbito das relações jurídicas entre particulares é a relacionada aos contratos de seguro privados. Nos termos da legislação alemã não serão consideradas ilícitas as discriminações fundadas no sexo, idade, deficiência, identidade sexual ou religião do contratante, desde que quaisquer destes fatores, sejam determinantes para mensuração do risco contratual, de modo a se justificar, com base em dados estatísticos ou atuariais comprovados, o tratamento diferenciado. Essa regra exceptiva, seguindo a lógica que permeia toda a legislação antidiscriminatória alemã, não será adotada para justificar custos contratuais ou tratamentos diferenciados baseados na raça ou origem étnica do contratante, prática expressamente vedada.³²⁰

Outra exceção à proibição de discriminação nas relações jurídicas entre particulares, não expressamente contida na norma exceptiva, mas que pode ser extraída a partir de uma análise sistemática das diretivas europeias e da legislação antidiscriminatória alemã, é aquela relativa ao exercício da liberdade associativa. O ordenamento jurídico não pode ter a pretensão de restringir a liberdade do indivíduo de fazer certas escolhas, de conduzir sua vida conforme sua vontade ou desejos, bem como de constituir associações ou delas participar segundo sua vontade, interesses, ideologias ou preferências, filiar-se ou desfilhar-se de acordo com suas visões de mundo, sendo inexigível que seja obrigado a conformar suas condutas a todos os preceitos constitucionais, sob pena de aniquilamento da autonomia privada e liberdade individual. É nesse sentido que Sarmiento destaca a necessidade de se imunizar determinados espaços da existência humana da incidência das normas constitucionais, prelecionando que:

(...) imunizando a ação privada do alcance das proibições constitucionais, impede-se que a Constituição atinja a liberdade individual – denegando aos indivíduos a

discriminación, y de esta forma puede disponer de su legado, sin que sea necesario ajustar la sucesión de su patrimonio a las convicciones sociales generales o a los valores de la mayoría. Tampoco se encuentra compelido a un tratamiento igualitario entre sus descendientes. Se entiende por tanto sin restricción la libertad de testamento, ahora bien el ordenamiento jurídico tampoco permite que la libertad de testar sea sin límite ninguno. Así un testamento o contrato de herencia, en casos muy especiales, pueden ser nulos por ser contrarios a la moral según el parágrafo 138 BGB, y para decidir lo que es contrario a la moral hay que aplicar los valores constitucionales fundamentales.”

³²⁰ Destaca Cerdá Martínez-Pujalte, que “Como frecuentemente estos seguros suelen cubrir riesgos de vida básicos, la negativa a concluir el contrato puede tener importantes consecuencias para los afectados. Por lo tanto este apartado trae a colación la necesidad social de impedir determinadas diferenciaciones injustificadas, que se basen en alguno de las características mencionadas por este parágrafo que estamos analizando, en cuanto a la elección de los asegurados, así como del propio contenido de los contratos de seguros. Ahora bien, no caerían bajo el ámbito de la prohibición aquellos supuestos en que el tratamiento diferenciado sea a causa de alguna de las características mencionadas, cuando la consideración de dicha característica se deriva de un principio reconocido, y es seguida de un análisis de riesgo adecuado, que se basa en datos matemáticos y estadísticos exactos.” (CERDA MARTINEZ-PUJALTE, 2008, p. 298)

liberdade de fazer certas escolhas, como as de com que pessoas se associar. Essa liberdade é básica dentro de qualquer concepção de liberdade, mas ela seria perdida se os indivíduos tivessem de conformar sua conduta às exigências constitucionais (SARMENTO, 2006, p. 189).

Sob a perspectiva da legislação antidiscriminatória alemã, se os riscos contratuais de determinada pessoa ao contratar um seguro de vida, saúde, automóvel ou renda são maiores do que de outra, em razão de quaisquer fatores diferenciadores, não seria possível cogitar a violação ao princípio da igualdade, haja vista que a diferenciação e o tratamento distinto decorrerão de justificações razoáveis e lógicas, ou seja, assentadas na proporcionalidade entre os meios empregados e os fins almejados.³²¹ Ademais, conforme destaca Sanches Delgado, é importante notar que:

Nos últimos tempos, os avanços científicos, no âmbito matemático e estatístico, tem oferecido às entidades seguradoras a possibilidade de contar com mecanismos que classifiquem os riscos, oferecendo assim uma melhora do conhecimento dos fatores que influem nas variações da sinistralidade. Ao segurador não passou despercebido que o gênero é um fator decisivo nas flutuações econômicas que supõe seus riscos. Se bem pode se pensar que a utilização do conhecimento dos riscos através das análises técnico atuariais beneficia as companhias de seguros, o certo é que obter uma prestação equitativa dota a seguradora de uma maior fortaleza na hora de afrontar seus riscos, com o que o segurado conta com um maior respaldo financeiro em caso de se produzir o sinistro (SANCHEZ DELGADO, 2008, p. 9, tradução nossa).³²²

As situações excetuadas pelo artigo 20, da Lei Geral de Tratamento Igualitário alemã, possuem como traço comum o fato de que os tratamentos diferenciados descritos, em regra, não tem como objetivo conferir tratamento degradante ou indigno à pessoa do contratante, com base em quaisquer dos fatores diferenciadores previstos pela legislação alemã. Não se tratam de hipóteses taxativas em que a diferenciação é permitida, haja vista que, a análise da licitude do tratamento diferenciado deverá levar em consideração as especificidades do caso

³²¹ Em idêntico sentido se manifestou a Corte Constitucional Colombiana na Sentença C-083/96, na qual ficou assentado que: *“El establecer formas de diferenciación y tratos distintos no genera necesariamente una desigualdad y por ende una discriminación, pues la igualdad sólo se vulnera cuando la diferencia no es el resultado de una justificación razonable y lógica, producto de un estudio serio de proporcionalidad entre los medios empleados y la medida considerada.”* (SILVA, 2008)

³²² Conforme original: *“En los últimos tempos, los avances científicos, en el ámbito matemático y estadístico, han ofrecido a las entidades aseguradoras la posibilidad de contar con mecanismos que clasifiquen los riesgos, ofreciendo así una mejora del conocimiento de los factores que influyen en las variaciones de la siniestralidad. Al asegurador, no le ha pasado despercebido que el género es un factor decisivo en las flutuaciones económicas que suponen sus riesgos. Si bien puede pensarse que la utilización del conocimiento de los riesgos a través de los análisis técnico-actuariales beneficia a las compañías de seguros, lo cierto es que obtener una prima equitativa dota a aseguradora de una mayor fortaleza a la hora de afrontar sus riesgos, con lo que el asegurado cuenta con un mayor respaldo financiero en caso de producirse el siniestro.”*

concreto, sendo possível, portanto, desde que exista justificativa objetiva e razoável, estender a outras situações não expressamente disciplinadas pela norma exceptiva da legislação alemã.

A norma exceptiva não contempla a possibilidade de adoção de comportamentos discriminatórios alicerçados na raça ou origem étnica, haja vista que estes fatores são presumidamente odiosos e atentatórios a dignidade da pessoa humana, razão pela qual, dificilmente será possível encontrar uma justificativa objetiva e razoável para tornar admissível diferenciação baseada na raça ou origem étnica de um dos contratantes. Cerdá Martinez-Pujalte sustenta ser possível admitir, em hipóteses muito extremas, a diferenciação baseada na raça ou origem étnica sem que implique tratamento degradante. Exemplifica sustentando a admissibilidade de que o proprietário se recuse a locar seu imóvel a um estrangeiro sob o receio de que este, exercendo seu direito de acesso à informação, promova indesejadas alterações na fachada externa do imóvel locado para promover a instalação de antenas parabólicas.³²³

Em Portugal, as Leis 18 de 2004 e 14 de 2008, promoveram a incorporação dos preceitos normativos contidos nas Diretivas 2000/43/CE e 2004/113/CE, para considerar discriminatórias e proibidas, as práticas de recusa de fornecimento ou impedimento de fruição de bens ou serviços, bem como de recusa de acesso a locais públicos ou abertos ao público, em razão de raça, origem, sexo. A Lei 18 de 2004 preceitua considerar-se discriminatórias as ações ou omissões que baseadas na raça, cor, nacionalidade ou origem étnica, que violem o princípio da igualdade, impliquem na recusa de fornecimento ou impedimento de fruição de bens ou serviços; impedimento ou limitação ao acesso e exercício normal de uma atividade econômica; recusa ou condicionamento de venda, arrendamento ou subarrendamento de imóveis; recusa de acesso a locais públicos ou abertos ao público; recusa ou limitação de acesso aos cuidados de saúde prestados em estabelecimentos de saúde públicos ou privados; recusa ou limitação de acesso a estabelecimento de educação ou ensino público ou privado. Não será, todavia, considerado discriminatório, o comportamento baseado na raça, origem, sempre que, em virtude da natureza das atividades em causa ou do contexto da sua execução, quaisquer desses fatores sejam justificáveis e determinantes para o seu exercício, desde que o objetivo perseguido seja legítimo e o requisito proporcional.

Por sua vez, a Lei 14 de 2008, objetivando combater a discriminação baseada no sexo, considera discriminatórias, as práticas ou cláusulas contratuais de que resulte recusa de fornecimento ou o impedimento da fruição de bens ou serviços; o fornecimento ou a fruição

³²³ CERDÁ MARTINEZ-PUJALTE, 2008, p. 305.

desfavoráveis de bens ou serviços; a recusa ou o condicionamento de compra, arrendamento ou subarrendamento de imóveis; a recusa ou o acesso desfavorável a cuidados de saúde prestados em estabelecimentos públicos ou privados. A referida legislação, diversamente do estabelecido pela Lei 18 de 2004, preceitua de forma expressa que suas disposições são inaplicáveis ao fornecimento de bens e serviços oferecidos no quadro da vida privada e familiar e ao fornecimento de serviços relacionados à educação. A Lei 14 de 2008 ainda estabelece não serem consideradas discriminatórias as diferenciações baseadas no sexo, quando este for utilizado como fator de cálculo nos contratos de seguros e outros serviços financeiros, desde que assentadas em avaliação do risco baseada em dados atuariais e estatísticos relevantes e rigorosos.

A Constituição de Espanha é expressa ao preceituar, em seu artigo 14, o princípio da igualdade e da proibição de discriminação, segundo o qual os espanhóis são iguais perante a lei, sem que possam prevalecer discriminações em razão da raça, nascimento, sexo, religião, opinião ou qualquer outra condição ou circunstância pessoal ou social. Incorporando alguns dos preceitos normativos contidos nas Diretivas 2000/43/CE e 2004/113/CE, editou-se a Lei Geral de Igualdade de Tratamento e não Discriminação, a Lei Orgânica n.º 3, de 2007, a qual tem por objetivo garantir a igualdade de tratamento entre homens e mulheres. Nos termos da Lei Orgânica espanhola, todas as pessoas físicas ou jurídicas, inclusive privadas, que ofereçam bens ou serviços disponíveis ao público, fora do âmbito da vida privada e familiar, estão obrigadas a respeitar o princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres.

A legislação espanhola, em nítida preocupação com a proteção à liberdade contratual e autonomia privada, que asseguram aos indivíduos o direito de contratar ou não, de eleger o outro contratante, bem como determinar o conteúdo do contrato, preceituou de forma expressa em seu artigo 69, que a proibição de discriminação quando há oferta de bens e serviços ao público, não afeta a liberdade de contratação ou a liberdade de eleger o outro contratante, somente sendo lícito discriminar-se em razão do sexo quando haja um propósito legítimo e desde que sejam utilizados meios adequados e necessários. Nesse sentido que se reconhece, por exemplo, a possibilidade de clubes privados, barbearias, salões de beleza, clínicas especializadas em saúde da mulher ou do homem, academias, restringirem a prestação de seus serviços apenas às pessoas de determinado sexo, inclusive como forma de assegurar e proteger a intimidade e a privacidade daquele determinado gênero. Existindo propósito legítimo a ser alcançado mediante a implementação do tratamento diferenciado, este deverá ser considerado lícito.

Os preceitos antidiscriminatórios das legislações alemã, portuguesa e espanhola são, portanto, aplicáveis às relações jurídicas privadas, quando há oferta de bens e serviços ao público, não estendendo seus efeitos às demais relações jurídicas entre particulares, principalmente às relações jurídicas concretizadas no âmbito da vida privada ou familiar, bem como nas relações jurídicas de natureza associativa e naquelas em que predominam aspectos relativos à intimidade, privacidade, lealdade, confiança. Mesmo nas relações em que há oferta de bens e serviços ao público em geral, caracterizadas pela oferta de bens ou serviços ao público, as legislações antidiscriminatórias alemã, portuguesa e espanhola, não consideram todo tratamento diferenciado como discriminação ilícita, ao considerar lícitos os tratamentos diferenciados que forem justificados por objetivos legítimos.³²⁴

A inaplicabilidade dos preceitos das legislações antidiscriminatórias às relações entre particulares que não possuam natureza consumerista, na visão de Vieira de Andrade, decorre do reconhecimento de que “o homem não é apenas um ser racional, nem é perfeito e a ética jurídica não pode pretender que ele o seja. A liberdade do homem individual inclui necessariamente uma margem de arbítrio, e também liberdade emocional.”³²⁵ Sarmiento, compartilhando desse entendimento, sustenta a irrazoabilidade em se exigir que os particulares, em suas relações jurídicas privadas, estejam vinculados os princípio da igualdade, ao assim prelecionar:

(...) não é razoável exigir, com base na isonomia, que um indivíduo trate de forma igual todos os seus vizinhos, pois ele tem o direito de gostar mais de alguns do que dos outros, de convidar alguns para sua casa e outros não, e seria totalitária a ordem jurídica que pretendesse imiscuir-se nesta questão. (...) Temos, como seres humanos, o direito inalienável de agir com base em nossos sentimentos pessoais, preferências subjetivas de foro íntimo, e até caprichos, e esta faculdade as autoridades públicas, num Estado de Direito, não podem possuir. (SARMENTO, 2006, p. 259).³²⁶

³²⁴ Conforme destaca Cerdá Martínez-Pujalte: “*Es innegable el carácter novedoso de esta ley alemana, que positiviza, por primera vez en Alemania, en una normativa general el principio de no discriminación en el ámbito de las relaciones jurídico privadas. La repercusión práctica de la misma es así mismo indudable, dado el alcance general y amplio contenido de la misma. Ello, sin embargo, no significa que la hasta ahora aplicada doctrina de la Drittwirkung de los derechos fundamentales vaya a perder en Alemania su justificación, ya que ciertos ámbitos no quedan regulados por la AGG, como por ejemplo, muchos contratos civiles individuales, esto es, aquellos que no sean considerados contratos en masa o asimilables a éstos.*” (CERDÁ MARTINEZ-PUJALTE, 2008, p. 314)

³²⁵ VIERA DE ANDRADE, 2009, p. 296.

³²⁶ Em igual sentido, Martin Martin que “*si el principio de igualdad tuviere plenitude de efectos entre los particulares, se afectaría seguramente su libertad, dado que un particular debe tener poder para dar un trato diferente a las personas aunque se encuentran entre ellas y respecto en ella misma situación; por tanto, no es antijurídico que en las relaciones privadas se otorgue un trato preferente a outro.*” (MARTIN MARTIN, 2011, p. 103)

As legislações antidiscriminatórias, portuguesa e espanhola também se dedicam a disciplinar os contratos de seguro privado ao estabelecer, em conformidade com a Diretiva 2004/113/CE, considerarem-se lícitos os tratamentos diferenciados baseados no sexo, desde que possam ser justificados em estudos científicos, estatísticos e atuariais que comprovem ser o sexo fator determinante e influenciador do risco contratual. A legislação antidiscriminatória alemã, inovando, optou por ampliar a disciplina dos contratos de seguro privado para também considerar lícitos os tratamentos diferenciados baseados em outros critérios, tais como idade, deficiência, religião, identidade sexual, desde que também possam ser justificados em estudos científicos, estatísticos e atuariais que comprovem ser o critério diferenciador adotado fator determinante e influenciador do risco contratual.

As legislações antidiscriminatórias, portanto, introduziram nos ordenamentos jurídicos alemão, português e espanhol, os preceitos contidos na Diretiva 2004/113/CE, os quais são expressos ao estabelecer em suas considerações que a utilização de fatores atuariais em razão do sexo, apesar de se tratar de prática comum no mercado de seguros e serviços financeiros, não deve implicar em diferenciações quanto ao valor dos prêmios, prestações ou benefícios individuais, exceto em situações em que o sexo for fator determinante na avaliação dos riscos contratuais segurados.^{327 328}

³²⁷ Conforme consta da Diretiva 2004/113/CE, “(18) A utilização de factores actuariais em função do sexo é generalizada na prestação de serviços de seguros e outros serviços financeiros. Por conseguinte, para garantir a igualdade de tratamento entre homens e mulheres, a consideração do sexo enquanto factor actuarial não deve resultar numa diferenciação nos prémios e benefícios individuais. Para evitar reajustamentos bruscos do mercado, a implementação desta regra só deve ser aplicável a novos contratos celebrados após a data de transposição da presente directiva. (19) Algumas categorias de riscos podem variar entre os sexos. Em certos casos, o sexo é um factor, mas não necessariamente o único factor determinante na avaliação dos riscos segurados. Para os contratos de seguros desses tipos de riscos, os Estados-Membros podem decidir autorizar derrogações à regra dos prémios e prestações unisexo, desde que possam assegurar que os dados actuariais e estatísticos em que se baseiam os cálculos são fiáveis, regularmente actualizados e postos à disposição do público. Só serão permitidas derrogações nos casos em que a legislação nacional ainda não tenha aplicado a regra unisexo. Cinco anos após a transposição da presente directiva, os Estados-Membros devem reanalisar a justificação para essas derrogações, tendo em conta os últimos dados actuariais e estatísticos e o relatório elaborado pela Comissão três anos após a data de transposição da presente directiva.”

³²⁸ A Diretiva 2004/113/CE ainda preceituou que a implementação da regra de proibição de adoção de fatores atuariais em função do sexo passaria a ser válida para os contratos celebrados após a transposição de seu conteúdo para os ordenamentos jurídicos internos de cada Estado-Membro, estabelecendo como prazo limite para a transição a data de 21 de dezembro de 2007 como forma de evitar reajustamentos bruscos de preços no mercado, exceto se o Estado-Membro permitisse expressamente em sua legislação a possibilidade de discriminação de preços de prêmios e prestações em razão do sexo do contratante. Nessa hipótese, estabeleceu-se para os Estados-Membros que optaram pela adoção da norma derogativa da proibição de discriminação, a obrigação de reavaliarem a viabilidade de manter a permissão de utilização do fator sexo, no prazo de 5 anos, a contar de 21 de dezembro de 2007. Segundo preceitos legais contidos no artigo 17 da Diretiva 2004/113/CE: “Os Estados-Membros devem pôr em vigor as disposições legislativas, regulamentares e administrativas necessárias para dar cumprimento à presente directiva até 21 de Dezembro de 2007. Os Estados-Membros devem comunicar imediatamente à Comissão o texto dessas disposições.”

Ao incorporarem em suas legislações antidiscriminatórias normas derogatórias da aplicabilidade da norma proibitiva de adoção do sexo como fator de cálculo de risco nos contratos de seguro e a consequente prática de preços de prêmios e prestações diferenciados para homens e mulheres, os Estados europeus preocuparam-se com os relevantes impactos econômicos que proibição da consideração do fator sexo para cálculo do risco contratual causaria de imediato no mercado de seguros europeu, decorrentes da necessidade das seguradoras se adequarem de imediato as novas normas, com reflexos diretos sobre o preço dos seguros. Esses impactos decorreriam do fato de se reconhecer que o fator sexo é relevante para a mensuração e determinação do risco contratual.³²⁹

5.3 Eficácia do princípio da igualdade na visão dos órgãos jurisdicionais europeus

Os órgãos jurisdicionais europeus têm atuado com parcimônia quando o assunto é a eficácia do princípio da igualdade no âmbito das relações jurídicas entre particulares, salvo no que tange às relações jurídicas de natureza trabalhista, nos casos em que há fornecimento de bens e serviços em regime de monopólio; quando há uma emissão pública e geral da vontade de contratar para o fornecimento de bens e serviços; ou quando a atividade privada for, de alguma forma, estimulada ou subsidiada pelo poder público, como nos casos das empresas fornecedoras de bens ou prestadoras de serviços sob o regime de concessão, permissão ou autorização, hipóteses que, por terem características muito específicas, demandam o reconhecimento da prevalência do princípio da igualdade sobre a autonomia privada.³³⁰

Os órgãos jurisdicionais europeus também se manifestado no sentido que de discriminações ocorridas no âmbito de relações jurídicas entre particulares fundadas critérios de raça, origem, ou etnia são presumidamente odiosas e suspeitas, e, portanto, inadmissíveis por contrariarem outros valores constitucionais, dentre eles, a dignidade da pessoa humana. Dessa forma, os tratamentos diferenciados somente seriam admitidos quando comprovada a existência de razões ou motivos justificáveis para o tratamento diferenciado, como ocorre, por

³²⁹ Conforme o estudo intitulado *Study on the use of age, disability, sex, religion or belief, racial or ethnic origin and sexual orientation in financial services, in particular in the insurance and banking sectors*, elaborado a pedido da Comunidade Européia, questionadas sobre a utilização do fator sexo para determinação do risco contratual e se sua adoção influenciava na composição do preço de prêmios e prestações dos contratos de seguro, das 223 empresas administradoras de seguros entrevistadas, 107 responderam positivamente quanto a adoção e existência de influência nos preços dos contratos de seguro de vida, 81 para os contratos de seguro de garantia de renda, 53 para os contratos de seguro automobilístico e 50 para os contratos de seguro de saúde, dados que confirmam que nestes quatro segmentos de contrato securitários o sexo constitui relevante fator de cálculo atuarial e determinação do risco contratual, tendo influência direta sobre o custo e condições do contrato de seguro.

³³⁰ ALFARO AGUILA REAL, 1993, p. 120. CRORIE, 2005. PINTO, 2007. VIEIRA DE ANDRADE, 2009.

exemplo, nos casos dos contratos de seguro de vida, saúde, renda ou de veículos, em que o sexo e a idade podem constituir elementos majoram ou minorar os riscos securitários segundo dados estatísticos.^{331 332}

Além das diferenciações autorizadas pelas legislações antidiscriminatórias, nos demais casos, os órgãos jurisdicionais tem se manifestado no sentido de que a diferenciação será considerada ilícita se não estiver assentada em “diferenciação objetivamente justificada”, “motivo racionalmente evidente”, “justificação racional e objetiva, não arbitrária”³³³, situações nas quais atentará contra o princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana, tornando-a ilegítima e inconstitucional.

Nos casos em que não houver uma justificativa objetiva e racional para o tratamento discriminatório, além de se estar diante de uma violação ao princípio da igualdade, estar-se-á potencialmente diante da violação do princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que o tratamento considerado como discriminatório em regra será considerado vexatório, degradante ou humilhante, lesionando a imagem, a honra do indivíduo discriminado. Alvaro Aguila-Real destaca essa relação de interdependência existente entre a tutela do princípio da igualdade e a garantia da dignidade da pessoa humana, inclusive no sentido de sustentar que os tratamentos diferenciados somente serão considerados discriminações ilícitas se lesionarem a dignidade daquele que é tratado de forma diferenciada.

No que diz respeito a proibição de discriminação no âmbito dos contratos de seguro, o Tribunal de Justiça da União Europeia, em março de 2011, ao julgar recurso de anulação interposto pela Associação Belga de Consumidores (Test-Achats ASBL), contra decisão proferida pelo Tribunal Constitucional da Bélgica, declarou a invalidade do artigo 5º, n.º 2, da Diretiva 2004/113/CE, proibindo, dessa forma, que as seguradoras privadas, a partir de 21 de dezembro de 2012, continuassem adotando o fator sexo para fins de diferenciação do valor dos prêmios e prestações nos contratos de seguro, considerando a discriminação de preço por

³³¹ Basta lembrarmos que no Brasil, a esperança de vida das mulheres é superior a dos homens, o risco de acidentes automobilísticos envolvendo condutoras mulheres é menor do que aqueles envolvendo condutores homens, a maior idade do segurado lhe coloca em situação de maior probabilidade de demandar assistência médico-hospitalar. Todos esses são fatores que são considerados na celebração do contrato. Isto porque, destaca: Aguilera Rull *“es decisivo para el asegurador garantizar que las primas que paga el asegurado estén en relación con la probabilidad de que se produzca el daño frente al que se está asegurando.”* (AGUILERA RULL, 2009, p.10) (GARCIA RUBIO, 2006, p. 12) (FERNANDEZ TORRES, 2007, p.475).

³³² Por isso, não podemos concordar com Steinmetz quando parece sustentar que sempre quando a discriminação se basear em critérios de cor, idade, religião, raça, origem, sexo se estará violando a dignidade da pessoa humana. Segundo o autor: *“os particulares estão proibidos de, entre si, praticar tratamento discriminatório com base em preconceitos de cor, idade, religião, raça, origem sexo e de quaisquer outros preconceitos contrários à dignidade da pessoa e incompatíveis com a construção de uma sociedade livre, justa e solidária ou com as demais matrizes e os objetivos fundamentais da CF.”* (STEINMETZ, 2004, p. 260).

³³³ Termos utilizados, respectivamente, (LARENZ, 1993, p. 141), (CANOTILHO, 2003a, p. 1161) e (PINTO, 2007, p. 80).

gênero atentatória ao princípio da igualdade entre homens e mulheres.³³⁴ A decisão considerou que a norma derogatória viola o princípio da igualdade ao permitir que seguradoras privadas continuem praticando preços diferenciados em razão do sexo do contratante, fixando como prazo limite para a cobrança de preços diferenciados a data de 21 de dezembro de 2012.³³⁵

Em razão da decisão proferida no caso *Test-Achts*, o Conselho da União Européia, em 13 de janeiro de 2012, emanou orientação para elucidar como os preceitos normativos da Diretiva 2004/113/CE deverão ser interpretados à luz do acórdão do Tribunal de Justiça da União Européia. O Comunicado 2012/C destaca que, apesar do artigo 5º, n.º 1, proibir diferenciações nos prêmios e prestações dos contratos de seguro em razão da adoção do fator sexo, o dispositivo “não proíbe de forma genérica a consideração do gênero enquanto fator de classificação do risco”³³⁶, ou seja, não proíbe que as empresas de seguro continuem apurando informações quanto ao gênero dos segurados para avaliação interna dos riscos contratuais e cálculo mais preciso das provisões técnicas para manutenção da solvabilidade da atividade e definição global dos preços praticados, nem mesmo impede que as seguradoras desenvolvam campanhas de marketing e publicidade direcionadas a determinado gênero, a despeito de estarem impedidos de refletí-los nos preços de prêmios e prestações.

As orientações expedidas pelo Conselho da União Européia destacam que, a despeito da proibição de diferenciações quanto ao valor dos prêmios e prestações em razão do sexo do contratante, há situações em que alguns fatores de risco contratual como, por exemplo, o estado de saúde e antecedentes de doenças familiares, desde que diretamente relacionados às diferenças fisiológicas entre homens e mulheres, permitirão que o fator gênero possa ser considerado na mensuração do risco contratual. Há casos de doenças que afetam de apenas

³³⁴ De acordo com a Diretiva 2004/113/CE: “Artigo 5º - 2. Sem prejuízo do n.º 1, os Estados-Membros podem decidir, antes de 21 de Dezembro de 2007, permitir diferenciações proporcionadas nos prémios e benefícios individuais sempre que a consideração do sexo seja um factor determinante na avaliação de risco com base em dados actuariais e estatísticos relevantes e rigorosos. Os Estados-Membros em questão devem informar a Comissão e garantir que sejam recolhidos, publicados e regularmente actualizados dados rigorosos relevantes para a consideração do sexo como factor actuarial determinante. Esses Estados-Membros devem rever a sua decisão cinco anos depois de 21 de Dezembro de 2007, tendo em conta o relatório da Comissão mencionado no artigo 16.o, e enviar à Comissão os resultados dessa revisão.”

³³⁵ Nos termos da decisão proferida pelo Tribunal de Justiça da União Européia, “Tal disposição, que permite aos Estados-Membros em causa manter sem limite temporal uma derrogação à regra dos prémios e das prestações unissexo, é contrária à concretização do objectivo de igualdade de tratamento entre homens e mulheres prosseguido pela Directiva 2004/113 e incompatível com os artigos 21.º e 23.º da Carta. Por conseguinte, esta disposição deve ser considerada inválida após um período de transição adequado. Pelos fundamentos expostos, o Tribunal de Justiça declara: O artigo 5.º, n.º 2, da Directiva 2004/113/CE do Conselho, de 13 de Dezembro de 2004, que aplica o princípio de igualdade de tratamento entre homens e mulheres no acesso a bens e serviços e seu fornecimento, é inválido, com efeitos a 21 de Dezembro de 2012.”

³³⁶ Orientação contida no item 14, do Comunicado 2012/C 11/01, datado de 13 de janeiro de 2012.

um dos sexos, como o câncer de mama ou o câncer de próstata, de modo que a consideração do sexo do contratante influenciará diretamente no cálculo do risco contratual. Nestes casos, conforme teor das orientações expedidas pelo Conselho da União Européia, a utilização do sexo como subsídio para a mensuração e avaliação do risco contratual de seguros de vida, seguros de saúde, previdência privada, dentre outros, apresenta-se legítima e lícita.

O Conselho da União Européia esclareceu que a proibição de adoção do sexo como fator de mensuração dos riscos contratuais e diferenciação dos preços de prêmios e prestações em razão do gênero, não impede que as seguradoras privadas desenvolvam e ofereçam no mercado produtos de seguros específicos à determinado gênero, objetivando atender às necessidades e especificidades que lhe digam respeito, a exceção de produtos relacionados à gravidez, situação em que a diferenciação é expressamente proibida pelo artigo 5º, n.º 3.³³⁷ Conforme orientação emanada pelo Conselho da União Européia, às seguradoras privadas é permitido desenvolver e ofertar, no mercado, seguros específicos para atender demandas específicas do contratante, como por exemplo, um seguro que tenha por objetivo única e exclusivamente, segurar o contratante contra o câncer de próstata, mama ou útero, atendendo ao gênero específico.

A decisão proferida pelo Tribunal de Justiça da União Europeia e as orientações expedidas pelo Conselho da União Européia com o objetivo de uniformizar a interpretação do acórdão proferido no caso Test-Achats pelos Estados-Membros, representaram um marco para o direito antidiscriminatório, ao preverem constituir prática discriminatória ilícita adotar o fator sexo como critério para mensuração dos riscos contratuais. Por mais que se autorize a adoção do fator sexo de forma indireta, com nos exemplos explicitados, não será admissível a prática de preços diferenciados entre homens e mulheres, decisão que, indubitavelmente, traz consequências para o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de seguro privado e para o mercado de seguros europeu, o que a torna questionável, principalmente em razão de existir a tendência de que os riscos contratuais e seus respectivos custos sejam distribuídos entre todos os segurados, questão que será objeto de análise nos próximos tópicos.³³⁸

³³⁷ Sob esse aspecto merece destaque a possibilidade de que uma empresa de transporte aéreo se recusar a embarcar uma paciente em estado gravídico ou uma clínica médica que se recusa a realizar exames radiológicos em benefício da mulher e do feto.

³³⁸ Neste sentido destaca Fernandez Crende que a *“clasificación de riesgos tiene un claro límite en el análisis coste-beneficio de las aseguradoras. La prima cobrada por la aseguradora, efectivamente, no sólo debe reflejar el riesgo soportado por el asegurado, que eventualmente será asumido por la aseguradora, sino que también debe compensar por los costes de gestión del seguro.”* (FERNANDEZ CRENDE, 2004, p. 4)

6 EFICÁCIA DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE NO DIREITO BRASILEIRO

6.1 Por uma solução diferenciada: construindo diretrizes interpretativas para a eficácia do princípio da igualdade nas relações jurídicas entre particulares.

Ao se analisar a eficácia do princípio da igualdade e da proibição de discriminação no âmbito das relações jurídicas entre particulares, indispensável distinguir duas distintas espécies de relações jurídicas, quais sejam, as relações jurídicas estritamente privadas, conformadas entre particulares em situação de relativa igualdade, nas quais a pessoa do contratante é relevante; e às relações jurídicas em que há a oferta e o fornecimento de bens e serviços ao público em geral, caracterizadas como relações de natureza consumerista, nas quais a pessoa do contratante é irrelevante ou pouco relevante, se aperfeiçoando com qualquer indivíduo que aceite as condições propostas pelo ofertante.³³⁹ Estes contratos caracterizam-se como contratos de adesão ou contratos em massa, os quais podem ter como objeto bens ou serviços privados ou públicos, sendo que, neste caso, os particulares prestam serviços ou ofertam bens sob a forma de concessão ou permissão pelo poder público.

A distinção entre relações estritamente privadas e relações jurídicas em que há um interesse público tem sua origem do direito antidiscriminatório norteamericano, no qual há uma nítida separação entre a atuação privada para a promoção do acesso a bens e serviços de interesse público ou socialmente relevantes e a atuação privada voltada para a promoção de atividades propriamente privadas, desprovidas de qualquer interesse público.³⁴⁰ A distinção se apresenta relevante uma vez que, a depender da natureza jurídica da relação jurídica entre particulares, o grau de eficácia do princípio da igualdade e a correlata proibição de discriminação será completamente distinto.³⁴¹

³³⁹ Mc Crorie sustenta a importância em se distinguir a esfera estritamente privada do agir humano, daquela esfera em que seu agir tenha uma relação permanente com o público. Conforme destaca a autora: “*Parece-nos que deverá utilizar também, como critério de distinção, o facto das actividades se enquadrarem na esfera privada ou na esfera pública do particular, sendo que entendemos abrangidas nesta última aquelas em que este se encontra numa relação permanente com o público. Assim, tratando-se de actividades que se enquadrem na esfera privada, parecemos que dificilmente haverá razões sociais suficientemente poderosas que possa justificar uma restrição da autonomia individual e, conseqüentemente, a imposição de um dever de igualdade aos indivíduos.*” (MC CRORIE, 2005, p. 48).

³⁴⁰ AGUILERA RULL, 2009, p. 18. Em igual sentido Bilbao Ubillos: “*En este sentido podría resultar útil la solución adoptada por el ordenamiento norteamericano, que siempre há distinguido dos esferas dentro del sector privado: una relacionada con el acceso a bienes y servicios de interes público, socialmente relevantes, y otra que comprende las actividades propiamente privadas, carentes de esa proyección pública.*” (BILBAO UBILLOS, 2006, p. 824).

³⁴¹ Conforme argumenta MC Crorie: “*Parece que podemos, então, distinguir as seguintes situações: quando o particular actua na sua esfera privada, não surgindo abertamente no mercado, entendemos que ele não se deverá encontrar vinculado ao princípio da igualdade. Nesse âmbito, parece fazer sentido considerar que, em*

6.2 Relações jurídicas estritamente privadas

Nas relações jurídicas estritamente privadas, celebradas entre particulares em situação de relativa igualdade, o princípio da igualdade terá reduzida ou nenhuma eficácia. É o que acontece, por exemplo, nas relações jurídicas de locação de bens imóveis, nas relações jurídicas em que a proteção da privacidade, intimidade ou vida privada do contratante é indispensável, nas relações jurídicas decorrentes do exercício da liberdade associativa, nas relações jurídicas em que a confiança ou proximidade constituem traços característicos, nas relações jurídicas familiares e sucessórias, nas relações em que o exercício da autonomia privada está diretamente relacionado às convicções religiosas do contratante, bem como nas relações em que a vontade de contratar se dirige a pessoas determinadas.

Nestas relações jurídicas há que se assegurar ao contratante margem de discricionariedade para exercer ou não sua liberdade de contratação, eleger o outro sujeito contratual, definir a forma e o conteúdo do contrato, de modo a tutelar sua autonomia privada e garantir-lhe a possibilidade de livremente desenvolver sua personalidade de acordo com seus interesses e necessidades. O princípio da igualdade e sua correlata proibição de discriminação teriam o condão de limitar a autonomia privada e a liberdade de contratação ao ponto de impor o dever de contratar aos particulares, ao proibir que o contratante eleja o outro sujeito contratual baseando-se em suas características pessoais, tais como idade, sexo, orientação sexual, raça, o qualquer outra similar? A proibição de discriminação tornaria ilícita qualquer tratamento diferenciado realizado no âmbito de uma relação jurídica contratual? Caso permitido o tratamento diferenciado, estará o particular obrigado a justificá-lo? Conforme destaca Bercovitz Cano-Rodrigues:

A eficácia do princípio da igualdade dentro do âmbito jurídico privado é muito menor que frente aos poderes públicos. É inerente ao próprio conceito de autonomia privada o predomínio da vontade individual sobre a igualdade: se contrata com quem se quer e como se quer, se dispõe em testamento a favor de quem se quer e como se quer, se doa a quem se quer e como se quer, se associa se com quem quer e para o que quiser, se constitui uma fundação para o que um quer com a dotação que se quiser, se exercem direitos face a quem se quiser, naturalmente todos eles dentro dos limites marcados pelas normas imperativas (BERCOVITZ CANO-RODRIGUES, 1990, p. 424, tradução nossa).³⁴²

princípio, as diferenças de tratamento que tem a sua origem em decisões tomadas por sujeitos privados em igualdade de circunstâncias não são ilícitas em si mesmas. Só se qualificarão como tais aquelas que impliquem, além disso, a violação de outros valores constitucionais substantivos.” (MC CRORIE, 2005, p. 47).

³⁴² Conforme texto original: “La eficacia do principio da igualdad dentro de este ámbito jurídico-privado es mucho menor que frente a los poderes públicos. Es inherente al propio concepto de autonomía privada el

As relações jurídicas estritamente privadas constituem espaço de liberdade, intimidade e de certa discricionariedade para que as pessoas possam livremente desenvolver suas relações humanas, sejam afetivas, sexuais, familiares ou de fraternidade, espaços em que há uma maior liberdade para que os particulares possam adotar decisões de forma autônoma, de modo que, impor-lhes a obrigatoriedade de sempre observar o princípio da igualdade e uma rígida proibição de discriminação, afetaria severa e profundamente a liberdade de decisão e de desenvolvimento dessas relações humanas. Seria inadequado estender a eficácia do princípio da igualdade a essas relações humanas, de modo a proibir que alguém livremente escolha seu cônjuge, as pessoas com deseja se relacionar de forma intimista, devendo se assegurar, a mais absoluta liberdade para eleger com quem contratar, por mais curiosos, diferentes ou moralmente repudiantes que sejam os motivos adotados para a eleição, seja raça, aparência, estrato social, orientação sexual, dentre outros. Destaca Diaz de Valdez que:

O respeito e proteção à vida privada assegura, entre outras coisas, um espaço de intimidade às pessoas para que possam desenvolver as relações humanas mais fundamentais (efetivas, românticas, sexuais, familiares e de amizade), assim como adotar com a maior liberdade possível suas decisões autônomas. Uma proibição de discriminação entre particulares, sem embargo, afetaria severamente essa liberdade de decisão, assim como o desenvolvimento das relações humanas mencionadas. E mais, uma proibição absoluta resulta impensável, já que destruiria por completo o direito em questão. Basta para imaginar que não se pudesse discriminar na eleição do cônjuge: toda pessoa requer a mais absoluta liberdade nesta matéria, por mais curiosos ou repudiáveis que nos pareçam seus motivos para eleger (raça, aparência, estrato social, riqueza, etc.) (DIAZ DE VALDEZ, 2014, p. 161, tradução nossa).³⁴³

predomino de la voluntad individual sobre la igualdad: se contrata con quien se quiera y como se quiera, se dispone en testamento a favor de quien uno quiere y como si quiera, se dona a a quien se quiera e como se quiera, se asocia uno com quien quiera y para lo que quiera, se constituye una fundación para lo que uno quiera y con la dotación que se quiera, se ejercen derechos frente a quien uno quiera, naturalmente todo ello dentro de los límites marcados por las normas imperativas.” Em igual sentido destaca Verda y Beamonte: “en los negocios gratuitos el derecho fundamental a la no discriminación tendrá un escaso margen de incidencia, de modo que podrá donar bienes a quien si quiera y como si quiera; y lo propio cabe decir de las disposiciones testamentarias; el testador, respecto de la parte de sus bienes de libre disposición, podrá favorecer a una persona y excluir a otra, por motivos de fe religiosa, convicciones políticas, raza u otros. En opinión de este autor, esta prevalecia del valor superior de la libertad sobre el igualdad, tendrá lugar, incluso cuando se trate de negocio jurídico fundacional. La incidencia del derecho fundamental a la no discriminación será, en cambio, mayor en los contratos onerosos, sobre todo cuando se trata de contratos que racaigan sobre materias socialmente importantes y cuando el sujeto discriminador tenga una posición total o parcialmente dominantes en el mercado o en la sociedad.” (VERDA Y BEAMONTE, 2001, p. 65)

³⁴³ Conforme texto original: “El respeto y protección a la vida privada asegura, entre otras cosas, un espacio de intimidad a las personas para que puedan desarrollar las relaciones humanas más fundamentales (e.g., afectivas, románticas, sexuales, familiares, de amistad), así como adoptar con la mayor libertad posible sus decisiones autónomas. Una prohibición de discriminación entre particulares, sin embargo, afectaría severamente esta libertad de decisión, así como el desarrollo de las relaciones humanas mencionadas. Es más, una prohibición absoluta resulta impensable, ya que destruiría por completo el derecho en cuestión. Baste para ello imaginar que no se pudiese discriminar en la elección del cónyuge: toda persona requiere la más absoluta libertad en esta materia, por curiosos o repudiables que nos parezcan sus motivos para elegir (e.g., raza, apariencia, estrato social, riqueza, etc.)”

Sob essa perspectiva é plenamente lícito que uma pessoa não queira se casar com pessoas de determinada religião, raça ou origem étnica, que não queria manter laços de proximidade ou amizade com pessoas de determinada orientação sexual, que manifeste seu desejo de apenas se relacionar com pessoas de determinado estrato social, desde que não lhes confira tratamentos vexatórios, degradantes ou humilhantes. Os referidos comportamentos podem até ser moralmente ou socialmente questionados e refutados, todavia não configuram discriminações ilícitas ao ponto do destinatário do tratamento diferenciado poder exigir que lhes sejam conferidos tratamentos iguais aos dispensados a outros indivíduos.³⁴⁴ O que não se admite é que as escolhas pessoais e projetos de vida sejam exercidos em detrimento da dignidade dos demais indivíduos, afetando a humanidade que é inerente a todo indivíduo, tão somente em razão de suas características pessoais, diminuindo-o enquanto pessoa.

Exigir que particulares, no exercício da autonomia privada e liberdade de contratação, dispensem aos demais idêntico tratamento ou que justifiquem os tratamentos diferenciados realizados configuraria uma restrição demasiada e indevida, representaria, segundo a visão de Neuner, impor-lhes um dever positivo de sempre conferir tratamento igualitário aos demais sujeitos privados.³⁴⁵ Sob a perspectiva da tutela do direito de livremente desenvolver sua personalidade, deve ser assegurado aos indivíduos a possibilidade de construir seus projetos de vida de acordo com seus sentimentos, inclinações pessoais, concepções de mundo.³⁴⁶ Poderia o particular, se recusar a contratar ou estabelecer condições contratuais diversas em razão do sexo, raça, origem, religião, ou qualquer outro fator diferenciador do outro sujeito contratual, ou estaria, em nome do princípio da igualdade e proibição de discriminação obrigado a contratar em todas essas situações?³⁴⁷ Conforme destaca Steinmetz:

³⁴⁴ Esse também é o entendimento de Sarmiento, para quem: “*de forma alguma poder-se-ia obrigar juridicamente alguém, com base na vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, a tornar-se amigo de uma pessoa de outra cor ou religião, ou a convidá-la para sua festa de aniversário, ainda que se pudesse, no plano extrajurídico, criticar a intolerância e o racismo de seu comportamento. É porque nestes últimos casos, estamos lidando com decisões de caráter existencial, que se revestem de um colorido emocional e estão protegidas pelo direito à privacidade.*” (SARMENTO, 2006, p. 268).

³⁴⁵ NEUNER, 2007, p. 58.

³⁴⁶ Em igual sentido, Sarmiento destaca que: “*Existem situações que o preço a ser pago pela submissão dos particulares aos direitos fundamentais torna-se caro demais. Ela, em certos termos, pode levar à asfixia da espontaneidade das relações humanas, à homogeneização forçada com comportamento individual a partir de pautas tidas como politicamente corretas, às custas do pluralismo e da própria dimensão libertadora que caracteriza os direitos fundamentais.*” (SARMENTO, 2006, p. 268-269)

³⁴⁷ Vieira de Andrade questiona: “*(...) se o senhorio pode despejar um inquilino por não pagamento da renda quando tolera a permanência de outro que também não paga; se uma pessoa pode legitimamente deixar os seus bens por testamento apenas a familiares de um dos sexos, excluindo intencionalmente os do outro; se os donos de hotéis, táxis e restaurantes, bem como escolas ou de clubes privados, podem recusar a permanência, o transporte, o serviço ou a frequência de certas categorias de pessoas (estrangeiros, pessoas de raça diferente ou de determinado sexo).*” (VIEIRA DE ANDRADE, 2009, p. 235-236)

O espaço de liberdade do particular é maior do que o do legislador. Ao particular está permitido o tratamento com base em escolhas casuais, preferências de foro íntimo, sentimentos de simpatia e inclinações em geral; ao legislador, não. Este sempre deverá deferir tratamento igual ou tratamento diferenciado apoiado em razões objetiva e intersubjetivamente controláveis (STEINMETZ, 2004, p. 258).

A análise da licitude da recusa em se contratar ou do tratamento diferenciado nas relações jurídicas entre particulares, em inúmeros casos, não se limitará à eficácia do princípio da igualdade face à autonomia privada e à liberdade de contratação. Em diversas situações jurídicas concretas, esse conflito entre direitos fundamentais será incrementado pela incidência de outros direitos fundamentais, muitos deles desdobramentos da autonomia privada, tal como ocorre quando a recusa em se contratar em razão do sexo esteja relacionada à necessidade de proteção da intimidade ou privacidade do contratante ou de terceiros, como por exemplo, a restrição de acesso a saunas, clubes, academias ou mesmo salões de beleza destinados a um público específico, bem como nos casos em que a recusa em se contratar decorra da necessidade de se tutelar a liberdade de crença e religião dos demais contratantes, como por exemplo, quando se estiver diante de uma associação de natureza religiosa.

A questão da eficácia do princípio da igualdade nas relações jurídicas entre particulares nem sempre se resumirá ao conflito entre autonomia privada, liberdade de contratação e igualdade.³⁴⁸ Destaca Diaz de Valdés que, “a proibição de discriminação entre particulares pode violar outros bens valorados e protegidos pelo ordenamento jurídico constitucional” uma vez que a admissão da eficácia do princípio da igualdade nas relações jurídicas entre particulares, “implicaria em aceitar uma dose importante de intervenção estatal na vida das pessoas ou grupos, questão que pode afetar a vida privada, a liberdade de associação, a liberdade religiosa, a liberdade de expressão.”³⁴⁹ Não é por outro motivo que estudiosos da eficácia do princípio da igualdade nas relações jurídicas privadas destacam a sua inaplicabilidade às relações estritamente privadas, especialmente quando o tratamento

³⁴⁸ Conforme destaca Diaz de Valdés, “*existe la posibilidad de prohibir la discriminación entre particulares sobre la base de otros derechos involucrados. En efecto, es comun que los actos discriminatorios también afecten el ejercicio de un derecho diferente a la igualdad. Así, por ejemplo, si un alumno Sikh es expulsado de un colegio por usar su tradicional turbante, aquel puede alegar una vulneración a su libertad religiosa.*” (DIAZ DE VALDÉS, 2014, p. 5)

³⁴⁹ DIAZ DE VALDÉS, 2014, p. 6. Conforme salienta o autor: “*En otras palabras, la prohibición de discriminación entre particulares puede vulnerar otros bienes valorados y protegidos por el ordenamiento constitucional. En efecto, aquella implicaría aceptar una dosis importante de intervención estatal en la vida de las personas y grupos, cuestión que puede afectar el derecho a la vida privada, la libertad de asociación, la libertad religiosa, la libertad de expresión, la autonomía de los cuerpos intermedios, la autonomía contractual, entre otros.*” (DIAZ DE VALDÉS, 2014, p. 161)

diferenciado também esteja assentado no exercício de outros direitos fundamentais assegurados pelo ordenamento jurídico. Conforme destaca Montoya Melgar:

(...) há que entender que no âmbito da contratação estritamente privadas as partes são absolutamente livres para decidir com quem contratar ou não, ou para estabelecer quantas medidas restritivas ou discriminatórias estime oportunas. A liberdade contratual se reduz dando espaço ao cumprimento do dever de igualdade nos contratos com projeção social (geralmente contratos com consumidores), quando existe um elemento público (utilização de espaço público ou recursos públicos) ou nos casos de monopólio (ou posição de domínio) (MONTROYA MELGAR, 2007, p. 464, tradução nossa).³⁵⁰

Não seria exigível que um particular deixe de exercer sua liberdade de crença e religião, sua privacidade ou intimidade para privilegiar o princípio da igualdade em uma relação jurídica estritamente privada, comprometendo seu direito de livremente desenvolver sua personalidade. Ademais, a eficácia do princípio da igualdade nas relações jurídicas entre particulares possui restrições que lhes são impostas pela estrutura e principiologia inerentes ao direito privado, em especial, pela necessidade de se tutelar a autonomia privada e a liberdade de contratação. Montoya Melgar salienta a importância de não se sacrificar em demasia a autonomia privada e liberdade de contratação:

(...) não pode sacrificar a todo custo o princípio da liberdade contratual, que compreende a liberdade de contratar ou não, de eleger o contratante e de determinar o conteúdo do contrato. A aplicabilidade do princípio da igualdade deve ser matizada, atenuada pela lógica interna do direito privado. Há que entender-se portanto que em virtude do princípio da autonomia da vontade as partes implicadas são livres para gerir seus próprios interesses e regular suas relações, sem imposições externas, salvo nos seguintes casos: quando exista uma posição monopolística ou dominante de uma entidade; nos casos de contratação em massa ou contratos de repercussão social e, nos casos em que se possa produzir uma afetação ao núcleo essencial da dignidade ou integridade moral da pessoa discriminada. Ademais, como resta obvio, o princípio da igualdade se impõe sempre que exista um componente público: prestação de serviços de interesse público (MONTROYA MELGAR, 2007, p. 474-475, tradução nossa).³⁵¹

³⁵⁰ Conforme original, “(...) hay que entender que en el ámbito de la contratación estrictamente privada las partes son absolutamente libres para decidir con quien contratan o no, o para establecer cuantas medidas restrictivas o discriminatorias estimen oportunas. La libertad contractual se reduce dando cabida ao cumplimiento del deber de igualdad en los contratos con proyección social (generalmente, contratos con consumidores), cuando existe un elemento público (utilización de espacio publico o fondos públicos) o en los casos de monopólio (o posición de dominio).”

³⁵¹ Conforme original: “Asi pues, no puede sacrificarse a todo costo el principio de libertad contractual, que comprende la libertad de contratar o no, la de elegir el contratante e la de determinar el contenido del contrato. La aplicabilidad del principio de igualdad debe ser matizada, atenuada por la lógica interna del derecho privado. Há de entenderse por tanto que en virtud del principio de autonomia de la voluntad las partes implicadas son libre para gestionar sus propios intereses y regular sus relaciones, sin imposiciones externas salvo en lo siguientes supuestos: cuando exista una posición monopolística o dominante de una entidad; en los supuestos de contratación en massa o contratos de repercusión social y, en los casos en que pueda producirse una afectación al núcleo esencial de la dignidade o integridad moral de la persona discriminada. Además, y como resulta obvio, el principio de la igualdad se impone siempre que exista un

Diaz de Valdés também destaca que os particulares que forneçam bens e prestem serviços de natureza pública, na condição de concessionários ou permissionários, estão vinculados ao princípio da igualdade. Nestas hipóteses, a proibição de discriminação decorre do fato do particular fornecer bens ou prestar os serviços em substituição ao poder público, sendo notória a utilidade pública do bem ou serviço disponibilizado, razão pela qual são vedados os tratamentos diferenciados. De igual modo, aqueles que detenham o monopólio na oferta de bens ou prestação de serviços não poderão conferir tratamentos diferenciados nem recusar-se a contratar, uma vez que sua recusa importará em obstáculo a que o indivíduo tenha acesso a determinado bem ou serviço, principalmente se se tratar de bem ou serviço essencial à pessoa.

Não se olvide também das intrínsecas e umbilicais relações existentes entre o princípio da igualdade, proibição de discriminação e dignidade da pessoa humana, de modo que a análise da licitude do tratamento diferenciado deverá perpassar necessariamente pela análise se ele proporciona tratamento vexatório, humilhante ou degradante, ao ponto de configurar lesão à dignidade daquele a quem foi dispensado. Nesse sentido é que a recusa em se admitir o ingresso de pessoas em locais abertos ao público tende a ser inadmitida, uma vez que, em regra, expõe aquele que não foi admitido a tratamento público vexatório. Alfaro Aguila-Real destaca que quando há oferta realizada ao público, o ofertante acaba por renunciar ao direito de selecionar os contratantes sob bases individuais, de modo que a recusa, nessas circunstâncias, evidência uma discriminação ou desprezo pela pessoa inadmitida:

O caso mais patente é o de acesso a locais públicos, por quanto a abertura de um estabelecimento ao público implica em uma renúncia expressa a selecionar a clientela sob bases individuais, ainda quando caiba afirmar que haja a obrigação de contratar pelo mero fato da abertura. O que torna vexatória a negativa é que todo mundo sabe que em princípio se aceita contratar com qualquer um, razão pela qual a negativa não justificada só pode ser interpretada como um ato de desprezo e desvalorização, justamente a finalidade perseguida pelo discriminador (ALFARO AGUILA-REAL, 1993, p. 119).

Diaz de Valdés, ao dissertar sobre a eficácia do princípio da igualdade e do postulado da proibição de discriminação nas relações jurídicas entre particulares, estabelece alguns tratamentos diferenciados que tendem a ser proibidos. De acordo com o autor, devem ser proibidos os tratamentos diferenciados que afetem de forma relevante a dignidade da pessoa ou que causem sua estigmatização ou da categoria a que ela pertença. Tendem também a ser

ilícitos os tratamentos diferenciados que estejam baseados em características imodificáveis, historicamente utilizadas para reduzir a condição das pessoas, tais como a raça e a origem étnica. Nestes casos, somente em hipóteses excepcionais, desde que haja justificativa racional e legítima, o critério poderia ser adotado. O autor também sustenta a necessidade de se analisar os motivos ou causas que justificam o tratamento diferenciado. Nessa perspectiva, devem ser rechaçados os tratamentos diferenciados alicerçados em estereótipos ou convenções sociais, construídos irracionalmente em prejuízo de determinada categoria de pessoas, que dão azo a discriminações caprichosas ou não racionalmente justificáveis.³⁵²

Por outro lado, será considerado lícito o tratamento diferenciado quando este for indispensável para proteger o núcleo, a essência de outro direito ou bem constitucional, tais como a liberdade de associação, liberdade de crença e religião, intimidade, privacidade e a própria liberdade de contratação, enquanto importantes expressões da autonomia privada.³⁵³ Nestes casos a licitude do tratamento diferenciado decorre da essencialidade desses direitos fundamentais interrelacionados, o que torna mais intensa a necessidade de se proteger a autonomia privada face ao princípio da igualdade e da proibição de discriminação, até mesmo como forma de se assegurar ao particular que possa livremente fazer escolhas, tomar decisões e desenvolver aspectos existências de seu projeto de vida. Nos casos em que a autonomia privada estiver alicerçada apenas ou preponderantemente em aspectos de natureza patrimonial ou econômica, a proteção da autonomia privada se dará de forma menos intensa face ao princípio da igualdade e sua correspondente proibição de discriminação.

Sarmento destaca a necessidade de que seja considerado o caráter existencial ou patrimonial das escolhas individuais, sem se olvidar que o comportamento humano pode envolver simultaneamente aspectos patrimoniais e existenciais, ao assim prelecionar:

De fato, existem certas ações humanas que envolvem apenas escolhas de caráter existencial, e neste campo a liberdade de agir deve ser protegida mais intensamente pela ordem jurídica. Outros comportamentos referem-se exclusivamente a questões patrimoniais e econômicas, e nestes casos a tutela constitucional à autonomia privada não deve se fazer tão forte. Mas, entre extremos, há um *continuum* de situações em que o comportamento humano envolve, simultaneamente, aspectos patrimoniais e existenciais, em maior ou menos grau. Nestes casos, o nível de proteção constitucional conferido à ação do agente vai depender da posição dentro daquela escala: quanto mais o comportamento se aproximar da esfera das opções e valorações exclusivamente existenciais, maior será o nível de defesa constitucional da autonomia privada; quanto mais ele se afastar deste campo e se aproximar do

³⁵² DIAZ DE VALDÉS, 2014, p. 174.

³⁵³ Esse é também o entendimento de Diaz de Valdez, para quem: “*Es decir, la discriminación entre privados sería tolerable sólo cuando ello sea necesario para proteger el “corazón” de otro derecho (e.g., la privacidad exigiría total libertad para discriminar en la elección del cónyuge, pero no del chofer o la secretaria).*” (DIAZ DE VALDEZ, 2014, p. 175).

universo exclusivamente econômico-patrimonial, menor será a tutela (SARMENTO, 2006, p. 180).

Não se deve admitir tratamentos diferenciados caprichosos, desprovidos de qualquer justificativa, que tenham por objetivo tão somente discriminar a pessoa, de modo a reduzi-la, colocá-la em situação vexatória, degradante ou humilhante. Isso não significa que o particular tenha que justificar todas suas escolhas ou comportamentos, porque a liberdade do agir humano também é tutelada pelo ordenamento jurídico. Não devem ser toleradas escolhas ou comportamentos dissociados do exercício legítimo de direitos fundamentais. Tendem a ser igualmente considerados lícitos os tratamentos diferenciados, desde que não baseados na raça ou origem étnica, praticados de forma ocasional e esporádica desde que não possuam repercussão ou transcendência social.³⁵⁴

A eficácia do princípio da igualdade e da correlata proibição de discriminação face à autonomia privada dependerá, portanto, das especificidades da relação jurídica privada, dos direitos fundamentais em conflito, dos bens constitucionais cujo tratamento diferenciado se restringiu, se existenciais ou patrimoniais, das circunstâncias, do grau de simetria entre as partes, da autenticidade da vontade externalizada pelos contratantes, da transcendência ou repercussão social da diferenciação, e da análise da possível afetação da dignidade da pessoa discriminada, especificidades que serão objeto de análise nos próximos tópicos.

Esses representam apenas alguns dos principais critérios sugeridos para se definir o grau de eficácia do princípio da igualdade nas relações jurídicas entre particulares, os quais deverão ser considerados quando da análise do caso concreto para definir se haverá a necessidade de uma maior ou menor eficácia do princípio da igualdade face à autonomia privada e liberdade contratual. Os critérios tem o objetivo balizar e estabelecer diretrizes interpretativas de modo a reduzir o subjetivismo das decisões jurisdicionais, evitando o esvaziamento do conteúdo da autonomia privada decorrente do intervencionismo jurisdicional nas relações jurídicas contratuais entre particulares.

Além dos critérios sugeridos, cumpre salientar que em determinadas relações jurídicas privadas, em razão de suas especificidades, a eficácia do princípio da igualdade será reduzida, como ocorre, por exemplo, nas relações de natureza associativa, familiares, sucessórias, bem com naquelas em que predominam aspectos relacionados à intimidade, a privacidade, confiança, crença religiosa. Nessas relações jurídicas, além da necessidade em se tutelar a

³⁵⁴ DIAZ DE VALDÉS, 2014, p. 6-7. Em igual sentido, Bilbao Ubillos destaca que: “*hay que combatir, por tanto, la discriminación social, los usos o conductas discriminatorias privadas que tengan proyección social e resulten, por ello, intolerables.*” (BILBAO UBILLOS, 2006, p. 822)

autonomia privada e liberdade contratual, há a necessidade de se proteger o núcleo de outros direitos fundamentais que entram diretamente em conflito com o princípio da igualdade, tais como o direito a intimidade, privacidade, liberdade de crença e religião, razão pela qual serão objeto de estudo específico no próximo tópico.

6.2.1 Igualdade e liberdade associativa

Sob a perspectiva da liberdade associativa a análise da eficácia princípio da igualdade e da proibição de discriminação assume outros contornos e explicitações. As associações privadas além de não configurarem estabelecimentos abertos ao público, não estão obrigadas, a princípio, a admitirem associados com base no princípio da igualdade, pois constituem espaços privados que permitem aos seus associados desenvolverem seus interesses pessoais. As associações privadas são livres para elegerem aqueles com quem pretendam contratar e se associar, inclusive adotando como critério de eleição o sexo, a raça, a etnia, as crenças, as concepções religiosas, a comunhão ou identidade de interesses, sem que tais exigências possam ser consideradas ilícitas, uma vez que não representam qualquer afronta à dignidade daqueles que não foram aceitos como associados.

Nestas situações, além de se discutir o conflito entre a autonomia privada e o princípio da igualdade, se está diante de situações jurídicas em que se faz necessário discutir a eficácia do direito de liberdade de associação, por sinal, direito fundamental relacionado à autonomia privada. Assim, por exemplo, com base na liberdade de associação, é possível a existência de associações em que só mulheres, homens, brancos ou negros, possam se associar, das quais somente cristãos ou judeus possam participar, nas quais se exija que a pessoa possua os mesmos interesses dos demais associados?³⁵⁵

O direito de liberdade de associação, cujo fundamento decorre da tutela da autonomia privada, assegura aos indivíduos o direito de criar associações, associar-se ou não, permanecer

³⁵⁵ Tem-se a notícia que determinado clube de golfe localizado no Estado do Rio de Janeiro estabelece limitações para o número de associados de origem japonesa. Em outro caso, os pretendentes a se associarem estão sujeitos a anuência dos demais associados em votação secreta. Para que o pretendente tenha a sua associação negada, basta que apenas um dos associados vote contra. A mesma lógica adotada para as associações é aplicada aos clubes privados, não abertos ao público em geral. Em determinado clube da capital mineira os empregados domésticos que acompanham os associados são impedidos de usufruírem das piscinas e saunas. Seria esse tratamento diferenciado legítimo? Poderia o clube privado exigir que os empregados domésticos utilizem vestimentas especiais indicando sua condição de acompanhante? De fato, a restrição à utilização dos serviços de piscina, saunas e demais atrativos do clube não parece constituir prática ilícita, uma vez que a pessoa não detém a qualidade de associado. Todavia, deve se ter cautela quanto aos procedimentos utilizados para diferenciar acompanhantes e associados, sendo vedada a utilização de qualquer procedimento ou mecanismo que lhes proporcione vexação ou humilhação.

associado segundo sua vontade, bem como de livremente eleger as pessoas com que deseja se associar. A decisão de pertencer ou não a determinada associação pode ser motivada pelos mais diversos fundamentos de índole pessoal, tais como identidade de ideologia ou de objetivos, comunhão de pensamentos entre os associados, de modo que, sustentar a eficácia do princípio da igualdade no âmbito das relações jurídicas associativas, proibindo-se qualquer espécie de discriminação, representaria seria e profunda violação ao direito de liberdade de associação, inclusive ao exigir que pessoas que não possuam identidade de ideologia ou de objetivos sejam compelidas a permanecerem associadas contra sua vontade.

Partindo do pressuposto de que a liberdade de associação assegura aos indivíduos a liberdade de eleger as finalidades a serem perseguidas pela associação, também se afigura natural e permitido que se estabeleçam condições de associação compatíveis com elas, de modo que seria lícito a uma associação composta por mulheres impedir a associação de homens, uma associação que tenha a finalidade de honrar a memória do holocausto se recuse a admitir aqueles que neguem sua existência, uma associação de apreciadores de vinhos ou charutos se recuse a admitir pessoas que não apreciem ou façam uso de tais mercadorias.³⁵⁶ Diaz de Valdez, ao analisar a eficácia do princípio da igualdade e da proibição de discriminação no âmbito das relações jurídicas de natureza associativa, alerta que:

Em relação ao direito de associação, cabe recordar que este permite não somente filiar-se ou desfiliar-se, mas também a livre eleição com quem filiar-se. Com efeito, a decisão de pertencer a um grupo está muitas vezes condicionada, nos fatos, nas pessoas concretas que o integram (seja porque se busque uma maior camaradagem, um ambiente desafiante, uma companhia estimulante, capacidade sobressalente, etc.). Em consequência, proibir discriminar no acesso às associações pode traduzir-se em uma grave vulneração ao direito em comento, obrigando a manterem-se juntas pessoas que não desejam. Outra perspectiva a considerar é que a liberdade de associação supõe a livre eleição de seus fins por parte de seus membros (ou como determine os estatutos), questão que pode implicar em imposição de condicionantes para o ingresso (DIAZ DE VALDEZ, 2014, p. 162, tradução nossa).³⁵⁷

³⁵⁶ O texto constitucional é expreso, no inciso XVII, de seu artigo 5º, ao preceituar que a liberdade de associação somente poderá ser exercida para fins lícitos, de modo que uma associação que tenha por objetivo discriminar e lesionar os direitos de determinada categoria de pessoas em razão de sua raça, origem étnica, orientação sexual, sexo, idade, ou qualquer outro fator, será considerada ilícita.

³⁵⁷ Conforme texto original: *“En relación al derecho de asociación, cabe recordar que este permite no sólo afiliarse o desafilarse, sino también la libre elección de con quién afiliarse. En efecto, la decisión de pertenecer o no a um grupo está muchas veces condicionada, en los hechos, a las personas concretas que lo integran (ya sea porque se busque una mayor camaradería, un ambiente desafiante, una compañía estimulante, capacidad sobresaliente, etc.). En consecuencia, prohibir discriminar en el acceso a las asociaciones puede traducirse en una grave vulneración al derecho en comento, obligando a mantenerse a juntos a personas que no lo desean. Otra perspectiva a considerar es que la libertad de asociación supone la libre elección de sus fines por parte de sus miembros (o como se determine en los estatutos), cuestión que puede implicar la imposición de condicionantes para el ingreso a la misma.”*

O exercício do direito de admissão de pretensos associados estará vinculado à observância dos fins associativos e a vontade dos associados, de modo que se apresenta inadmissível impor-lhes um dever de admitir pessoas que possam comprometer a vontade dos membros associados ou a realização dos fins associativos por eles objetivados e perseguidos.³⁵⁸ Em outras situações, a tutela da liberdade de associação estará diretamente relacionada à garantia da liberdade de expressão. No direito norteamericano, a Suprema Corte, tem manifestado pela não incidência do princípio da igualdade e sua correlata proibição de discriminação nos casos em que se está diante do que denominam “*expressive association*”, associações criadas com a finalidade de defender determinadas posições ideológicas, políticas ou sociais, ou nos casos das “*intimate association*”, caracterizadas pelos profundos vínculos e compromissos de proximidade, privacidade, intimidade entre reduzido número de associados, que se associam com o intuito de compartilharem questões atinentes à sua vida privada. No direito norteamericano tem se considerado que o estabelecimento de critérios de admissão no âmbito das associações privadas pode constituir importante forma de assegurar o exercício da liberdade de expressão pela associação e pelos seus integrantes.³⁵⁹

De igual modo, devem ser mencionadas as associações de finalidades religiosas, cuja associação está relacionada aspectos atinentes ao exercício da liberdade de crença e religião, a qual, também é objeto de proteção constitucional. Nessa hipótese, o estabelecimento de uma obrigatoriedade em se admitir pessoa que não professe a mesma crença religiosa ou professe crença religiosa incompatível com aquela que motiva a existência da associação, representaria a negação ao direito de liberdade de associação e de crença e religião dos demais associados, razão pela qual não se sustenta.³⁶⁰ Como impor a uma associação de adventistas que admitam

³⁵⁸ Conforme destaca DIAZ DE VALDEZ: “*Tal autonomía supone la facultad de autogobernarse mediante autoridades y normas propias, las que incluyen el establecimiento de reglas de admisión. El ámbito y contenido de la autonomía garantizada, sin embargo, se vincula a los fines de la asociación, determinados por su naturaleza (elemento objetivo) y la voluntad de sus miembros (elemento subjetivo). Por lo tanto, la prohibición de discriminación vulneraría la autonomía garantizada constitucionalmente de estos cuerpos si de alguna forma repercute en el cumplimiento de sus fines*” (DIAZ DE VALDEZ, 2014, p. 162)

³⁵⁹ Em caso paradigmático, *Boys Scouts of América vs. Dale* 530 US 640 (2000), a associação de garotos escoteiros defendeu a licitude de suas regras de associação, as quais excluíam os homossexuais, sob a alegação de que a imposição de sua associação violaria a liberdade de expressão da associação e de seus integrantes, ao obrigar-lhes a consentir e dar uma mensagem de apoio a homossexualidade, o que não desejavam fazer. A Suprema Corte norteamericana acolheu os argumentos apresentados pela associação de escoteiros. Nesse sentido BILBAO UBILLOS, 2007, p. 426. Sobre o caso *Boys Scouts of América vs. Dale* 530 US 640 (2000), Diaz de Valdez destaca que: “*Así, por ejemplo, en Estados Unidos se ha considerado que la admisión o selección de miembros puede ser una forma importante de expresión de una asociación y de sus integrantes, la cual se puede ver limitada por normas antidiscriminatorias.*” (DIAZ DE VALDEZ, 2014, p. 163).

³⁶⁰ Sobre o conflito entre autonomia privada e liberdade religiosa, Diaz de Valdez suscita que: “*Otros derechos posiblemente vulnerados por la prohibición de discriminación entre privados son las libertades religiosa y de conciencia. Los problemas aquí han surgido con fuerza en el ámbito de la prestación de servicios y en los colegios, si bien también existen en otras áreas (e.g., acomodación laboral de prácticas religiosas). Gran notoriedad han tenido casos como el rechazo de una pareja de cristianos a alojar parejas homosexuales en*

evangélicos, umbandistas, ou pessoas de outras crenças religiosas, sem que haja a frustração da liberdade associativa ou religiosa?

No âmbito da liberdade associativa, a autonomia para estabelecer as condições e requisitos de associação somente deverá ser limitada quando a qualidade de associado for condição direta e inafastável para o acesso aos bens ou serviços essenciais.³⁶¹ Esse seria o caso das associações profissionais cuja condição de associado seja indispensável para o exercício de outros direitos, inclusive para o próprio exercício da liberdade de profissão, o que não impede que estas associações possam estabelecer em seus estatutos sociais e normativas exigências e deveres a serem observados por aqueles que desejam manter a condição de associado, as quais, uma vez descumpridas, poderão justificar a exclusão daquele associado, desde que observado o procedimento estatutário, assegurada a ampla defesa e o contraditório.³⁶²

6.2.2 Igualdade nas relações familiares e sucessórias

As relações familiares são caracterizadas, notoriamente, por serem permeadas por aspectos relacionados à intimidade, confiança e afetividade entre os indivíduos, de modo que a exigência de tratamento igualitário comprometeria a própria naturalidade ou espontaneidade das condutas humanas. Muitas são as situações que podem aventar discussões acerca da eficácia do princípio da igualdade nas relações jurídicas familiares, todavia, no presente trabalho, a questão será analisada a partir de duas distintas e relevantes perspectivas: a igualdade entre cônjuges ou companheiros e a igualdade entre pais e filhos.

O texto constitucional é expresso ao estabelecer a igualdade de homens e mulheres em direitos e deveres, bem como a igualdade no tratamento dos filhos, pouco importando sua origem, se havidos ou não na constância do casamento, de relações extraconjugais ou mediante processo de adoção. A igualdade entre homens e mulheres está relacionada à distribuição equânime dos deveres oriundos da união familiar, distribuição que deverá

su hotel, donde una prohibición total de la discriminación entre privados obligaría a quién presta el servicio a actuar en contra de sus convicciones morales y religiosas. En el ámbito escolar han surgido diversos conflictos, varios de ellos centrados en la selección de alumnos y en la posibilidad de los establecimientos educacionales de discriminar en la contratación.” (DÍAZ DE VALDEZ, 2014, p. 163).

³⁶¹ Conforme destaca Bilbao Ubillos: “a limitação da autonomia dos grupos privados só se justifica, do ponto de vista constitucional, quando a pertinência a uma associação incide diretamente na efetiva igualdade de oportunidade dos cidadãos na hora de acessar uma série de bens e serviços, ou desfrutar de certas vantagens econômicas, significativas e demonstráveis.” (BILBAO UBILLOS, 2007, p. 428)

³⁶² Conforme preceitos legais contidos no Art. 57, do Código Civil, “A exclusão do associado só é admissível havendo justa causa, assim reconhecida em procedimento que assegure direito de defesa e de recurso, nos termos previstos no estatuto.”

observar as diferenças naturais existentes entre homens e mulheres, sob pena de, ao se conferir um tratamento rigidamente igualitário, desrespeitar a desiquiparação exigida pelo princípio da igualdade e se desrespeitar as diferenças existentes entre os sexos.

Não se pode olvidar que os papéis e funções exercidas por homens e mulheres nas relações familiares passaram por profundas transformações nas últimas décadas, com a sobrelevação do papel da mulher na família, bem como de sua progressiva inserção no mercado de trabalho, de modo que aquela imagem da família tradicional, formada por marido e mulher, na qual o homem é o responsável pelo sustento financeiro familiar, enquanto a mulher responsável pelos afazeres domésticos e cuidados dos filhos, não é mais a única. Torna-se fenômeno cada vez mais frequente a inversão dos tradicionais papéis familiares, a mulher inserindo-se no mercado de trabalho e o homem assumindo os afazeres domésticos. Além do mais, hodiernamente as famílias são muitas e plurais, fugindo à tradicional formação: famílias anaparentais, monoparentais, formadas em razão de laços biológicos, afetivos ou sociais.

O princípio da igualdade não possui, em regra, eficácia nas relações familiares entre cônjuges ou companheiros. Desse modo, a eficácia do princípio da igualdade nas relações familiares somente ocorrerá em hipóteses excepcionais, a partir da análise das peculiaridades e especificidades do caso concreto. Inexistindo normas jurídicas de direito privado para densificar o conteúdo do princípio da igualdade para estas relações jurídicas, não poderão os órgãos jurisdicionais, em regra, se imiscuir nas relações íntimas, privadas, cotidianas e domésticas dos cônjuges ou companheiros, para lhe impor uma obrigação de tratamento igualitário, conformando-as. As relações familiares constituem esfera da existência humana em que o princípio da autonomia privada deve prevalecer sobre o princípio da igualdade.³⁶³ No que tange às relações em que predominam aspectos afetivos, sexuais, íntimos, não há sequer a possibilidade de se cogitar a eficácia do princípio da igualdade.³⁶⁴ Destaque-se que existem espaços da existência humana sequer são afetos ao direito. Conforme saliente Steinmetz:

³⁶³ Conforme destaca Bilbao Ubillos: “a regra geral é a liberdade e, por conseguinte, a inoperância do princípio da igualdade” (BILBAO UBILLOS, 2007, p. 414).

³⁶⁴ Sarmiento aduz que: “a seara das relações intersubjetivas que se revela mais refratária à incidência direta dos direitos fundamentais não é a dos contratos e negócios jurídicos de conteúdo eminentemente patrimonial, mas das vivências afetivas, quando envolverem opções existenciais e personalíssimas da pessoa humana, que não podem ser heteronomamente ditadas, sob pena de sacrifício do sagrado espaço de autodeterminação individual abrigado sob o pálio da dignidade da pessoa humana. Assim, paradoxalmente, é do princípio da dignidade da pessoa humana – fonte axiológica e núcleo irredutível dos direitos fundamentais – que se extrai a mais importante restrição à incidência destes mesmos direitos nas relações entre particulares.” (SARMENTO, 2006, p. 269)

Obrigar os particulares a ter ou a apresentar, sempre, uma justificação racional e objetiva para o tratamento igual ou desigual, seria, na prática, restringir e até mesmo eliminar o direito a fazer escolhas fortuitas, a pautar a sua conduta social por preferências de foro íntimo, a decidir movido por sentimentos de simpatia, empatia e antipatia; em suma, seria restringir ou eliminar o direito de ser livre para conduzir-se segundo motivações não racionalizáveis ou não controláveis intersubjetivamente (STEINMETZ, 2004, p. 262).³⁶⁵

Nas relações entre pais e filhos a eficácia do princípio da igualdade é restrita e cautelosa. O texto constitucional estabelece de forma expressa no parágrafo sexto, de seu artigo 227, que os filhos, havidos ou não da relação matrimonial, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, sendo proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. O referido preceito constitucional materializa o princípio da igualdade e proíbe a prática de discriminações em razão da origem da filiação, não se admitindo qualquer designação que possa sugerir sua origem, o qual é repetido pelo artigo 20 do Estatuto da Criança e do Adolescente.³⁶⁶

Ao estabelecer a proibição de discriminação, sobretudo no que diz respeito à qualificação ou designação, o texto constitucional tutela, além do princípio da igualdade, a dignidade dos filhos, evitando que sejam pejorativamente qualificados como adotivos ou espúrios. O tratamento igualitário estabelecido pelo texto constitucional, todavia, não se estenderá às relações afetivas, haja vista que o ordenamento jurídico não pode pretender que os pais manifestem afeto em relação aos filhos com a idêntica intensidade.³⁶⁷ Mas então, em que consiste a igualdade de direitos preceituada no parágrafo sexto, do artigo 227, do texto constitucional?

Seria legítimo aos pais, em razão de sua condição econômica ou objetivando educar seu filho que não demonstra compromisso com os estudos, matriculá-lo em escola pública, como forma de educá-lo, mantendo os demais filhos em escolas particulares?³⁶⁸

³⁶⁵ Em igual sentido Vieira de Andrade para quem os particulares, por força do princípio da igualdade, não estão obrigados a sempre pautar as suas condutas por imperativos de racionalidade, devendo ser protegidos espaços de agir espontâneos e até mesmo espaços de arbitrariedade na realização de suas escolhas e decisões. (VIEIRA DE ANDRADE, 2010, p. 297). Canotilho, em defesa da proteção de um “núcleo irreduzível da autonomia pessoal”, sustenta que “os direitos fundamentais não podem aspirar a uma força conformadora de relações privadas dado que isso significaria um confisco substancial da autonomia pessoal e à qual não se pode contrapor um direito subjectivo público ou privado, cujo o núcleo essencial seja sacrificado por uma utilização anormal dessa autonomia” (CANOTILHO, 2006, p. 1158)

³⁶⁶ Art. 20. Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

³⁶⁷ Segundo preleciona Pinto “a vida jurídico-privada, para além das incertezas derivadas da caráter muito genérico dos preceitos constitucionais, conheceria uma extrema rigidez, inautenticidade e irrealismo, de todo o ponto indesejáveis.” (PINTO, 2007, p. 75)

³⁶⁸ Conforme entendimento de diversos autores, a diferença de tratamento somente será considerada ilícita

Seria possível ao pai custear curso de inglês, aulas de natação ou de piano a apenas um dos filhos, ou não fazê-lo apenas em relação a um deles? Estariam os pais obrigados a conferir idêntico tratamento aos filhos, lhes assegurando as mesmas condições de acesso a bens e direitos, ou obrigados a lhes conferir idêntico tratamento afetivo?

A própria legislação civil, assegurando a liberdade contratual e autonomia privada, tutela o tratamento diferenciado no âmbito de relações jurídicas familiares e sucessórias quando, por exemplo, possibilita que o doador ou testador, conforme preceitos legais contidos nos artigos 549 e 1789 ambos do Código Civil³⁶⁹, disponham livremente da metade de seus bens ou da herança. Assim, no que tange a parte disponível, poderá o doador ou testador optar por doá-la ou destiná-la de forma diferenciada entre seus filhos ou, inclusive, doá-la ou destiná-la a apenas um de seus filhos sem que os demais possam nulificá-la sob alegação de violação ao princípio da igualdade.³⁷⁰

Cumprido destacar a possibilidade do pai ou mãe livremente disporem da metade de seus bens ou da herança baseando-se sua decisão na procedência da filiação, por exemplo, ao doar ou testamentar a metade disponível de seus bens exclusivamente aos filhos havidos na constância do casamento ou adotivos, permanecendo a outra metade dos bens sujeitas à partilha legal, não se aplicando, a essas situações, os preceitos constitucionais contidos no parágrafo sexto, do artigo 227, da Constituição da República, que assegura genericamente a igualdade de direitos entre os filhos.³⁷¹ Sobre a questão, Steinmetz se posiciona no sentido de ser permitido à pessoa dispor livremente da fração disponível de seus bens:

Nesse sentido, a título de exemplificação, o testador não está obrigado a dividir em parte iguais os bens que compõem a fração disponível, o comerciante a dar igual

quando orientada por um preconceito, tiver por objetivo impor um tratamento injusto, excludente, segregador, ou seja, quando para além da discussão da violação do princípio da igualdade, importar na violação da dignidade do indivíduo que recebeu o tratamento diferenciado. Nesse sentido ver (CANOTILHO, 2006, p. 1159); (VIEIRA DE ANDRADE, 2009, p. 268); (SILVA, 2008, p. 168); (MC CRORIE, 2005, p. 47); (BILBAO UBILLOS, 2007, p. 407-409); (PINTO, 1999, p. 77); (AGUILA-REAL, 1993, p. 114); (STEINMETZ, 2004, p. 245)

³⁶⁹ Art. 549. Nula é também a doação quanto à parte que exceder à de que o doador, no momento da liberalidade, poderia dispor em testamento. Art. 1.789. Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança.

³⁷⁰ Neste caso o tratamento diferenciado poderia, inclusive, levar em consideração o fato de se tratar de filho biológico, adotivo ou espúrio. Destaque-se, que no caso específico existe, inclusive, norma constitucional específica relativa a igualdade entre filhos.

³⁷¹ Poderia se questionar se seria nula uma cláusula testamentária em que um pai preveja a exclusão de uma das filhas da parte disponível da herança caso essa se case com um negro, com homem não católico, ou detentor de outra característica. Nessa hipótese a filha teria o direito de exigir o tratamento igualitário em relação aos demais irmãos? Situação semelhante foi objeto de análise pelo ordenamento jurídico inglês, no caso *Blathwayt vs Baron Cawley*, no qual se considerou válida uma cláusula testamentária que continha restrições ao recebimento de herança ao herdeiro que se tornasse católico romano. Em França foi considerada inválida cláusula testamentária que continha restrições ao recebimento de herança caso qualquer dos herdeiros se casasse com um judeu. (CLAPHAM, 1998, p. 302) e (RAYNAUD, 2003, p. 113)

desconto no preço de uma mercadoria para amigos e não amigos, o esportista a conceder entrevista a todas as empresas de comunicação, o jornal a publicar na coluna de opinião todos os artigos que recebe, o professor a manifestar simpatia ou amizade por todos os alunos, o médico cirurgião a cobrar igual preço de todos quando igual for o procedimento, o locador a conceder iguais descontos ou carências para todos os seus locatários (STEINMETZ, 2004, p. 262).

O tratamento desigual na distribuição da parte disponível da herança, autorizado pelo ordenamento jurídico, pode ser fruto da desigualdade afetiva, decorrente de uma predileção pura e simples, ou de uma maior preocupação dos pais com determinado filho, em razão de eventuais peculiaridades que lhe são inerentes. Não se pode olvidar serem as relações familiares esferas da existência humana em que predomina a autonomia privada, na qual o princípio da igualdade possuirá restrita e excepcional eficácia. Aduzir a eficácia absoluta do princípio da igualdade nas relações paterno-filiais, impondo rigidamente aos pais e filhos que tratem uns aos outros com elegante igualdade em suas relações, obrigando-o a justificar de forma objetiva qualquer desvio dessa regra, produziria consequências absurdas,³⁷² decorrentes da juridicização de obrigações afetivas.

Quando o texto constitucional preceitua a igualdade entre filhos, não está a impor rigidamente a cada indivíduo que trate os demais com elegante igualdade em suas relações, obrigando-o a justificar de forma objetiva qualquer desvio, mas a proibir que os filhos, em razão de sua origem, recebam tratamentos discriminatórios no que tange a sua qualificação e designação, bem como no sentido de ser proibido que recebam partes desiguais da herança legítima. Não se pode pretender tornar jurídicas obrigações que são essencialmente morais ou afetivas, correndo-se o risco de transformar as relações familiares em manifestações irrealis e inautênticas, alicerçadas em falsos ou planejados sentimentos de carinho e amor decorrentes muito mais de uma imposição normativa, do que baseados em sentimentos reais e autênticos de amor, carinho e proteção decorrentes da própria natureza e convivência humanas.³⁷³

³⁷² Para Mc Crorie: *“A liberdade é liberdade para a irracionalidade, inconsequência, ilógica, incoerência, devendo as relações dos cidadãos entre si ser, em princípio, determinadas pelas própria partes. É duvidoso que o direito privado, no qual os indivíduos actuam uns com os outros livre e arbitrariamente seja o espaço jurídico para se impor uma moral oficial.”* (MC CRORIE, 2005, p. 45)

³⁷³ Sob essa perspectiva é discutível a possibilidade de indenização por abandono afetivo, tal como discutido pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial n.º 1.159.242. Conforme voto preferido pelo Ministro Massami Uyeda, *“Ora, se atentarmos para a realidade dos fatos, qualquer filho, qualquer filha, enfim, qualquer pessoa poderá dizer assim: mas estou sendo preterido em relação aos meus irmãos e qualquer dado subjetivo poderia motivar um pedido de indenização por dano moral. Ora, isso faria com que quantificássemos ou potencializássemos as mágoas íntimas – muitas legítimas, algumas supostamente legítimas – de filhos, de irmãos, de pais, de marido e mulher também, porque o dever dos cônjuges está entre prestar assistência, amar e tal. E os estudos indicam que esse amor é uma coisa da convivência.”* (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICA, RECURSO ESPECIAL n.º 1.159.242, Rel. Min. Nancy Andrighi; DJ 10.05.2012)

Seria plausível ao ordenamento jurídico exigir dos pais que tratem seus filhos de idêntico modo? Além de ser humanamente impossível exigir o tratamento igualitário, há que se destacar que nem sempre o tratamento igualitário será o desejável, uma vez que este poderia conduzir os filhos a uma situação de desigualdade, pois são, por natureza, diferentes. Um pode ser mais propenso à prática de esportes, outro às artes, outro às línguas estrangeiras, de modo que os pais deverão preocupar-se efetivamente em assegurar aos filhos um ambiente familiar adequado e os meios possíveis para que os filhos possam livremente desenvolver sua personalidade, promovendo sua dignidade. O que o princípio da igualdade e a proibição de discriminação proíbem é o tratamento desigual em relação ao dever de amparo, de cuidado,³⁷⁴ bem como aqueles tratamentos diferenciados que conduzam o filho a uma situação degradante, vexatória ou humilhante, vulneradora de sua dignidade.

6.2.3 Igualdade nas relações em que predominam aspectos relacionados à intimidade e privacidade, a religiosidade ou confiança

Nas relações jurídicas entre particulares em que predominam aspectos relacionados à intimidade, privacidade ou confiança o princípio da igualdade terá reduzida ou nenhuma eficácia, especialmente em razão da ausência ou da reduzida repercussão social da conduta. Desse modo, quanto maior for a repercussão social do tratamento diferenciado, maior será a propensão em se admitir a eficácia do princípio da igualdade nas relações jurídicas entre particulares. Deve se verificar se o tratamento diferenciado constituiu uma conduta generalizada e reiterada ou se está diante de uma conduta praticada no âmbito de um negócio jurídico isolado.³⁷⁵ Nas relações jurídicas que não possuem ou têm reduzida repercussão social, nas quais predominam aspectos relacionados à intimidade, privacidade e confiança o princípio da igualdade não possuirá qualquer eficácia, sob pena de aniquilamento da autonomia privada supressão do espaço privado de escolhas individuais.

³⁷⁴ Em igual sentido Azevedo destaca que “o descaso entre pais e filhos é algo que merece punição, é abandono moral grave, que precisa merecer severa atuação do Poder Judiciário, para que se preserve não o amor ou a obrigação de amar, o que seria impossível, mas a responsabilidade ante o descumprimento do dever de cuidar, que causa o trauma moral da rejeição e da indiferença” (AZEVEDO, 2004, p. 14).

³⁷⁵ Conforme destaca Bercovitz Rodrigues-Cano: “En principio cabe afirmar que el principio de igualdad tendrá un escaso margen de incidencia en los negocios jurídicos a título gratuito, salvo cuando los mismos puedan tener un mayor alcance social (...) Su incidencia será mayor en la contratación dirigida al público en general (prestación que recalga sobre materias socialmente importantes), sobre todo cuando el sujeto discriminador tenga una posición dominante en el mercado o en la sociedad.” (BERCOVITZ RODRIGUES-CANO, 1990, p. 425)

Assim, alguém que deseja organizar sua festa de aniversário ou casamento poderia, por exemplo, demonstrar sua preferência em contratar uma cerimonialista do sexo feminino, por considerá-las mais detalhistas e organizadas, detentoras de características que melhor atendam aos seus interesses. Do mesmo modo, aquele que deseja contratar um motorista para realizar o transporte de uma localidade a outra pode manifestar sua preferência pela contratação de pessoa do sexo masculino ou mais velha, por considerar essas características indicadoras de maior destreza e experiência na condução do veículo automotor. Essa mesma lógica pode ser aplicada para a escolha do empregado doméstico, em razão das especificidades do trabalho a ser realizado, em especial, pelo fato de ser realizado no ambiente familiar.

No âmbito das relações locatícias, poderia o proprietário, ao locar seu imóvel, estabelecer restrição à locação para pessoas que tenham filhos, pessoas jovens, solteiras, proprietárias de cachorro, com o objetivo de assegurar o sossego da vizinhança? No âmbito do contrato de constituição de sociedade empresária, poderia ser estabelecida cláusula proibitiva da transferência das quotas sociais a pessoas do sexo feminino ou possuidora de pouca idade, alegando questões de confiança ou motivações de índole pessoal? Seria lícita a cláusula que, no âmbito de uma convenção de condomínio, estabeleça como exigência para a compra de imóvel que a pessoa comprove possuir determinada renda mínima ou que adote normas específicas para edificação, de modo a assegurar um padrão construtivo para a localidade? Conforme destaca Montoya Melgar:

Do nosso ponto de vista, a proteção da intimidade e da liberdade individual fazem com que cada sujeito, discricionariamente, possa decidir com quem contrata e em que condições e não tem que dar explicações a ninguém, nem justificar suas decisões. O que é preciso combater é a discriminação social, as condutas que tenham uma proteção social e discriminação social, as condutas que tenham uma projeção social e que, em consequência, resultam intoleráveis. É dizer, é preciso combater – se é que existe – a discriminação ao acesso de bens e serviços que se proporcione ao público: seja um simples comércio, a realização de um contrato com uma entidade bancária, etc. Dessa maneira, há que se diferenciar sempre dos níveis: a esfera estritamente privada e os contratos com projeção social ou com consumidores nos quais deve se erradicar qualquer traço de discriminação (MONTROYA MELGAR, 2007, p. 463, tradução nossa).³⁷⁶³⁷⁷

³⁷⁶ Conforme original: “Desde nuestro punto de vista, la protección de la intimidad e de la libertad individual hacen que cada sujeto, discrecionalmente, pueda decidir con quien contrata y en que condiciones y no tiene por que dar explicaciones a nadie, ni justificar sus decisiones. Lo que sí se hace preciso combatir es la discriminación social, las conductas que tengan una proyección social y que, en consecuencia resultan intolerables. Es decir, es preciso combatir – se es que existe – la discriminación en el acceso a bienes y servicios que se proporcionen al público: ya sea un simple comercio, la realización de un contrato con una entidad bancaria, etc. De esta manera, hay que diferenciar siempre dos niveles: la esfera estrictamente privada y los contratos con proyección social o con consumidores en los que debe erradicarse cualquier atisbo de discriminación.”

Deve se reconhecer que em relações jurídicas em que há o predomínio de questões atinentes à vida privada ou à esfera familiar é indispensável se resguardar a possibilidade de que os particulares escolham livremente os contratantes que melhor atendam aos seus interesses, tal como ocorre, por exemplo, nas relações jurídicas de natureza associativa ou naquelas referentes à locação de bens imóveis.^{378 379} Cerdá Martínez-Pujalte aduz que, “junto com a liberdade de associação, é também relevante a proteção da esfera privada e da vida familiar assim como os negócios existentes neste contexto”, e destaca a importância de que, “com referência à vida privada, que inclui a vida familiar, mas vai mais além, se está respeitando o âmbito em que cada pessoa fica livre da observação pública e pode comportar-se assim mesmo, livremente.”^{380 381}

Sob essa perspectiva é lícito que aquele que promova a locação de um quarto ou imóvel se recuse a contratar com pessoas do sexo masculino em razão da necessidade de se tutelar a intimidade ou privacidade dos outros locatários do sexo feminino, como ocorre, por exemplo, nas relações locatícias destinadas à constituição de repúblicas estudantis. Nas relações locatícias, os particulares são detentores de uma ampla margem de discricionariedade para estabelecerem as condições e requisitos para a conclusão do negócio jurídico, bem como para elegerem o outro sujeito contratual, desde que o particular não faça uma oferta pública de sua intenção de locar o imóvel, situação na qual estavará vinculado às condições previamente estabelecidas.

³⁷⁷ Segundo destaca Aguilera Rull: “*Sólo se el trato discriminatório tiene lugar em el ámbito de la vida privada y familiar, estará éste permitido*” (AGUILERA RULL, 2009, p. 16)

³⁷⁸ Aqui se refere àquelas relações jurídicas em que um particular aluga seu imóvel, sem que tal ato represente constituía sua atividade empresarial; aqueles casos em que o particular aluga seu próprio imóvel ou parte de seus cômodos a terceiros em uma espécie de pensionato, bem como naquelas em que o imóvel se destina a abrigar público de determinado sexo, tal como ocorre nas repúblicas estudantis.

³⁷⁹ Nesse sentido, de acordo com a Seção 19, da Lei Geral de Tratamento Igualitário alemã “(3) *In the case of rental of housing, a difference of treatment shall not be deemed to be discrimination where they serve to create and maintain stable social structures regarding inhabitants and balanced settlement structures, as well as balanced economic, social and cultural conditions.*

(4) *The provisions set out in Part 3 shall not apply to obligations resulting from family law and the law of succession.*

(5) *The provisions set out in Part 3 shall not apply to civil-law obligations where the parties or their relatives are closely related or a relationship of trust exists. As regards tenancy, this may in particular be the case where the parties or their relatives use housing situated on the same plot of land. The rental of housing for not only temporary use shall generally not constitute business within the meaning of Subsection (1) No 1 where the lessor does not let out more than 40 apartments in total.”*

³⁸⁰ CERDÁ MARTINEZ-PUJALTE, 2009, p.120.

³⁸¹ De acordo com a exposição de motivos da Diretiva 2004/113/CE, esta reconhece que “*ao mesmo tempo que se proíbe a discriminação, é importante respeitar outros direitos e liberdades fundamentais, designadamente a proteção da vida privada e familiar e das transações efetuadas neste contexto, bem como salvaguardar a liberdade de religião.*”

No que diz respeito às relações privadas em que há influência de aspectos atinentes à religiosidade de um dos contratantes, interessante mencionar e analisar dois casos ocorridos, um na Irlanda do Norte ou outro nos Estados Unidos, que servirão de exemplo para demonstrar quão tormentosa é a questão da eficácia do princípio da igualdade nas relações jurídicas entre particulares. Em ambos os casos, os proprietários de confeitarias se recusaram a fazer, sob encomenda, bolos para casais homoafetivos, alegando que o atendimento ao pedido contrariaria suas convicções pessoais e religiosas.

No caso norteamericano, a Comissão Estadual de Direitos Civis, manifestou-se no sentido de que o confeiteiro estaria obrigado, em nome do princípio igualdade e da proibição da discriminação, a confeitar o bolo, independentemente de sua convicção religiosa. No caso irlandês, a Confeitaria Ashers, nome extraído de uma tribo bíblica de Israel, recusou a confeitar um bolo alegando questões religiosas para justificar a recusa. A justiça de primeira instância considerou a recusa ilícita por ser discriminatória, uma vez que não estaria assentada em qualquer justificativa legítima.³⁸²

6.4 Diretrizes interpretativas para a eficácia do princípio da igualdade nas relações jurídicas entre particulares

Analisadas as relações jurídicas em que o princípio da igualdade terá nenhuma ou reduzida eficácia, em razão das especificidades que lhes são inerentes, indispensável propor alguns critérios que poderão ser utilizados, quando da análise do caso concreto, para se determinar o grau de eficácia do princípio da igualdade nas relações jurídicas entre particulares, tais como a autenticidade do exercício da autonomia privada, a unilateralidade ou bilateralidade do tratamento diferenciado, o grau de afetação da dignidade da pessoa em relação a qual houve a recusa de contratação ou foi conferido o tratamento diferenciado, critérios que, em diversas situações estarão diretamente interrelacionados.

6.4.1 Autenticidade do exercício da autonomia privada pelos sujeitos contratuais

Um dos aspectos que deverá ser considerado para determinar a maior ou menor tutela a autonomia privada é o grau de autenticidade da vontade externalizada pelos contratantes quando da celebração do negócio jurídico, se a autonomia é real ou aparente. Esse critério,

³⁸² Note-se que em ambos os casos há oferta pública de bens ou serviços, característica que afasta a configuração de ambas situações como relações jurídicas estritamente privadas.

adotado por diversos estudiosos da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares, tais como Sarmiento³⁸³, Steinmetz³⁸⁴ e Silva³⁸⁵, dentre outros³⁸⁶, tem como finalidade avaliar se a externalização da vontade ocorreu de forma livre, espontânea e consentida, ou se foi maculada por fatores externos de pressão, decorrentes, principalmente, da desigualdade entre os contratantes.

Assim, quanto mais autêntica for a vontade externalizada pelos contratantes, em especial, por aquele a quem foi conferido o tratamento diferenciado, maior deverá ser a tutela à autonomia privada e menor a eficácia do princípio da igualdade naquela relação jurídica contratual. Esse é o entendimento de Branco, que destaca que nas relações jurídicas privadas em que os contratantes estiverem em situação de relativa igualdade e que as vontades das partes não tenham sido influenciadas por uma posição de superioridade do outro contratante, maior deverá ser a primordialidade a ser conferida ao princípio da autonomia privada. Segundo o autor:

Não é dado que, em nome da autonomia privada, se venha a destruir a liberdade e dignidade dos outros. É de se admitir, em princípio, que os direitos fundamentais sejam aplicáveis nas relações privadas, quando uma das partes conta com uma posição de supremacia, mesmo fática, sobre outrem. No âmbito das relações entre particulares em relativa igualdade de condições o problema se torna mais complexo, haverá de se proceder a uma ponderação entre os valores envolvidos, com vistas a se alcançar uma harmonização, no caso concreto, entre eles (concordância prática). Há que se buscar não sacrificar completamente um direito fundamental nem o cerne da autonomia da vontade (BRANCO, 2000, p. 180).

Silva destaca que a aferição da autenticidade da vontade externalizada não pode se limitar a verificação da simetria entre os contratantes, ou seja, ausência de pressões internas, devendo abranger também a verificação da existência de pressões externas à própria relação jurídica contratual. Vale, por sua vez, destaca a necessidade de que seja assegurada a ausência de coações, seja física, moral ou econômica, de modo a evitar que a vontade externalizada caracterize-se apenas como um consentimento meramente tolerado, uma sujeição de um contratante ao poder negocial do outro. Deve-se, dessa forma, analisar se a vontade teve sua autenticidade maculada por quaisquer dos vícios do consentimento disciplinados na parte geral do Código Civil, tais como o erro, dolo, coação, fraude, simulação ou lesão. Conforme destaca Novais, ao tratar da renúncia ou restrição a direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares:

³⁸³ SARMENTO, 2006, p. 262.

³⁸⁴ STEINMETZ, 2004, p. 226.

³⁸⁵ SILVA, 2008, p. 158.

³⁸⁶ VALE, 2004. NOVAIS, 2007. BRANCO, 2000.

(...) a declaração de vontade só é válida quando emitida conscientemente e voluntariamente, numa situação em que quem renuncia está em condições de avaliar todas as consequências da sua decisão e decide tanto quanto possível livre de constrangimentos, ameaças ou coações, mas, mais ainda, quando as partes da relação jurídica se encontrem numa situação de poder negocial equilibrado, em que, no fundo, a renúncia a uma posição de direito fundamental signifique um exercício autónomo de liberdade e não um mero disfarce de uma restrição heterenoma não admissível (NOVAIS, 2007, p. 304).

A análise da autenticidade da vontade estará, todavia, prejudicada nos casos em que se estiver diante de ato unilateral do particular que se recusa a celebrar um negócio jurídico em razão da raça, origem étnica, sexo, orientação sexual, religião, ou outra característica inerente ao outro particular, uma vez que nessa situação sequer haverá vontade para ser analisada. É por esse motivo que Sarmiento entende ser mais adequado analisar a existência de desigualdades fáticas entre os contratantes, pois segundo argumenta, aferir a autenticidade da vontade somente é possível nos casos em que ambos contratantes a expressaram.³⁸⁷

O entendimento de Sarmiento é o adotado pelas legislações antidiscriminatórias alemã, portuguesa e espanhola, que tratam de forma diferenciada as relações estritamente privadas, marcadas por certo grau de igualdade entre os contratantes, e aquelas relações jurídicas privadas de natureza consumerista, em que o fornecedor de bens ou prestador de serviços detém uma posição privilegiada em relação aos consumidores, bem como naquelas relações em que um dos particulares detém posição monopolística no mercado ou atua em substituição ao poder público, nas quais um dos contratantes também deterá posição privilegiada.

6.4.2 Unilateralidade ou bilateralidade do tratamento diferenciado

Ao se analisar a eficácia do princípio da igualdade e da proibição de discriminação nas relações jurídicas entre particulares há que se ter em vista que o tratamento diferenciado pode decorrer de um ato unilateral do particular que se recusa a celebrar um negócio jurídico em razão da raça, origem étnica, sexo, orientação sexual, religião, ou outra característica inerente ao outro particular, ou de um tratamento diferenciado verificado no âmbito de um negócio jurídico bilateral em que um dos particulares confere tratamento distinto ao outro, ao

³⁸⁷ SARMENTO, 2006, p. 264. Conforme salienta Sarmiento: “Quando o atingido não participa do ato gerador da lesão ao seu direito fundamental, está em jogo apenas a autonomia privada da outra parte da relação jurídica. Neste caso, o peso atribuído à autonomia privada é menor. Já quando a vítima empresta seu consentimento ao ato, o que se dá sobretudo nos casos envolvendo a aplicação de cláusulas contratuais, torna-se necessário considerar a autonomia da vontade das duas partes envolvidas. Por isso, o peso da autonomia, na ponderação de interesses, tende a ser maior, sobretudo, quando se tratar de uma relação paritária, em que não se presume a falta de uma liberdade real.” (SARMENTO, 2006, p. 270).

estabelecer condições contratuais diversas das normalmente utilizadas em contratações pretéritas.

A diferença assenta-se no fato de que, na primeira hipótese, a manifestação da vontade do particular destinatário do tratamento diferenciado não tem qualquer relevância, uma vez que a recusa em contratar decorre de ato unilateral. Um dos particulares sequer chega a exercer sua autonomia privada e sua liberdade de contratação, dada a prévia recusa em contratar manifestada pelo outro particular. Alfaro Aguila-Real sustenta que a negativa de contratar será considerada ilícita quando a negativa impuser tratamento humilhante, degradante ou vexatório ao discriminado, atentando contra sua dignidade, principalmente quando baseado em critérios imodificáveis ou historicamente utilizados para estigmatizar determinada categoria ou grupo de pessoas, tais como raça ou origem étnica.

Nesse sentido é que, em se tratando de oferta pública de bens ou serviços, deverá o proponente especificar previamente as condições de contratação, tais como preço, limite de idade, dentre outras condições do negócio jurídico a ser celebrado, uma vez que a proposta lhe vinculará. Ao se estabelecer previamente as condições de fornecimento de bens ou prestação de serviços, aquele que não atender às especificações contidas na proposta pública, dificilmente poderá alegar violação ao seu direito à tratamento igualitário, exceto quando as próprias condições de contratação, em razão de sua natureza, constituírem condições discriminatórias, não justificadas por objetivos legítimos ou razoáveis, tal como ocorreria caso o critério estabelecido seja a raça, a orientação religiosa ou orientação sexual da pessoa.

Para além desta hipótese, nos casos em que alguém se recusa a contratar em razão das características de outrem será relevante analisar se ele detém uma posição monopolística no mercado. Quando a recusa provém de um particular que detém situação monopolística, sua conduta implicará em obstáculo ao acesso a determinado bem ou serviço, uma vez que o outro particular não terá a quem recorrer para satisfazer as suas necessidades ou interesses. De igual modo deverá ser considerada a essencialidade do bem ou serviço ofertado, uma vez que, quanto maior a essencialidade, como ocorre com bens ou serviços relacionados à promoção da saúde, educação, hospedagem, alimentação, menor deverá ser a tutela a ser conferida à autonomia privada.³⁸⁸

Na segunda hipótese, o negócio jurídico é celebrado entre os particulares, que exercem sua autonomia privada e liberdade de contratação para definir a forma e o conteúdo do contrato. Nessa hipótese, há que se questionar a validade da renúncia ao tratamento

³⁸⁸ REY MARTINEZ, 2003, p. 65. SARMENTO, 2006; MC CRORIE, 2005. SILVA, 2008.

igualitário. Seria possível ao particular consentir como o tratamento diferenciado renunciando a eficácia do princípio da igualdade e da proibição de discriminação no âmbito da relação jurídica entre particulares? O cerne da diferença entre as duas situações está no fato de que, quando o tratamento diferenciado foi, de certo modo, consentido pelo indivíduo, que anuiu com o conteúdo das cláusulas contratuais estabelecidas, mesmo ciente de que elas materializam um tratamento diferenciado, quando comparadas com negócios jurídicos celebrados anteriormente com outros particulares, haverá que se perquirir a autenticidade da vontade externalizada.

Nos casos em que o destinatário anuiu com o tratamento diferenciado, indispensável avaliar a autenticidade de sua manifestação de vontade, se real e autêntica ou apenas aparente, por ter sido influenciada pela assimetria por ventura existente entre os particulares. Quando mais autêntica e real for a manifestação de vontade, maior proteção deverá ser conferida ao exercício da autonomia privada, compreendendo como lícito o tratamento diferenciado. Se as relações entre os particulares forem marcadas pela assimetria e esta condição influenciar a autenticidade do consentimento do particular, menor deverá ser a proteção conferida à sua autonomia privada, considerando ilícito o tratamento diferenciado, mesmo que avençado contratualmente.

Nos casos dos negócios jurídicos de natureza consumerista, nos quais a relação é marcada pela assimetria das partes, haverá acentuada tendência em se conferir maior proteção ao princípio da igualdade, desde que constatado que a assimetria interferiu na autenticidade do consentimento manifestado pelo particular que aderiu às condições contratuais, mesmo que diversas daquelas normalmente praticadas com outros. Insta salientar que, em regra, os contratos de natureza consumerista, como fruto da massificação das relações jurídicas contratuais, constituem contratos de adesão, nos quais um dos contratantes apenas manifesta sua adesão ao contrato, não lhe sendo oportunizado modificar substancialmente o seu conteúdo, apenas inserir algumas cláusulas não previamente determinadas, de modo que a sua liberdade contratual é reduzida.³⁸⁹

³⁸⁹ Conforme preleciona Rodrigues: *“A idéia de contrato de adesão surge em oposição à de contrato paritário. No conceito clássico de contrato, admite-se uma fase em que se procede ao debate das cláusulas da avença na qual as partes, colocadas em pé de igualdade, discutem os termos do negócio. É a chamada fase de pontuação, onde as divergências são eliminadas através da transigência dos contraentes. A este tipo de negócio dá-se o nome de contrato paritário, pois supõe-se a igualdade entre os interessados. No contrato de adesão, a fase inicial de debates e transigência fica eliminada, pois uma das partes impõe à outra, como um todo, o instrumento inteiro do negócio, que esta, em geral, não pode recusar.”* (RODRIGUES, 2006, p. 45) De acordo com Gomes: *“contrato de adesão é o negócio jurídico no qual a participação de um dos sujeitos sucede pela aceitação em bloco de uma série de cláusulas formuladas antecipadamente, de modo geral e abstrato, pela outra parte, para constituir o conteúdo normativo e obrigacional de futuras relações concretas.”* (GOMES, 1996, p. 4)

Nas relações jurídicas de natureza consumerista, em que há oferta de bens e serviços ao público, há que se destacar que o ordenamento jurídico não pode pretender que os particulares confirmem tratamentos estritamente igualitários, uma vez que é da própria essência das relações jurídicas privadas a liberdade de estipulação do conteúdo contratual, de modo que é natural que cada contrato contenha conteúdo específico, objeto de negociação entre os particulares. O que não se admite é que aquele que fez a oferta pública se recuse a cumprir seus termos e condições, em razão de características do pretense contratante, salvo se elas tiverem sido excepcionadas na própria proposta e desde que não atentatórias contra a dignidade da pessoa.

6.4.3 Afetação da dignidade da pessoa

Outro aspecto a se analisar para a definição da licitude da discriminação está em se verificar se o tratamento diferenciado viola a dignidade da pessoa discriminada, haja vista que, constatada a existência de lesão à dignidade da pessoa, em razão de sua exposição a uma situação degradante, vexatória ou humilhante, o tratamento diferenciado será considerado ilícito. Alfaro Aguila-Real indica três circunstâncias que, observadas, aumentam a probabilidade de que o tratamento diferenciado seja considerado ilícito.

A primeira se verifica quando a negativa de contratação ou a contratação sob condições distintas se basear em uma característica pessoal imodificável ou muito dificilmente modificável como, por exemplo, a raça ou origem étnica.³⁹⁰ A segunda se verifica quando a negativa de contratação ou a contratação sob condições distintas se basear em uma característica que tenha sido historicamente utilizada para definir a condição social de uma pessoa, tais como raça, sexo ou religião. A terceira se verifica quando a discriminação é pública, tal como nos casos em que há oferta de bens e serviços ao público em geral, situação na qual, uma recusa de contratação ou contratação sob condições diferentes será conhecida por diversas pessoas, conduzindo o discriminado à vexação pública.³⁹¹

Bilbao Ubillos sugere dois critérios que poderiam ser utilizados para definir a medida da eficácia do princípio igualdade nas relações jurídicas entre particulares. Segundo o autor, além de analisar a existência de assimetria entre os contratantes, deve se verificar se houve afetação da dignidade da pessoa humana:

³⁹⁰ Esse também é o entendimento de Neuner para quem os tratamentos diferenciados baseados em características imodificáveis somente serão admissíveis no âmbito das relações jurídicas estritamente privadas, não sendo lícitas nos casos em que há oferta pública de bens e serviços. (NEUNER, 2003, p. 63)

³⁹¹ ALFARO AGUILA-REAL, 1993, p. 118-119.

Existem dois critérios que poderiam ser úteis na hora de medir a incidência dos direitos fundamentais no tráfico jurídico privado. Em primeiro lugar, a presença de uma relação assimétrica, na qual uma das partes ostenta uma posição de clara superioridade frente a outra. Quanto maior seja a desigualdade de fato entre os sujeitos da relação, maior será a margem de autonomia privada cujo sacrifício é admissível. Dito de outro modo, quanto menor seja a liberdade da parte débil da relação, maior será a necessidade de proteção. Em segundo lugar, essa incidência será mais intensa quando a própria dignidade da pessoa humana se ver diretamente afetada (BILBAO UBILLOS, 2007, p. 41).³⁹²

Contrapondo o princípio da autonomia privada ao princípio da igualdade, Alfaro Aguila-Real, analisa a proibição de discriminação sob a perspectiva da liberdade de contratação, aduzindo que o exercício da autonomia privada não pode ser abusivo, de modo que a liberdade contratual encontra limite na cláusula geral do abuso de direito, a qual impede e rechaça o uso antissocial do direito, bem como na tutela à dignidade da pessoa humana.³⁹³ O autor destaca que a diferenciação realizada pelo contratante não pode conduzir o outro sujeito a uma condição de indignidade, de modo a violar o princípio da dignidade da pessoa humana, traduzindo-se em exercício abusivo e antissocial da autonomia privada e da liberdade de contratação. Sustenta que o princípio da igualdade não vincula diretamente os particulares em suas relações jurídicas privadas, uma vez que somente considerar-se-á ilícito o tratamento diferenciado quando, para além de contradizer com o princípio da igualdade, violar o princípio da dignidade da pessoa humana.³⁹⁴ Destaca Alfaro Aguila-Real:

O que se sucede é que o risco de tratamento vexatório ao qual temos aludido se atualiza especialmente em relação à negativa a contratar discriminatória (em

³⁹² Conforme original, “(...) hay dos criterios que podrian ser utiles a la hora de medir la incidencia de los derechos fundamentales en lo trafico jurídico privado. En primer lugar, la presencia de una relación asimétrica, en la que una de las partes ostenta una posición de clara superioridad frente a la otra, Cuanto mayor sea la desigualdad de facto entre los sujetos de la relación, mayor será el margen de autonomía privada cuyo sacrificio es admisible. Dicho de otro modo, cuanto menor sea la libertad de la parte débil de la relación, mayor será la necesidad de protección. En segundo lugar, esa incidencia será más intensa cuando es la propia dignidade de la persona humana que se ve directamente afectada.”

³⁹³ ALFARO AGUILA-REAL, 1993. Ao tratar do abuso de direito, Martin Martin, destaca que, “El ejercicio antissocial de los derechos subjetivos no se permite por la ley. Se trata de un concepto jurídico que responde lo que se conoce como indeterminado, y por supuesto exige el estudio detallado de todas las circunstancias para precisar la existencia singular de un ejercicio antissocial de un derecho subjetivo. Por ello, es indispensable el estudio de la conducta objetivamente considerada y puesta en relación con los intereses colectivos, de tal manera que si estos segundos sufren una quebra innecesaria o inacetable, la conducta merece la sanción que el precepto contempla.” (MARTIN MARTIN, 2011, p. 112)

³⁹⁴ ALFARO AGUILA-REAL, 1993. Segundo Martin Martin, “En definitiva, la libertad humana no puede ser ilimitada, al igual que la propiedad privada, y por ello tampoco la igualdad lo puede ser, pues con ello se llegaría a una sociedade igualitária, que exigiria un sacrificio permanente de la propia libertad para frenar el mayor avance de algunos particulares. Ni la libertad ni la igualdad son derechos absolutos. No puede verdarse a las personas el derecho de elegir con quien contratar, porque ello atenta contra la libertad. Pero la libertad encuentra un limite en la justicia, que impone el respecto a la dignidade humana.” (MARTIN MARTIN, 2011, p. 105, 2011)

particular por razão de sexo ou raça), pela especial conexão que o direito à igualdade tem com a dignidade humana, porém isso não significa que uma negativa de contratar seja ilícita por ser discriminatória. A negativa é ilícita porque atenta contra a dignidade de outro particular, de maneira que discriminações (na seleção de co-contratante) que não sejam vexatórias são perfeitamente lícitas (ALFARO AGUILA-REAL, 1993, p. 113-114, tradução nossa).

Em igual sentido, Martin Martin destaca a intrínseca relação existente entre o princípio da igualdade e a tutela da dignidade da pessoa humana, ao assim se posicionar:

Existem esferas da vida social e das relações particulares nas quais a liberdade não pode ser causa de justificação para tratamentos diferenciados: se trata dos campos em que se compromete a dignidade das pessoas e exemplificam: educação, saúde, lugares de acesso público, relações laborais, entre outros. Nestes casos se diz que não se trata de dar prevalência ao postulado da liberdade sobre o da igualdade, ou o da igualdade sobre o da liberdade, mas sim, de compatibilizá-los. (...) a liberdade e igualdade se bem que podem ser antagônicas em uma primeira aproximação exigem um exercício combinado e harmonizado. Essa harmonização é o núcleo do Estado de Direito (MARTIN MARTIN, 2011, p. 103-104, tradução nossa).³⁹⁵

O ordenamento jurídico não pode coadunar com tratamentos diferenciados que afetem diretamente a dignidade daquele que é discriminado. O exercício da autonomia privada não pode servir de justificativa para legitimar violações à dignidade das pessoas. O contrato além de ser corporificador dos interesses individuais dos contratantes, deve ser instrumento para a promoção do livre desenvolvimento da personalidade e da dignidade dos envolvidos. Vieira de Andrade salienta que “a dignidade da pessoa humana, enquanto conteúdo essencial absoluto do direito, nunca pode ser afetada, essa é a garantia mínima que se pode extrair da Constituição.”³⁹⁶ Nesse sentido, destaca Moraes que:

Assim é que qualquer norma ou cláusula negocial, por mais insignificante que pareça, deve se coadunar e exprimir a normativa constitucional. Sob essa ótica, as normas de direito civil necessitam ser interpretadas como reflexo das normas constitucionais. A regulamentação da atividade privada (porque regulamentação da vida cotidiana) deve ser, em todos os seus momentos, expressão da indubitável opção constitucional de privilegiar a dignidade da pessoa humana. Em consequência transforma-se o direito civil: da regulamentação da atividade econômica individual, entre homens livre e iguais, para a regulamentação da vida social, da família, nas associações, nos grupos comunitários, onde que a personalidade humana melhor se desenvolva e sua dignidade seja mais amplamente tutelada (MORAES, 1993, p. 28).

³⁹⁵ Conforme original: “*Hay esferas de la vida social y de las relaciones de los particulares en las que la libertad no puede ser causa de justificación para tratos diferenciados: se trata de los campos en que se compromete la dignidade de las personas y ejemplifican: educación, salud, lugares de acceso publico, relaciones laborales, entre otros. Em estos casos se dice que no se trata de dar prevalência ao postulado da libertad por sobre el de la igualdad, o al de la igualdad sobre el de la libertad, sino de compatibilizarlos. (...) la libertad y igualdad, si bien pueden ser antinómicas en una primera aproximación, exigen un ejercicio combinado y armonizado. Esa armonización es el núcleo del estado de derecho*”.

³⁹⁶ VIEIRA DE ANDRADE, 2010, p. 293.

Vieira de Andrade sustenta que é tendência, não só no ordenamento jurídico português, mas em outros ordenamentos jurídicos europeus, considerar ilícitas, nas relações jurídicas particulares, as restrições aos direitos fundamentais que atinjam o núcleo da dignidade da pessoa humana, sem, entretanto, se olvidar da necessária proteção à autonomia privada e a liberdade contratual.³⁹⁷ Aduz, ainda, que deverá prevalecer a eficácia do princípio da igualdade sobre a autonomia privada nos casos em que for constatado que um dos contratantes é de fato detentor de poder que o coloque em posição favorável em relação aos demais, como ocorre nos casos de relações jurídicas em que um dos contratantes detém posição monopolística, especialmente, se fornecer bens considerados essenciais³⁹⁸, bem como naqueles casos em que sujeitos privados exerçam atividades de natureza pública, como concessionários ou permissionários de serviços públicos, hipótese na qual, os particulares se equiparam ao poder estatal, ao exercerem atividades tipicamente públicas. Conforme destaca Vieira de Andrade:

Porém, as situações de poder social são muitas e diferenciadas e o grau e a medida da aplicabilidade imediata dos direitos, liberdades e garantias têm necessariamente de variar conforme os tipos de situações e as circunstâncias que só em concreto podem em última análise ser determinadas. Assim, não pode ser tratada da mesma maneira a relação de poder que existe dentro da família, entre menores e os pais ou tutores, e aquela que liga um empregador a um empregado numa empresa, ou o utente de uma instalação privada e a respectiva administração, ou os consumidores e empresas oligopolistas, tal como merecem tratamento diferenciado as relações entre grupos e os membros, conforme forem os institutos religiosos e igrejas, sindicatos, partidos ou outros tipos de associações (VIEIRA DE ANDRADE, 2009, p. 249).

Conforme destaca Vieira de Andrade, da mesma forma em que se assegura aos indivíduos o direito de livremente desenvolverem sua personalidade, reconhecendo-lhes a capacidade de se autodeterminar e constituir seus projetos de vida, o que, por si só, implica na tutela das escolhas de natureza pessoal ou foro íntimo, serão considerados ilícitos os tratamentos diferenciados que estejam assentados em motivos ilegítimos ou abusivos e aqueles que afetem a dignidade da pessoa alheia em sua essência. Conforme destaca o autor:

Os indivíduos, no uso do seu direito ao livre desenvolvimento da personalidade devem poder determinar os seus comportamentos e conduzir o seu projecto de vida, tal como lhes compete em primeira linha harmonizar e ajustar entre si, no uso da liberdade negocial, os seus direitos e interesses. Essa regra tem, contudo, seus

³⁹⁷ Miranda destaca que nas relações jurídicas privadas deve prevalecer a autonomia privada, exceto naquelas situações em que o tratamento diferenciado atinja a dignidade da pessoa humana. (MIRANDA, 2010, p. 248).

³⁹⁸ Segundo a doutrina sobre o assunto, são considerados bens essenciais aqueles relacionados à prestação de serviços de hospedagem, educação, alimentação.

limites. Não pode admitir-se que na vida social privada as pessoas, mesmo em situação de igualdade, possam ser tratadas ou admitirem ser tratadas como se não fossem seres humanos. Tal seria a negação do axioma antropológico fundamental que dá fundamento à própria idéia de direitos fundamentais. Por isso, a dignidade humana, enquanto conteúdo essencial absoluto do direito, nunca pode ser afectada, está é a garantia mínima que se pode retirar da Constituição (VIEIRA DE ANDRADE, 2009, p. 249).

Em regra, nas relações jurídicas entre particulares, deve-se garantir o exercício da autonomia privada, desde que o seu exercício não afete o conteúdo da dignidade da pessoa humana. Sob a perspectiva da eficácia do princípio da igualdade nas relações jurídicas entre particulares, nos casos em que um particular se recusa a celebrar um contrato ou estabelece condições diferentes entre contratantes, indispensável analisar se o tratamento diferenciado conferido implica em lesão à dignidade da pessoa discriminada.³⁹⁹

Desse modo, não configuraria discriminação ilícita a conduta do proprietário que estabele restrições à locação de seu bem imóvel, tais como não ser o locador de determinado sexo, não ser solteiro, não possuir filhos, não ter cachorros ou mesmo não professar determinada crença religiosa. Também não configuraria discriminação ilícita o estabelecimento aberto ao público que proíbe o ingresso de pessoas trajando camisetas, shorts ou bonés, bem como predeterminar idade mínima superior a legalmente exigida como condição de ingresso. Em todos esses casos não há como cogitar qualquer violação à dignidade daquele a quem se destina o tratamento diferenciado.

Nestas situações não se vislumbra como ilícita a recusa em se contratar baseada nos critérios sexo, religião ou idade. Diferentemente seria se a recusa se baseasse na raça, orientação sexual ou religiosa, situações nas quais o tratamento diferenciado, além de violar o princípio da igualdade, afrontaria diretamente a dignidade da pessoa discriminada. De qualquer forma, indispensável que os critérios de admissão estejam previamente estabelecidos de forma pública, de modo a não configurar um tratamento diferenciado determinado a pessoa específica, desde que não seja baseado na raça, origem étnica, orientação sexual, os quais, se adotado, dificilmente não importarão em violação da dignidade das pessoas discriminadas.

³⁹⁹ Conforme destaca Aguilera Rull: “*la protección frente a discriminaciones podrá ser considerada una injerencia proporcionada en la libertad de contratación del discriminador cuando la discriminación suponga la lesión de otros bienes constitucionalmente protegidos como son la dignidade o la libertad de contratación de la víctima de la discriminación. La injerencia tampoco podrá entenderse desproporcionada cuando el oferente de bienes o servicios dirija su oferta al público en general y se limite a excluir a la víctima de la discriminación, a pesar de que ésta reúna los requisitos de los que se hace depender la celebración del contrato.*” (AGUILERA RULL, 2009, p. 89)

6.5 Igualdade nos casos em que há oferta de bens e serviços ao público em geral

6.5.1 Igualdade e Direito de Admissão

Um relevante tema relacionado aos debates acerca da eficácia do princípio da igualdade e da proibição de discriminação nas relações jurídicas entre particulares é o atinente ao direito de admissão em estabelecimentos abertos ao público. Recorrentemente, os meios de comunicação noticiam que boates, restaurantes, e outros estabelecimentos abertos ao público estariam adotando práticas discriminatórias ao estabelecer como condições de admissão, critérios relacionados ao sexo, idade, aparência, condição econômica, dentre outros. Os critérios de sexo e idade, em regra, são explicitamente exigidos, enquanto que, outros critérios, como aparência, condição econômica, orientação sexual, raça, são veladamente exigidos, dada sua maior reprovabilidade social.⁴⁰⁰ Os proprietários dos estabelecimentos abertos ao público normalmente invocam seu direito de admissão, o exercício da autonomia privada e de seu direito de livre iniciativa, para justificar a liberdade de estabelecerem critérios para permitir o ingresso dos pretensos clientes. Conforme destaca Bilbao Ubillos:

De forma recorrente, os meios de comunicação fazem eco da existência de práticas discriminatórias no acesso a determinados estabelecimentos abertos ao público. Os proprietários destes locais invocam para justificar este tipo de comportamento o direito de admissão que lhes assiste. Mas os juristas não tem prestado demasiada atenção nesta questão e são muitas as dúvidas que nos assaltam em relação ao conteúdo e aos limites desta faculdade, que anularia o suposto direito de ser admitido do potencial cliente. O que é latente no fundo deste debate é a crescente dificuldade para traçar uma linha divisória nítida entre a esfera pública e a esfera privada. Não são poucas as atividades que se situam em uma zona cinzenta, fronteira, as condutas aparentemente privadas que tem uma transcendência social.” (BILBAO UBILLOS, 2006, p. 162)

Importa analisar se seria lícito ao proprietário do estabelecimento aberto ao público estabelecer diferentes condições de admissão, cobrando preços diferentes para homens e mulheres, de modo a incentivar o maior comparecimento de pessoas de determinado sexo. Trata-se de prática corriqueira em boates estabelecer preços distintos em razão do seu sexo do contratante, cobrando preços inferiores para as mulheres, mesmo em situações em que os serviços disponibilizados sejam idênticos a ambos os sexos. Em algumas localidades constitui

⁴⁰⁰ Há notícias que determinadas boates exigem das clientes do sexo feminino, como condição para admissão, que seja encaminhado, com antecedência, ao organizador do evento, dados de seu perfil em redes sociais, como facebook ou twitter, sendo-lhes, fraqueado, inclusive, entrada franca a depender de sua “beleza”.

prática comum estabelecer como condição de admissão que o contratante tenha determinada idade, superior ao mínimo legal, objetivando, com a exigência, promover espaço destinado a público específico, mais jovem ou mais maduro, muitas das vezes para a melhor seleção das atrações, músicas e serviços a serem prestados. O objetivo seria o direcionamento a público específico e determinado.

Seria lícito aos estabelecimentos abertos ao público limitar o ingresso de pessoas em razão de seu sexo, inclusive permitindo que pessoas de determinado sexo tenham preferência de ingresso no estabelecimento, mesmo tendo chegado posteriormente às pessoas preteridas? Seria lícito aos estabelecimentos abertos ao público criar categorias de clientes especiais considerando seu grau de relacionamento, inclusive para conferir-lhes acesso especial, local reservado, caixas e garçons específicos? Sandel, ao analisar os limites morais do mercado, questiona se seria lícito às empresas de transporte aéreo, ao criarem categorias especiais de clientes, lhes conferirem condições privilegiadas de embarque e desembarque, inclusive de acesso ao serviço alfandegário.⁴⁰¹ Nessa hipótese, em se tratando de serviço eminentemente público, imperioso se vedar qualquer forma de tratamento diferenciado, inclusive naqueles casos em que o particular atua em substituição ao poder público.

Há boates e casas noturnas que estabelecem idade mínima para ingresso diversas a depender do dia, sob a alegação de que pretende criar eventos específicos considerando a faixa etária dos usuários daquele determinado dia. Se os critérios de admissão estiverem previamente fixados e forem publicizados, a prática tenderá a ser considerada lícita. Assim, por exemplo, poderia a casa noturna estabelecer que, considerada sua capacidade de lotação, 300 ingressos serão destinados a clientes do sexo feminino e outros 400 ingressos a clientes do sexo masculino, sem que o tratamento diferenciado possa ser considerado ilícito. Poderia informar que em determinadas datas os eventos são restritos a pessoa com determinada idade mínima ou pessoas de determinado sexo. Apesar de ser admitido o fornecimento de serviços específicos com a categorização da clientela, não deve ser tolerada a preterição no atendimento em razão do sexo ou qualquer característica pessoal.

O que tornará questionável a conduta adotada pelo estabelecimento aberto ao público é a admissão de clientes considerados especiais, em razão de sua condição econômica ou grau de relacionamento com o estabelecimento, sem a observância dos limites mínimos de idade ou demais critérios previstos indiscriminadamente na oferta feita ao público em geral. Ao assim agir, o dono do estabelecimento confere tratamento diverso daquele estipulado na oferta

⁴⁰¹ SANDEL, 2012, p. 34.

tão somente em razão do poder econômico do contratante, abrindo margem para que outro contratantes exijam igual tratamento. Bilbao Ubillos, ao analisar a questão, tece relevantes considerações acerca de como a questão do direito de admissão tem adquirido contornos polêmicos, ao assim narrar que:

A questão pode parecer irrelevante a primeira vista, porém tem adquirido uma dimensão que vai mais além do meramente anedótico, haja vista o ressurgimento do racismo e da xenofobia nas sociedades europeias. Se multiplicam as denúncias relativas a discriminações, mais ou menos encobertas, no controle de acesso às discotecas ou outros lugares de esparcimento e as dirigidas contra os proprietários e empregados de alguns bares que tem como regra não atender ou servir a clientes pertencentes a determinadas minorias raciais (imigrantes de cor ou norteafricanos, quase sempre) ou expulsar pessoas de uma determinada orientação sexual (homossexuais ou lésbicas) (BILBAO UBILLOS, 2007, p. 87, tradução nossa).⁴⁰²

Deve-se considerar ilegítima a recusa em contratar quando o bens ou serviço ofertado forem considerados essenciais ou quando ofertados no mercado em regime de monopólio.⁴⁰³ Dessa forma, não seria possível à única escola, ao único hospital, ao único hotel de determinada localidade se negar a contratar adotando critérios de sexo, raça, etnia, crença religiosa. Nesse sentido, Bilbao Ubillos destaca que “é um dado decisivo a posição dominante e monopolística da entidade discriminadora no mercado e na sociedade”, assim, “o único clube recreativo, a única sala de cinema, a única piscina aberta ao público em uma determinada localidade não poderia excluir determinadas categorias de pessoas por motivos de raça, sexo ou crenças”. E conclui “uma coisa é selecionar um espaço de liberdade em que se prima pelas preferências e simpatias pessoais e outra é abusar da posição de virtual monopólio para discriminar aqueles que não possuem outras alternativas e não podem acudir a outros estabelecimentos.”⁴⁰⁴

⁴⁰² Conforme original: “*La cuestión puede parecer irrelevante a primera vista, pero há adquirido una dimensión que va más allá de lo meramente anecdótico, a la vista del resurgimiento del racismo y la xenofobia en las sociedades europeas. Se multiplican las denuncias relativas a discriminaciones, más o menos encubiertas, en el control de acceso a las discotecas u otros lugares de esparcimiento y las dirigidas contra los propietarios o empleados de algunos bares que tienen por norma no atender ni servir a clientes pertenecientes a determinadas minorias raciales (inmigrantes de color o norteafricanos, casi siempre) o expulsar a personas de una determinada orientación sexual (homosexuales, lesbianas.)*”

⁴⁰³ Conforme destaca Alfaro Aguila-Real: “*la discriminación sólo debe prohibirse cuando resulta contraria a la dignidad del discriminado, es decir, cuando la efectua el membro del grupo dominante respecto del membro del grupo de status inferior en ça sociedade y cuando no existen, para el discriminado alternativas razonablemente disponibles para obtener el mismo status que se obtendria de haber celebrado el contrato com el discriminador.*” (ALFARO AGUILA-REAL, 1990, p. 113)

⁴⁰⁴ BILBAO UBILLOS, 2006, 156-157. Em igual sentido destaca Montoya Melgar que: “*“nadie puede invocar como fundamento para la impugnación de un contrato de compraventa que el precio final hay sido mas bajo que el ofrecido con anterioridad por el sujeto supuestamente perjudicado, porque yo puedo vender mi casa a quien quiera y como quiera y nadie puede entrar en esa esfera de mi intimidad. Por tanto, no es aceptable una negativa a contratar que atente contra la dignidade de la persona desde el momento en que esta no puede recuperar dicha dignidade acudiendo a outro competidor.*” (MONTROYA MELGAR, 2007, p. 464)

A recusa em contratar baseada na raça ou na etnia dificilmente estará amparada pela liberdade de contratar ou pela autonomia privada, haja vista que, nestes casos, a recusa em contratar e a não admissão da pessoa no estabelecimento aberto ao público, além de dificilmente se sustentar em motivo ou objetivo legítimo, importará em inquestionável tratamento vexatório e degradante, violador da dignidade da pessoa discriminada.⁴⁰⁵ Alfaro Aguila-Real destaca que nestes casos o particular abusa de seu direito de liberdade de contratação, ao submeter o outro particular, em razão da negativa de contratação, a tratamento humilhante e, portanto, contrário a sua dignidade e ao ordenamento jurídico. Destaca o autor que, nestas situações, a recusa em contratar não é ilícita apenas por ser discriminatória, mas pelo fato de violar a dignidade do outro contratante,⁴⁰⁶ pensamento que também é compartilhado por Vieira de Andrade, que aponta a necessidade de se proibir apenas as discriminações que afetem de forma intolerável a dignidade humana.⁴⁰⁷ Conforme destaca Alfaro Aguila-Real, ao tratar da necessidade de combate às práticas discriminatórias:

Os estabelecimentos abertos ao público, administrados por particulares, não podem considerar-se espaços estritamente privados. Dessa maneira, quem abre um local ao público afirma de alguma maneira a sua vontade de contratar com qualquer pessoa que aceite os preços e condições de venda. Provavelmente não pode dizer-se que existe uma obrigação de contratar, mas deve se ter em conta que a abertura de um local implica, de certo modo a renúncia em selecionar cada cliente. Estaríamos diante de uma atuação que excede os limites da autonomia de contratar (ALFARO AGUILA-REAL, 1993, p. 78-79).⁴⁰⁸

Outra situação de difícil resolução é quando a discriminação não se baseia em critérios como sexo, raça, etnia, religião, mas leva em consideração a aparência da pessoa que teve sua admissão recusada. Pode um estabelecimento recusar a admissão de um cliente que, segundo a compreensão dos proprietários, não estivesse trajando vestimentas adequadas? Pode um estabelecimento recusar a admissão de pessoas trajando camisetas, bermudas ou bonés, sob a

⁴⁰⁵ Em igual sentido destaca Bilbao Ubillos que: *“Es evidente que cuando la negativa a prestar un servicio obedece a motivos raciales, la exclusión constituye una afrenta vejatoria, un agravio para todos los integrantes del colectivo discriminado, que hiere en lo más profundo seu orgullo y su dignidade.”* (BILBAO UBILLOS, 2006, p.165) Em igual sentido REY MARTINEZ, 2010, p. 68.

⁴⁰⁶ *“Lo que sucede es que el riesgo de tratamento vejatorio al que hemos aludido se actualiza especialmente en relación con la negativa de contratar discriminatória (...) por la especial conexión que el derecho a la igualdad tiene con la dignidad humana, pero esto no significa que una negativa de contratar sea ilícita por ser discriminatória”* (ALFARO AGUILA-REAL, 1993, p. 114)

⁴⁰⁷ VIEIRA DE ANDRADE, 2009, p. 295.

⁴⁰⁸ Segue o original *“Los establecimientos abiertos al público, así regentados por particulares, no pueden considerarse espacios estrictamente privados. De esta manera, quien abre un local al público afirma de alguna manera su voluntad de contratar con cualquier persona que acepte sus precios y condiciones de venta. Probablemente no puede decirse que existe una a obrigação de contratar, pero há de tenerse en cuenta que la apertura de un local implica, en cierto modo, una renuncia a seleccionar individualmente cada cliente. Estaríamos ante una actuación que excede los limites de la autonomia a contratar.”*

alegação de que tais vestimentas ou acessórios não seriam compatíveis com o padrão exigido para o estabelecimento? Na esteira de Bilbao Ubillos, para que, nestes casos, a recusa possa ser legítima, indispensável que as condições de admissão, além de razoáveis, objetivas, possuindo como destinatários o público de forma indistinta, devem ser prévia e publicamente estabelecidas, apresentando de antemão os limites à vontade de contratar externalizada pelo proprietário do estabelecimento.⁴⁰⁹

Nestes casos específicos, salienta Bilbao Ubillos, a conduta adotada pelo proprietário do estabelecimento aberto ao público não configurará discriminação ilícita, haja vista que, ao se dar publicidade prévia de quais são os critérios de admissão naquele estabelecimento, estes critérios passam a ser aplicados à coletividade de forma geral, abstrata e indistinta, de modo que não haverá como se aduzir que determinada pessoa foi discriminada. Essa lógica, contudo, não pode ser utilizada para permitir que o estabelecimento preveja que não se admitirá pessoas de determinada raça ou etnia, pois, nesta situação, a despeito da discriminação não possuir um destinatário específico, se concretiza em desfavor de toda uma categoria de pessoas, violando a dignidade humana de seus integrantes. É nesse sentido, por exemplo, que é recomendável que academias, saunas, clubes recreativos, salões de beleza e outros estabelecimentos que ofertem serviços destinados exclusivamente a público de determinado sexo prevejam essa limitação de forma prévia.⁴¹⁰ Não se deve admitir que os estabelecimentos abertos ao público selecionem seus clientes em razão de sua aparência, uma vez que este critério atenta diretamente contra a dignidade da pessoa humana.

A grande dificuldade em se admitir a possibilidade de que um estabelecimento aberto ao público, no exercício de sua liberdade de contratação, não admita pessoas em razão de características pessoais decorre do fato de que ao atuar no mercado o estabelecimento manifesta e torna pública a sua vontade de contratar, razão pela qual, qualquer pessoa que deseje contratar nas condições previamente fixadas poderá fazê-lo.⁴¹¹ Assim, conforme

⁴⁰⁹ Conforme adverte Bilbao Ubillos: “Na seleção que se efetua na entrada de alguns locais populares, o fator determinante não raro é a aparência física, o aspecto exterior (a forma de vestir, por exemplo). Ainda que a questão careça de relevância constitucional, é lícito perguntar se é possível exercer o direito de admissão de uma maneira tão arbitrária ou abusiva. Se o que pretende o proprietário é assegurar um ambiente seletivo, pode lograr esse objetivo aumentando o preço da entrada (um critério de seleção objetivo, inobjeto em um sistema de livre mercado) ou expulsando do local aqueles que não se comportem devidamente, sem necessidade de recorrer a fórmulas humilhantes de segregação social.” (BILBAO UBILLOS, 2007, p. 409)

⁴¹⁰ Sob essa perspectiva podem ser formuladas algumas indagações: Uma feira de noivas poderia vedar o acesso a pessoas do sexo masculino? Poderia uma boate gay estabelecer que serão admitidas pessoas de determinado sexo?

⁴¹¹ No âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, inexistem instrumentos normativos específicos destinados a normatizar a aplicabilidade do princípio da igualdade nas relações jurídicas privadas. A despeito disso, há que se destacar, dada relevância e pertinência temática que, configurada a natureza consumerista da relação jurídica, nos termos do inciso IX, do artigo 39, do Código de Defesa do Consumidor, constitui prática abusiva

destaca Aguilera Rull “o decisivo será agora o círculo de destinatários ao qual o oferente dirige a sua declaração de vontade. Se dirigir-se a um círculo indeterminado de pessoas deverá garantir-lhes o acesso em igualdade de condições, sem poder excluir certas pessoas por sua origem racial ou sexo.”⁴¹² Assim, importante que eventuais limitações impostas pelo estabelecimento como condições para admissão, desde que não fundadas em raça ou etnia, critérios naturalmente odiosos, sejam previa e publicamente estabelecidas, de forma que os potenciais contratantes delas tomem ciência e, desejando contratar, passem a observá-las. Para Bilbao Ubillos:

Não há que se olvidar que quem explora este tipo de estabelecimento (cafeterias, restaurantes, hotéis e etc) dirigem sua oferta ao público em geral, manifestam a sua vontade de contratar, em princípio, com qualquer que aceite seus preços e condições de venda. Ainda que não exista propriamente uma obrigação de contratar, a abertura do local implica, ao menos, na renúncia de selecionar com critérios individuais a sua clientela. Outra coisa são as condições que se podem impor com caráter geral e que tem um fundamento objetivo e razoável, como a advertência formulada em cartazes colocados na entrada (BILBAO UBILLOS, 2007, p.165).

A abertura do estabelecimento ao público implica na renúncia em se selecionar a clientela com base em critérios individuais. Conforme destaca Garcia Rubio, objetivando a tutela da autonomia privada e da livre iniciativa é lícito ao estabelecimento prestador de serviços de cuidados pessoais estabelecerem restrições à contratação de pessoas de sexo distinto de seu público específico (salões de beleza, barbearias, cuidados pessoais e estéticos), bem como cobrar preços diferenciados de homens e mulheres para a prestação de serviços de corte de cabelo. Nessas hipóteses, a desiquiparação é necessária em razão das diferenças existentes entre homens e mulheres, de modo que o tratamento igualitário sequer é recomendado. Segundo assevera o autor:

a recusa de venda de bens ou a prestação de serviços, diretamente a quem se disponha a adquiri-los mediante pronto pagamento.

⁴¹² Conforme original, “*lo decisivo será ahora el círculo de destinatários al que el oferente dirige sua declaración de voluntad. Se dirigirse a un círculo indeterminado de personas deberá garantizarles a todas ellas el acceso en igualdad de condiciones, sin poder excluir a ciertas personas por su origen racial o sexo*” (AGUILERA RULL, 2009, p.16). Em igual sentido, destaca Cerdá Martínez-Pujalte que: “*detrás de todo subyace el pensamiento de que aquellos que ponen sus mercancías y servicios a disposición del público tienen el deber de desenvolverse de forma neutral em dicho mercado. La oferta hecha se dirige a cualquiera y es independiente de si la parte oferente actúa en el mercado de forma habitual com una intención empresarial o no.*” (CERDÁ MARTINEZ-PUJALTE, 2009, p.117) Conforme destaca Vazques de Castro: “*La forma en que se ponga en conocimiento del público no tiene sin embargo importancia, así como el número de personas que a través de ese medio realmente tengan conocimiento de la oferta. No presentan problemas los casos en que se utilicen los medios de comunicación pública – radio, prensa, tv, internet –, a través de los cuales se ven informados un número indeterminado e indeterminable de personas.*” (VAZQUEZ DE CASTRO, 2010, p. 108)

Um pouco que paremos para pensar, podemos nos perguntar, sempre desde a perspectiva da não discriminação entre homens e mulheres, pela legitimidade de condutas aparentemente habituais em nossas vidas cotidianas, tais como negar a entrada em um estabelecimento de cabeleiros a um homem porque se trata de um salão para senhora, ou cobrar distinta contraprestação em dinheiro em uma barbearia unissex por prestações similares (corte de cabelo, pintura, penteado, etc) em função de que o consumidor seja uma mulher ou um homem, ou por idênticas razões cobrar distinta quantidade (ou em algum caso não cobrar nenhuma a um dos sexos) para entrar, por exemplo, em umas discotecas (GARCIA RUBIO, 2009, p. 362, tradução nossa).⁴¹³

Para além da questão relativa ao direito de admissão e a recusa em contratar em razão de características do pretense contratante, há que se analisar a possibilidade de que o dono de um estabelecimento aberto ao público estabeleça condições diferenciadas de contratação. Constitui prática comum entre as principais casas de show e boates estabelecer distintos preços para o ingresso de homens e mulheres, normalmente cobrando preço mais elevado para os homens do que para as mulheres. Além da cobrança de preços diferenciados, também constitui prática comum assegurar às contratantes femininas condições favorecidas de ingresso ao estabelecimento, mediante entrada preferencial ou exclusiva, inobservando, inclusive, a ordem de chegada dos demais pretendentes contratantes. Tem elas, portanto, uma condição favorecida para usufruir dos serviços disponibilizados ao público em geral, tão somente em razão de serem do sexo feminino.

A questão torna-se polêmica uma vez que, além de haver notória oferta pública de bens e serviços ao público em geral, decorrente da emissão, pelo proprietário do estabelecimento aberto ao público, de uma vontade de contratar com quem esteja disposto a aceitar as condições contratuais previamente estabelecidas, os serviços e bens disponibilizados são idênticos para toda e qualquer pessoa que ingressa no estabelecimento. Situação diferente ocorre naqueles casos em que haja a criação de espaços diferenciados, com serviços específicos e distintos, tal como ocorre nas comumente denominadas áreas *vips* ou camarotes, situações nas quais a admissão está condicionada ao atendimento de condições específicas previamente estabelecidas pelo proprietário do estabelecimento aberto ao público. Essa mesma lógica é válida para os estabelecimentos que se especializam no atendimento de um público específico de determinado sexo, tais como academias, salões de beleza, saunas, situações nas quais não há que se cogitar a eficácia do princípio da igualdade.

⁴¹³ Conforme original: “*A poco que nos paremos a pensar, podemos preguntarnos, siempre desde la perspectiva de la no discriminación entre hombre e mujeres, por la legitimidade de conductas aparentemente habituales en nuestra vida cotidiana, tales como negar la entrada en un establecimiento de peluqueria a un hombre porque se trata de una peluqueria de señoras, el cobrar distinta contraprestación en dinero en una peluqueria unissex por prestaciones similares (corte del cabello, coloración, rizado, etc) en función de que el consumidor sea una mujer o un hombre, o por idênticas razones cobrar distinta cantidad (o en algun caso no cobrar ninguna a uno de los sexos) para entrar, por ejemplo, en uns discotecas.*”

Outra situação que deve ser analisada é aquela que diz respeito à possibilidade do proprietário do estabelecimento aberto ao público estabelecer idade mínima de ingresso superior a legalmente exigidas, objetivando selecionar o público que deseja em razão de sua idade. Aquele que oferece bens e serviços ao público em geral sinaliza sua predisposição a contratar com todo aquele que aceite as condições contratuais previamente estabelecidas, razão pela qual, apresenta-se contraditório e incongruente que, após realizada a oferta pública de bens e serviços este se negue a celebrar o contrato em razão do sexo, idade, religião, orientação sexual ou qualquer outra características pessoal do pretense contratante. Ao assim agir, recusando-se a celebrar contrato com aquele que aceita as condições da oferta realizada, o ofertante de bens ou serviços ao público em geral pratica discriminação ilícita. É nesse sentido que se sustenta que a emissão de declaração da vontade de contratar deve vir acompanhada de todas as condicionantes exigidas pelo ofertante, desde que tais condições não sejam odiosas, suspeitas ou abusivas, tais como raça ou origem étnica, e sejam indispensáveis a promoção de um objetivo razoável e legítimo do proprietário aberto ao público.

6.5.2 Igualdade nos contratos de seguro e de natureza financeira

Pelo contrato de seguro o segurador se obriga, mediante a cobrança de uma prestação, a cobrir determinados eventos imprevisíveis, tais como acidente, incapacidade, desemprego, morte, dentre outros. Os contratos de seguro tem o objetivo assegurar riscos contratuais. O assegurado, que não deseja correr um risco, o transfere ao assegurador que, para assumí-lo, lhe cobrará o pagamento de determinada quantia. Sob essa perspectiva, ao assegurador é fundamental analisar e determinar o risco de cada segurado, utilizando-se, para tanto, indicadores de risco (*risk rating*), tais como idade, estado civil, sexo, comportamento, hábitos, condutas sociais, dentre outros.

A decisão sobre a viabilidade de se celebrar o contrato de seguro depende de análise acerca da assegurabilidade do risco, demandando, portanto, a realização de estudos estatísticos e atuariais para avaliar a probabilidade de que este se produza, de modo a permitir que o segurador possa distribuir os riscos individuais pelo coletivo de segurados.⁴¹⁴ De forma

⁴¹⁴ Interessantes são as considerações tecidas por Vazques de Castro, no sentido de que: “*cabe remarcar que, en dicho seguro, el asegurador considera prioritario conocer el estado de salud del asegurado y para asegurarse del mismo, lo hace a través de cuestionarios y, eventualmente, examen médico con las pruebas clínicas que se estimen convenientes. Aclarando, por otra parte, que el progreso de la investigación genética no afecta la existencia del seguro de vida, porque el análisis genético pondrá de manifiesto gran número de predisposiciones patológicas del asegurado, pero no eliminará la incertumbre del cuando se exteriorizarán.*” (VAZQUEZ DE CASTRO, 2010, p. 119) E conclui: “*Hay un conflicto de intereses. Mientras los*

bem simplificada, o contrato de seguro, sob uma perspectiva individual, pode ser traduzido em um jogo, no qual o segurado aposta na probabilidade de que o evento segurado ocorra e, o segurador, aposta na sua não ocorrência, razão pela qual se dispõe a assumir o risco de ter que arcar com os custos decorrentes da ocorrência do evento segurado cobrando, em contrapartida, uma prestação inferior.

Em razão dessas características, existem inúmeras situações em que o segurador pode e deve entender como conduta mais adequada recusar-se a celebrar contrato de seguro em razão do objeto a ser segurado ou estabelecer condições contratuais mais ou menos favoráveis em razão do maior ou menor risco contratual.⁴¹⁵ Desse modo, torna-se lícito que a seguradora se recuse a celebrar contrato de seguro de automóveis com quem seja proprietário de um veículo importado, para o qual as peças de reposição sejam de difícil aquisição, bem como lícito que a seguradora se recuse a celebrar contrato de seguro de vida, renda ou saúde com pessoa que seja portadora de enfermidade grave ou que majore consideravelmente o risco de necessidade de cuidados médicos ou morte do segurado.⁴¹⁶

Há que se destacar a possibilidade de que o legislador discipline o exercício da autonomia privada face ao princípio constitucional da igualdade, estabelecendo, por exemplo, a vedação de recusa de contratação em razão de características pessoais do outro sujeito de direito, a proibição de prática de condições contratuais diferenciadas em razão destas mesmas características pessoais. É o que se verifica no ordenamento jurídico brasileiro, quando a legislação consumerista, no inciso IX, de seu artigo 39, prevê como prática abusiva, a conduta do fornecedor de produtos ou serviços que se recusa a vender bens ou prestar serviços, ao

consumidores temem las aseguradoras puedan utilizar la pruebas genéticas para negar la cobertura o invadir la intimidad de la persona, las aseguradoras temen que los consumidores puedan utilizar las pruebas genéticas para prever las necesidades de cobertura y aprovecharse indebidamente del sistema de seguros.” (VAZQUEZ DE CASTRO, 2010, p. 120)

⁴¹⁵ Há notícias de casos envolvendo seguradoras que se recusam a celebrar seguro de automóvel considerando o local de residência do proprietário, sob a alegação de que na localidade os índices de furto e roubo de veículos são elavados, majorando os riscos contratuais. Note-se que dentre as informações solicitadas pelas seguradoras, em regra, está à referente ao local em que o veículo permanece durante o dia e a noite.

⁴¹⁶ Conforme destaca Aguilera Rull: *“El asegurador no puede adoptar, sin embargo, un punto de vista puramente individual sino que debe ver cada contrato de seguros como un elemento del colectivo. Esto tiene que ver con la ley de los grandes números, de acuerdo con la cual la probabilidad de que se produzca un daño sólo se convierte en previsible, y por tanto gestionable para el asegurador, si se refiere a un colectivo. Pero también viene determinado por la mutualidad entre los asegurados a la que hacía alusión antes. El resultado del cálculo de la viabilidad de contratar es diferente si éste tiene en cuenta tan sólo el contrato concreto de forma aislada o si éste se ve como un elemento de un conjunto. Pues en el segundo de los casos, la viabilidad dependerá de que asumiendo que algunos de los riesgos se van a realizar y otros no, se pueda hacer frente a ellos con la totalidad de las primas abonadas. Dicho em otros términos, la mutualidad permitirá al asegurador ofertar la celebración de un contrato a “riesgos peores”, porque los “riesgos mejores” estarán sufragándolos.”* (AGUILERA RULL, 2009, p. 135-136)

consumidor que se disponha a adquirí-los, observados os termos e condições da oferta realizada.

O mesmo se verifica quando a legislação de defesa da concorrência, nos incisos X e XI, do artigo 36, considera ilícitas as condutas de discriminar adquirentes e fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou condições operacionais diferenciadas, bem como a recusa de venda de bens ou serviços dentro das condições normais aos usos e costumes comerciais. A legislação de regulamentação dos planos e seguros privados de assistência à saúde que, em seu artigo 14, proíbe a recusa de contratação baseada na idade do consumidor ou da condição de ser pessoa portadora de deficiência.⁴¹⁷ Em todos estes casos, o legislador, no exercício de sua competência legislativa, conformou e limitou o exercício da liberdade contratual face à proteção do princípio constitucional da igualdade e da proibição de discriminação.

Em proteção à liberdade de iniciativa, ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato, seria possível admitir que as seguradoras que administrem seguros de vida cobrem franquias e prestações maiores dos segurados do sexo masculino se eles tem menor expectativa de vida e, portanto, maior probabilidade de morrer com menor idade? Como considerar discriminatória, nos seguros de renda vitalícia, a cobrança de prestações maiores das mulheres, se elas possuem maior expectativa de vida e, conseqüentemente, probabilidade de usufruírem por maior período de tempo de suas rendas vitalícias mensais? Nos seguros automobilísticos, seria igualitário cobrar de homens e mulheres o mesmo valor de prêmios se estiver estatisticamente comprovado que, além de menos propensas a se envolverem em sinistros automobilísticos, quando envolvidas os danos aos veículos são menores e, conseqüentemente, menores os custos indenizatórios?⁴¹⁸

A legislação que regulamenta a prestação de serviços médicos e hospitalares apenas veda a recusa de contratação baseada nas circunstâncias que especifica, nada dizendo, por exemplo, acerca da possibilidade de que a prestadora de serviços se recuse a contratar com pessoa portadora de moléstia grave ou em estado terminativo. A recusa baseada nesse motivo seria lícita? Estaria a prestadora de serviços médicos e hospitalares obrigada a contratar com quem possui risco contratual elevado? Diante da ausência de normas jurídicas específicas,

⁴¹⁷ Nos termos do artigo 14, da Lei 9.656/98: “*Em razão da idade do consumidor, ou da condição de pessoa portadora de deficiência, ninguém pode ser impedido de participar de planos privados de assistência à saúde.*”

⁴¹⁸ No caso dos seguros de vida, como a expectativa de vida masculina é inferior à feminina, verifica-se que os preços dos prêmios segurados homens é maior do que das seguradas mulheres e, nem por isso, há qualquer espécie de questionamento acerca da legalidade dessa prática discriminatória.

poderia o particular, que esteja nessa situação, demandar judicialmente a obrigação de contratar, alicerçado no princípio da igualdade?

A legislação também nada diz acerca da possibilidade de que as prestadoras de serviços médicos e hospitalares confirmem tratamento diferenciados mediante a cobrança de preços diferentes em razão da idade, sexo ou condição física da pessoa. Constitui prática comum no mercado de planos de saúde que o preço varie de acordo com a idade do contratante, sem que tal tratamento diferenciado seja considerado discriminação ilícita. A legislação que regulamenta a prestação de serviços médicos e hospitalares se limita a estabelecer a vedação de que haja o aumento de valores para os consumidores com mais de sessenta anos de idade, desde que sejam detentores do plano de saúde a mais de 10 anos, em relação aos quais somente é permitida a atualização do valor com base em índices inflacionários oficiais.⁴¹⁹

A decisão do segurador em celebrar ou não o contrato, bem como sob quais condições, pressupõe a análise da assegurabilidade do risco e da probabilidade de sua ocorrência, decisão que estará assentada em uma análise individual do risco e sua distribuição entre os demais segurados. Baseando-se nessas premissas é que o contrato de seguro automobilístico cujos contratantes sejam mais jovens, solteiros, do sexo masculino tendem a exigir o pagamento de contraprestações mais elevadas do que aqueles cujos contratantes sejam mais velhos, casados e do sexo feminino. Conforme destaca Vargas Vasserot:

Cabe destacar que o seguro funciona baseado na lei dos grandes números (que é como se denomina a tendência de uma grande massa de dados a ajustar-se aos

⁴¹⁹ Nesse sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça: “1. Nos contratos de plano de saúde, os valores cobrados a título de mensalidade devem guardar proporção com o aumento da demanda dos serviços prestados. 2. O aumento da idade do segurado implica a necessidade de maior assistência médica. Em razão disso, a Lei n. 9.656/1998 assegurou a possibilidade de reajuste da mensalidade de plano ou seguro de saúde em razão da mudança de faixa etária do segurado. Essa norma não confronta o art. 15, § 3º, do Estatuto do Idoso, que veda a discriminação consistente na cobrança de valores diferenciados em razão da idade. Discriminação traz em si uma conotação negativa, no sentido do injusto, e assim é que deve ser interpretada a vedação estabelecida no referido estatuto. 3. Se o reajuste está previsto contratualmente e guarda proporção com a demanda, preenchidos os requisitos estabelecidos na Lei n. 9.656/1998, o aumento é legal. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Rel. Min. Nancy Andrighi; DJ 14.04.2015) Nos termos do voto vencedor, da lavra do Ministro João Otávio Noronha: “(...) não há como se considerar violador do princípio da isonomia o reajuste, autorizado em lei, decorrente de mudança de faixa etária, baseado no já mencionado natural incremento do elemento risco, pois caracterizada a pertinência lógica que justifica tal diferenciação, máxime quando já idoso o segurado. O que não se mostra possível, de acordo com as regras do art. 15, § 3º, da Lei Federal nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) e do art. 14 da Lei Federal nº 9.656/98, por afrontar nitidamente o princípio da igualdade, repise-se, é que a seguradora, em flagrante abuso do exercício de direito e divorciada da boa-fé contratual, aumente sobremaneira a mensalidade dos planos de saúde, aplicando percentuais desarrazoados, que constituam verdadeira barreira à permanência do idoso no plano de saúde. Procedendo de tal forma, a seguradora criaria, em verdade, fator de discriminação do idoso, com o objetivo escuso e ilegal de usar a majoração para desencorajar o segurado a permanecer no plano, o que, evidentemente, não pode ser tolerado.” (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Rel. Min. Nancy Andrighi; DJ 14.04.2015)

princípios do cálculo de probabilidades e que permite, através de numerosas observações, obter a probabilidade estatística de que um fato se repita) e se baseie em uma série de fundamentos técnico-econômicos, entre os quais, para os efeitos deste estudo, se destacam dois: o princípio da homogeneidade de riscos y o princípio da especialidade do risco. Segundo o primeiro, as distintas situações de risco tem que ser agrupadas e tratadas de maneira homogênea para tarifá-las corretamente, operando uma solidariedade entre os sujeitos submetidos aos mesmos riscos. Segundo o segundo, para que o seguro funcione deve individualizar-se o risco de cada caso através de suas circunstâncias concretas (VARGAS VASSEROT, 2009, p. 380, tradução nossa).⁴²⁰

Certamente um dos critérios diferenciadores que mais tem sido utilizado pelas seguradoras é o critério sexo, uma vez que os estudos estatísticos tem demonstrado que este critério está diretamente relacionado a probabilidade de ocorrência de algumas espécies de riscos. Está estatisticamente provado que a expectativa de vida das mulheres é superior à dos homens.⁴²¹ Desse modo, em se tratando de um contrato de seguro cujo objeto é garantir renda ao segurado a partir de determinada idade até a sua morte, certamente o preço pago pelas contratantes do sexo feminino será maior do que aquele cobrado dos contratantes do sexo masculino. Por outro lado, em se tratando de um seguro de vida para o caso de morte, como as mulheres tem maior probabilidade de sobreviverem mais anos, o valor cobrado será menor do que aquele exigido para os contratantes do sexo masculino.⁴²²

Nos contratos de seguro automobilístico diversos fatores utilizados pela seguradora para dimensionar o risco contratual, dentre eles o estado civil, a idade, o sexo, tempo de experiência na condução de veículos automotores, além de fatores ligados ao uso do automóvel, sua marca, potência do motor. Baseando-se em estudos estatísticos, que indicam a menor probabilidade de condutoras do sexo feminino se envolverem em acidentes de trânsito ou dos reduzidos danos ao automóvel quando o acidente ocorre, as seguradoras cobram menores preços das contratantes do sexo feminino do que aquele que é cobrado dos contratantes do sexo masculino.

Nos contratos de prestação de serviços médicos hospitalares constitui prática comum adotar o fator idade para se mensurar o risco contratual assumido pela prestadora de serviços

⁴²⁰ Conforme original: “(...) cabe señalar el seguro funciona bajo la ley de los grandes números (que es como se denomina a la tendencia de una gran masa de datos a ajustarse a los principios del calculo de probabilidades y que permite, a través de numerosas observaciones, obtener la probabilidad estadística de que un hecho se repita) y se base en una serie de fundamentos técnico-economicos, entre los que a los efectos de este estudio destacan dos: el principio de homogeneidad de riesgos y el principio de especialidad del riesgo. Segun el primero, las distintas situaciones de riesgo han agruparse e tratarse de manera homogênea para tarificalas correctamente, operando una solidariedade entre los sujetos sometidos a los mismos riesgos. Segun el segundo, para que el seguro funcione deve individualizarse el riesgo de cada caso a través de sus circunstancias concretas.”

⁴²¹ Conforme dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística de 2012, a expectativa de vida para os homens é de 71,3 anos e para as mulheres de 786 anos.

⁴²² Em igual sentido VARGAS VASSEROT, 2009, p.380.

médicos hospitalares, de modo que as prestações são menores para os contratantes de menor idade do que aqueles de idade mais avançada, em razão da menor probabilidade daqueles e maior destes de recorrerem aos serviços médicos e hospitalares. Outra prática comum, autorizada por lei, é aquela que permite às prestadoras de serviços médicos e hospitalares não cobrirem procedimentos relacionados a doenças pré-existentes ocultadas pelo contratante.

No que diz respeito ao seguro de vida, questão que tem se apresentado controversa é aquela atinente à possibilidade da seguradora se recusar a celebrar ou renovar o contrato de seguro de vida em razão da elevada idade do contratante. Poderia a seguradora se recusar a celebrar contrato de seguro de vida em razão da idade do contratante? Em dois casos, considerados paradigmáticos, o Superior Tribunal de Justiça foi instigado a analisar a validade de cláusula contratual que permitia a rescisão unilateral de contrato de seguro de vida pela seguradora, em razão da inviabilidade econômica de renovação do contrato.

No primeiro caso, o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial n.º 1.073.595, analisou a validade do ato praticado pela seguradora que se recusou a renovar o contrato de seguro de vida individual, ininterruptamente renovado por 30 (trinta) anos, sob a alegação de inviabilidade econômica de sua manutenção. Conforme entendimento que prevaleceu, os contratos de seguro individual que tenham sido por anos ininterruptamente renovados não podem ser rescindidos unilateralmente pela seguradora. A recusa de renovação ofenderia os princípios da boa fé objetiva, da cooperação, da confiança e da lealdade os quais devem orientar a interpretação dos contratos que regulam relações de consumo. Nos termos do voto condutor, proferido pela Ministra Nancy Andrigui:

1. No moderno direito contratual reconhece-se, para além da existência dos contratos descontínuos, a existência de contratos relacionais, nos quais as cláusulas estabelecidas no instrumento não esgotam a gama de direitos e deveres das partes. 2. Se o consumidor contratou, ainda jovem, o seguro de vida oferecido pela recorrida e se esse vínculo vem se renovando desde então, ano a ano, por mais de trinta anos, a pretensão da seguradora de modificar abruptamente as condições do seguro, não renovando o ajuste anterior, ofende os princípios da boa fé objetiva, da cooperação, da confiança e da lealdade que deve orientar a interpretação dos contratos que regulam relações de consumo. 3. Constatado prejuízo pela seguradora e identificada a necessidade de modificação da carteira de seguros em decorrência de novo cálculo atuarial, compete a ela ver o consumidor como um colaborador, um parceiro que a tem acompanhado ao longo dos anos. Assim, os aumentos necessários para o reequilíbrio da carteira têm de ser estabelecidos de maneira suave e gradual, mediante um cronograma extenso, do qual o segurado tem de ser cientificado previamente. Com isso, a seguradora colabora com o particular, dando-lhe a oportunidade de se preparar para os novos custos que onerarão, ao longo do tempo, o seu seguro de vida, e o particular também colabora com a seguradora, aumentando sua participação e mitigando os prejuízos constatados. 4. A intenção de modificar abruptamente a relação jurídica continuada, com simples notificação entregue com alguns meses de antecedência, ofende o sistema de proteção ao consumidor e não

pode prevalecer. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Recurso Especial 1.073.595, Rel. Min. Nancy Andrigui; DJ 29.04.2011)

A leitura do acórdão prolatado permite inferir que, a despeito de tratar-se de caso em que houve recusa da celebração de contrato em razão da idade do contratante, em nenhum dos votos proferidos, a questão da eficácia do princípio da igualdade nas relações jurídicas entre particulares foi aventada, sendo a questão analisada apenas sob a perspectiva das cláusulas gerais do abuso de direito e da boa-fé objetiva, bem como dos deveres anexos de lealdade contratual, transparência e confiança.

O Superior Tribunal de Justiça, posteriormente, quando do julgamento do Recurso Especial nº 880.605, diferenciando os contratos de seguro de vida individuais dos contratos de seguro de vida em grupo, firmou o entendimento de não ser abusiva a cláusula contratual que prevê a possibilidade de não renovação do contrato seguro de vida em grupo por qualquer dos contratantes, inclusive em razão da elevada idade do segurado, desde que haja prévia notificação em prazo razoável. Conforme restou assentado no voto condutor, proferido pelo Ministro Massami Uyeda:

(...) Em se tratando, pois, de contrato por prazo determinado, a obrigação da Seguradora, consistente na assunção dos riscos predeterminados, restringe-se ao período contratado, tão-somente. Na hipótese de concretização do risco, durante o período contratado, a Seguradora, por consectário lógico, é responsável, ainda, pelo pagamento da respectiva cobertura. Em contrapartida, a não implementação do risco (ou seja, a não concretização do perigo - evento futuro, incerto e alheio à vontade das partes) não denota, por parte da Seguradora, qualquer inadimplemento contratual, tampouco confere ao segurado o direito de reaver os valores pagos ou percentual destes, ou mesmo de manter o vínculo contratual. Sobressai, assim, do contrato em tela, dois aspectos relevantes, quais sejam, o do mutualismo das obrigações (diluição do risco individual no risco coletivo) e o da temporariedade contratual; III - A temporariedade dos contratos de seguro de vida decorre justamente da necessidade de, periodicamente, aferir-se, por meio dos correlatos cálculos atuariais, a higidez e a idoneidade do fundo a ser formado pelas arrecadações dos segurados, nas bases contratadas, para o efeito de resguardar, no período subsequente, os interesses da coletividade segurada. Tal regramento provém, assim, da constatação de que esta espécie contratual, de cunho coletivo, para atingir sua finalidade, deve ser continuamente revisada (adequação atuarial), porquanto os riscos predeterminados a que os interesses segurados estão submetidos são, por natureza, dinâmicos. IV - Efetivamente, a partir de tal aferição, será possível à Seguradora sopesar se a contratação do seguro de vida deverá seguir nas mesmas bases pactuadas, se deverá ser reajustada, ou mesmo se, pela absoluta inviabilidade de se resguardar os interesses da coletividade, não deverá ser renovada. Tal proceder, em si, não encerra qualquer abusividade ou indevida potestatividade por parte da Seguradora; V - Não se descure, por óbvio, da possibilidade de, eventualmente, o contrato de seguro de vida ser vitalício, entretanto, se assim vier a dispor as partes contratantes, é certo que as bases contratuais e especialmente, os cálculos atuariais deverão observar regime financeiro próprio. Ademais, o seguro de vida vitalício, ainda que expressa e excepcionalmente possa ser assim contratado, somente comporta a forma individual, nunca a modalidade em grupo. Na verdade, justamente sob o enfoque do regime financeiro que os seguros de vida deverão

observar é que reside a necessidade de se conferir tratamento distinto para o seguro de vida em grupo daquele dispensado aos seguros individuais que podem, eventualmente, ser vitalício; VI - Não se concebe que o exercício, por qualquer dos contratantes, de um direito (consistente na não renovação do contrato), inerente à própria natureza do contrato de seguro de vida, e, principalmente, previsto na lei civil, possa, ao mesmo tempo, encerrar abusividade sob a égide do Código de Defesa do Consumidor, ou, ainda, inobservância da boa-fé objetiva, fundada, tão-somente, no fato de o contrato entabulado entre as partes ter tido vigência pelo período de dez anos. Não se pode simplesmente, com esteio na Lei consumerista, reputar abusivo todo e qualquer comportamento contratual que supostamente seja contrário ao interesse do consumidor, notadamente se o proceder encontra respaldo na lei de regência. Diz-se, supostamente, porque, em se tratando de um contrato de viés coletivo, ao se conferir uma interpretação que torne viável a consecução do seguro pela Seguradora, beneficia-se, ao final, não apenas o segurado, mas a coletividade de segurados; VII - No contrato entabulado entre as partes, encontra-se inserta a cláusula contratual que expressamente viabiliza, por ambas as partes, a possibilidade de não renovar a apólice de seguro contratada. Tal faculdade, repisa-se, decorre da própria lei de regência. Desta feita, levando-se em conta tais circunstâncias de caráter eminentemente objetivo, tem-se que a duração do contrato, seja ela qual for, não tem o condão de criar legítima expectativa aos segurados quanto à pretendida renovação. Ainda que assim não fosse, no caso dos autos, a relação contratual perdurou por apenas dez anos, tempo que se revela demasiadamente exíguo para vincular a Seguradora eternamente a prestar cobertura aos riscos contratados. Aliás, a consequência inexorável da determinação de obrigar a Seguradora a manter-se vinculada eternamente a alguns segurados é tornar sua prestação, mais cedo ou mais tarde, inexequível, em detrimento da coletividade de segurados; (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Recurso Especial 880.605, Rel. Min. Massami Uyeda; DJ 17.09.2012)

Nos termos do referido precedente, os contratos de seguro de vida em grupo são caracterizados pela mutualidade e temporariedade, de modo que, a renovação automática e irrestrita dessa espécie contratual, em desrespeito às normas jurídicas vigentes, viola a mutualidade e o equilíbrio econômico-financeiro da relação contratual, ao impedir que a seguradora proceda à avaliação dos riscos contratuais a cada nova celebração. O precedente não afasta a possibilidade de que existam contratos de seguro de vida vitalícios, desde que o contrato de seguro de vida seja celebrado na modalidade individual, nos quais os cálculos atuariais observarão um regime financeiro próprio. Os entendimentos adotados estão em consonância com os preceitos normativos contidos no artigo 774, do Código Civil, segundo os quais, a recondução tácita do contrato pelo mesmo prazo, mediante expressa cláusula contratual, não poderá operar mais de uma vez.⁴²³

⁴²³ Segundo aduz Alves: *"Pela peculiaridade do seguro, o dispositivo limita a ocorrência de renovações automáticas, por recondução tácita dessa espécie de contrato, a saber que a cláusula que expressamente a permita não poderá estabelecer uma continuidade de longa permanência por reiterada sucessividade, assim não podendo operar mais de uma vez. A idéia de renovação automática, sem restrições, colide com o necessário equilíbrio do pacto, quando o restabelecimento contratual não prescinde de nova avaliação dos riscos, necessita adequar-se às mutações havidas no objeto do seguro e observar com segurança os interesses das partes. Essa recondução automática do contrato tem sido comum nas apólices de Acidentes Pessoais e de Vida em Grupo e nas operações de resseguro."* (ALVES, 2006, p. 634). Conforme preceitos contidos no artigo 744, do Código Civil, *"A recondução tácita do contrato pelo mesmo prazo, mediante expressa cláusula contratual, não poderá operar mais de uma vez."*

Inferre-se, portanto, não constituir prática abusiva a recusa da seguradora em renovar o contrato de seguro de vida em razão da elevada idade do segurado, desde que não se esteja diante de um contrato de seguro individual vitalício. Sustentar entendimento contrário poderia trazer gerar a obrigação da seguradora, após anos de contratos de seguro renovados, renovar o contrato compulsoriamente, tornando-a eternamente vinculada ao segurado, violando o princípio do mutualismo, bem como o equilíbrio econômico e financeiro do contrato de seguro.

Nos casos envolvendo agentes financeiros que atuam no mercado prestado serviços de natureza financeira, estariam eles obrigados a respeitar o princípio da igualdade de modo a considerar ilícitos quaisquer tratamentos diferenciados conferidos aos contratantes? Poderia a instituição financeira se recusar a oferecer crédito ou celebrar contrato de financiamento de bens em razão das características pessoais do pretense contratante, tais como sexo, idade, estado civil, orientação sexual, profissão, situação econômica ou raça?

Não parece difícil sustentar a viabilidade de se admitir a adoção de critérios que estejam diretamente relacionados com a concessão do crédito ou prestação do serviço de natureza financeira, indispensáveis à mensuração do risco de inadimplemento contratual. Nesse sentido, a adoção de critérios como estado civil, idade, situação econômica são de fácil admissão, o que não ocorre em relação aos critérios sexo, orientação sexual ou religiosa, raça, os quais não guardam qualquer pertinência ou relação de razoabilidade com a garantia do adimplemento contratual. Não se deve admitir a adoção de critérios que promovam a discriminação de toda uma categoria de pessoas, impedindo o acesso a bens e serviços disponíveis no mercado.

Nos contratos de seguros, o sexo, em algumas situações, representa fator relevante e diretamente relacionado ao cálculo do risco contratual e conseqüentemente, garantidor do equilíbrio econômico-financeiro, evitando que o segurador assumira riscos contratuais desproporcionais as contraprestações auferidas.⁴²⁴ Se o risco de que um segurado utilize de seu seguro de vida, saúde, automóvel ou renda é maior do que de outro, mesmo que em razão do sexo, idade ou qualquer outra característica individual, não se esta diante de uma violação ao princípio da igualdade, haja vista que estabelecer diferenciações e tratamentos distintos não implica necessariamente em conduta discriminatória, a qual somente se verificará quando a diferenciação realizada não resultar de justificações razoáveis e lógicas, ou seja, quando não

⁴²⁴ Segundo Alves: “Por essa via não se pode obrigar as seguradoras a segurar riscos desproporcionais para os prêmios recebidos.” (ALVES, 2012, p. 56)

assentada na proporcionalidade entre os meios empregados e os fins almejados.⁴²⁵ Ademais, importa destacar que:

Nos últimos tempos, os avanços científicos, no âmbito matemático e estatístico, tem oferecido às seguradoras a possibilidade de contar com mecanismos que classifiquem os riscos, oferecendo assim uma melhor no conhecimento dos fatores que influem nas variações da sinistralidade. Ao segurador não tem passado despercebido que o gênero é um fator decisivo nas flutuações econômicas que supõem riscos. Se bem que se pode pensar que a utilização do conhecimento dos riscos através de análises técnico-atuariais beneficia as companhias de seguro, o certo é que obter uma prestação equitativa dota o segurador de uma maior fortaleza na hora de afrontar seus riscos, com o que o segurado conta com um maior respaldo financeiro no caso de se produzir o sinistro (SANCHEZ DELGADO, 2008, p. 9, tradução nossa).⁴²⁶

A adoção do gênero como fator de risco contratual não implica em prática discriminatória ilícita, desde que alicerçada em dados estatísticos ou atuariais que comprovem a variação do risco contratual em razão do sexo do contratante⁴²⁷, razão pela qual a decisão proferida pelo Tribunal da União Européia, que proibiu a adoção do fator sexo para fins de determinar do valor dos prêmios e prestações nos contratos de seguro, a despeito de objetivar a promoção da igualdade de gênero e combater as práticas discriminatórias ilícitas, na realidade, vem produzindo externalidades negativas e ineficiências econômicas no mercado de consumo de seguros automobilístico, vida, saúde e renda.

O que foi constatado é que houve um aumento generalizado do valor dos prêmios e prestações fixados, em decorrência de um nivelamento “por cima” do preço de prêmios e prestações, pelo fato da impossibilidade de se calcular os efetivos riscos contratuais de cada segurado, a partir das diferenças naturais entre os gêneros. Nesse sentido aduz Alves que, “parece-nos que uma visão cega do princípio levará a desigualdades não pretendidas, já que a

⁴²⁵ Em idêntico sentido se manifestou a Corte Constitucional Colombiana na Sentença C-083/96, na qual restou assentado que: *“El establecer formas de diferenciación y tratos distintos no genera necesariamente una desigualdad y por ende una discriminación, pues la igualdad sólo se vulnera cuando la diferencia no es el resultado de una justificación razonable y lógica, producto de un estudio serio de proporcionalidad entre los medios empleados y la medida considerada.”*

⁴²⁶ Conforme original: *“En los últimos tempos, los avances científicos, en el ámbito matemático y estadístico, han ofrecido a las entidades aseguradoras la posibilidad de contar con mecanismos que clasifiquen los riesgos, ofreciendo así una mejora del conocimiento de los factores que influyen en las variaciones de la siniestralidad. Al asegurador, no le ha pasado desapercibido que el género es un factor decisivo en las fluctuaciones económicas que suponen sus riesgos. Si bien puede pensarse que la utilización del conocimiento de los riesgos a través de los análisis técnico-actuariales beneficia a las compañías de seguros, lo cierto es que obtener una prima equitativa dota a aseguradora de una mayor fortaleza a la hora de afrontar sus riesgos, con lo que el asegurado cuenta con un mayor respaldo financiero en caso de producirse el siniestro.”*

⁴²⁷ Conforme Aguilera Rull; *“La idea de que la diferenciación estadística no supone un atentado contra la prohibición de discriminación y debe estar por tanto permitida, se sustenta, sobre todo, en argumentos económicos y de funcionamiento del risk rating y de la contratación de seguros.”* (AGUILERA RULL, 2010, p.117) Em igual sentido CERDÁ MARTINEZ-PUJALTE, 2009, p. 126.

derrogação permitia num universo tão específico como o dos seguros serem encontradas soluções que melhor se encaixam no perfil de risco de cada um.”⁴²⁸

Não é razoável nem adequado, portanto, sustentar que a adoção do critério gênero como fator de risco contratual sempre representará uma prática discriminatória, haja vista que algumas categorias de riscos contratuais podem variar entre os sexos. Em determinados casos, o sexo pode ser um fator determinante na avaliação do risco contratual, situações nas quais, quando restar estatística ou cientificamente comprovada a existência de diferentes graus de risco entre homens e mulheres, a adoção de preços de prêmios diferenciada será legítima.⁴²⁹ O entendimento adotado pelo Tribunal de Justiça da União Européia provoca distorções e coloca em risco o equilíbrio econômico-financeiro da relação contratual, ao impedir que a empresas de seguro calculem os reais riscos contratuais de sua atividade e fixem adequados valores de prêmios e prestações.⁴³⁰ Conforme salienta Alves:

Os princípios da técnica seguradora assentam na correta análise de risco de todas as situações que lhes sejam propostas, de modo que a empresa de seguros aceita ou recusa a contratação ou agrava um prêmio de acordo com o risco que está em causa. As empresas de seguro, em que pese a sua função social, são entidades privadas que também têm por objetivo o lucro, caso contrário não conseguiriam assegurar uma gestão sã e prudente, pois terão que manter as provisões técnicas necessária para fazer face aos sinistros. Os prêmios a pagar pelo tomador ou segurador deverão ser ajustados aos riscos cobertos, pelo que este equilíbrio não deve ser quebrado para que possa existir uma gestão sã e prudente num mercado liberalizado e concorrencial (ALVES, 2012, p. 49)

Essa mesma perspectiva se verifica no âmbito dos seguros de acidente automobilístico, em que dados estatísticos comprovam que as mulheres, além de estarem envolvidas em menor número de sinistros, naqueles em que figuram como condutoras, os danos aos veículos são, estatisticamente, menores e, conseqüentemente, menores os custos de reparos do veículo automotor. Esse é um dos fatores que leva as empresas de seguros automobilístico brasileiras a praticarem preços diferenciados de prêmios e prestações levando em consideração o sexo do segurado, estabelecendo preços consideravelmente menores para seguradas. Além dessa

⁴²⁸ ALVES, 2012, p. 46

⁴²⁹ Cite-se, oportunamente, o exemplo trazido por Canaris, que nos apresenta uma situação em que a origem do segurado pode ser indicativo de risco contratual. Segundo o autor: “*Así, la exigencia a los asegurados extranjeros de pagar un suplemento en el seguro de automóvil obligatorio, no plantearía ningún problema desde el punto de vista del art. 3 GG, porque las estadísticas muestran que el riesgo de sufrir un accidente es más elevado en el caso de los extranjeros. La razón de la diferencia en las primas es la propensión a sufrir accidentes y no la condición de extranjero, de la que el asegurador tan sólo se sirve por ser ésta un indicio de aquella*” (CANARIS, 2003, p. 236)

⁴³⁰ Conforme destaca Aguilera Rull: “*La diferencia de trato en base al sexo se explica por la necesidad de garantizar que las primas que paga el asegurado estén en relación con la probabilidad de que se produzca el daño frente al que se está asegurando*” (AGUILERA RULL, 2010, p. 118)

prática, as empresas seguradoras tem ofertado produtos criados especialmente para o sexo feminino, nos quais há um pacote de serviços diferenciados, com centrais exclusivas de atendimento, serviços de chaveiro, manutenção elétrica e mecânica em domicílio, motorista amigo, troca de pneus e serviço de reboque ilimitados.⁴³¹

A verdade é que não há igualdade nas expectativas de vidas de homens e mulheres, como não há igualdade na probabilidade de sofrer um acidente automobilístico ou contrair doenças, de forma que a adoção de dados estatísticos relacionados ao sexo do contratante não caracteriza discriminação ilícita, mas sim, conferir tratamento diferenciado a situações distintas, fixando um preço adequado de acordo com os efetivos riscos contratuais assumidos pelas seguradoras, garantindo maior eficiência na gestão dos riscos contratuais. Assim, a existência de riscos diferenciados umbilicalmente relacionados ao sexo dos segurados, impõe que cada um deles seja tratado de acordo com suas especificidades, isto é, tratando situações distintas de forma diferenciada, pois conforme aduz Aguilera Rull, “a discriminação estatística parte da situação pior em que se encontram certas pessoas e lhes confere tratamento que corresponde a essa pior situação”, razão pela qual não pode ser considerada atentatória ao princípio da igualdade.⁴³²

A gestão do contrato de seguro pressupõe a mutualidade entre os segurados, uma vez que a coletividade de segurados deverá contribuir para o custeio dos riscos individuais realizados em relação a determinados segurados. Assenta-se, portanto, no princípio da mutualidade, a necessidade de que os cálculos atuariais realizados, especialmente os relativos aos riscos contratuais sejam bem elaborados, de forma a permitir a distribuição da cada risco contratual individual para a coletividade de segurados.⁴³³ A seguradora não pode adotar, sob pena de risco para sua solvabilidade, uma visão individual de cada contrato de seguro, mas

⁴³¹ Destaca-se que não se pode olvidar que outros fatores irão interferir nas taxas de mortalidade de homens e mulheres, especialmente aqueles relacionados aos cuidados com a saúde, ao não consumo de substâncias tóxicas, a prática de atividades esportivas, bem como nas taxas de sinistralidade, tais como a precaução ao conduzir o veículo, adoção de medidas de direção preventiva. Contudo, não se pode deixar de considerar a análise de tais fatores, além de ser muito mais dificultosa, subjetiva e sujeita a erros, pode representar uma ingerência indevida da esfera de intimidade do segurado, constitucionalmente protegida.

⁴³² “La discriminación estadística parte de la situación peor en que se encuentran ciertas personas y les da el trato que corresponde a esa peor situación. Se trata de una conducta neutral. Prohibir esta forma de diferenciación requiere partir de un concepto amplio de discriminación, que supone no sólo prohibir las conductas discriminatorias que adoptan la forma de una injerencia en los derechos de otro sino también las que son, en el sentido de JÖRG NEUNER, “negativas a prestar”. (AGUILERA RULL, 2009, p. 118)

⁴³³ Sobre o mutualismo destaca ALVIM que: “O mutualismo constitui, portanto, a base do seguro. Sem a cooperação da coletividade seria impossível, ou melhor, não se distinguiria do jogo. Não alcançaria, também seu objetivo social, pois, ao invés do patrimônio segurado seria sacrificado o patrimônio do segurador. A insegurança permaneceria para um e para outro. Importa socialmente evitar o sacrifício de alguém pelo risco e eliminar a insegurança que ameaça a todos. Isto é possível através do mutualismo que reparte os prejuízos para muitos em pequenas parcelas que não afetam sua estabilidade econômica. O patrimônio de todos é resguardado. Já foi dito que o seguro é a técnica da solidariedade” (ALVIM, 2001, p. 59/60)

sim considerá-lo integrante de uma coletividade de contratos, razão pela qual, a viabilidade dos contratos depende da garantia de equivalência entre as prestações assumidas entre seguradora e segurado.

A decisão do Tribunal de Justiça da União Européia tem proporcionado indesejáveis efeitos sob o mercado consumidor de seguros, haja vista que, proibidas de adotar o gênero como critério de avaliação de risco contratual, o qual tornava mais barato o valor dos prêmios dos contratos de seguro automobilístico e de vida celebrados com mulheres, as empresas de seguro promoveram o aumento do valor dos prêmios destes contratos, afetando diretamente este grupo de seguradas, que, ao pagarem prêmios desproporcionais aos efetivos riscos de seu contrato, estarão financiando os prêmios daqueles contratos de maior risco, o que configuraria um tratamento desigualitário.

A vedação à utilização do fato sexo para fins de mensuração do risco contratual poderá conduzir a um processo de seleção adversa, uma vez que, as seguradoras, ao cobrarem idênticas prestações de contratantes que possuem distintos riscos contratuais, acabarão por desestimular àqueles cujos riscos contratuais sejam menores a aderirem ao contrato, haja vista que o valor da prestação cobrada não possuirá correspondência ou equivalência com o risco a ser segurado. É o que tende a ocorrer no caso dos seguros automobilísticos em relação às contratantes do sexo feminino, as quais, diante da elevação do preço de suas prestações, se sentirão desestimuladas a celebrar contratos de seguro.

O Comitê Europeu de Seguradoras tem sustentado que a proibição de utilização do fator sexo como fator para mensuração do risco contratual e cálculo do valor das prestações tem o perverso efeito de ocasionar o aumento generalizado dos preços dos seguros. Além do mais, considerando a proibição de tratamento diferenciado, outro efeito constatado é que os contratantes do sexo masculino passaram a pagar prestações mais elevadas nos contratos de renda em razão da sobrevivência e nos contratos de saúde, ao lhes serem exigidas prestações equivalentes àquelas pagas pelas contratantes do sexo feminino.

De igual modo, contratantes do sexo feminino passaram a pagar prestações mais elevadas nos contratos de seguro de vida por morte prematura e acidentes, ao se igualar as prestações que são cobradas dos contratantes do sexo masculino. A imposição de tabelas de preços unissexo, sob a premissa de proibir o tratamento discriminatório, tem, portanto, como consequência, sérios transtornos na sistemática de cálculo dos riscos contratuais, ocasionando

o aumento generalizado de preços em decorrência da impossibilidade de se adotar o fator sexo como relevante fator para o cálculo do risco contratual.⁴³⁴

Além do efeito direto sob os contratos de seguros celebrados com pessoas do sexo feminino, verifica-se também risco de impactos econômicos sobre os demais contratos de seguro, decorrente dos custos que estas empresas tiveram que suportar para reavaliar todo o seu sistema de dados e cálculos atuariais, alterar os contratos vigentes, modificar seu material publicitário, dentre outros, custos que indubitavelmente serão repassados aos consumidores, impactando nos preços dos produtos ofertados.⁴³⁵ Sem contar as ineficiências econômicas geradas para todos os atores do mercado, decorrentes da substituição do critério sexo por outros mais subjetivos e voláteis, tais como os relacionados aos hábitos de vida do segurado.

Conforme destaca Aguilera Rull, a adoção do fator sexo tem a vantagem de facilitar a avaliação do risco contratual, dada sua visibilidade e invariabilidade no tempo, evitando que o segurador tenha que recorrer a fatores que demandem análises mais invasivas sobre aspectos da vida privada e intimidade do segurado, tais como preferências pessoais, modo de vida, hábitos.⁴³⁶ O sexo como fator atuarial tem a vantagem de ser um critério mais barato, uma vez que os custos para aferição são reduzidos, além de ser um critério seguro, de fácil constatação, ao contrário de outros critérios que, além de demandar estudos mais aprofundados, estão passíveis de serem burlados pelo segurado, que podem omití-los ou deturpá-los.

A proibição da possibilidade de adoção do fator sexo como critério de cálculo dos riscos contratuais e estabelecimento dos valores de prêmios e prestações, além ser produto de equivocada interpretação do conteúdo do princípio da igualdade, vem gerando externalidades

⁴³⁴ Conforme destaca Vargas Vasserot: *“la imposición de tablas unisex, aunque lograra evitar la discriminación entre sexos, provocaría un transtorno en la tarificación de primas que conllevaría una subida generalizada de los precios de las primas para equilibrar la pérdida de solvencia derivadas de la existencia de una variable aleatoria adicional a la que hacer frente (plus por la incertumbre que se genera). De igual modo se se apta por utilizar otros factores alternativos al sexo en la tarificación de riesgos, se produciría un incremento en los costes de gestión de las aseguradoras, que también se repercutiría al consumidor del seguro via precios.”* (VARGAS VASSEROT, 2009, p.382)

⁴³⁵ Destaca Fernandez Crende: *“En efecto, la adaptación a los estilos de vida como factor actuarial multidimensional muy probablemente comportará un aumento de los costes de gestión para las aseguradoras que, en última instancia, se traducirá en un incremento de las primas de seguros para los consumidores. Si el proceso de adaptación no se realiza de forma coordinada pueden producirse distorsiones en el mercado como, por ejemplo, pérdida de competitividad de las aseguradoras que actualmente operan en el mercado de seguros de vida y creación de nuevas empresas en condiciones de ofrecer primas más baratas al no tener la necesidad de adaptarse al nuevo sistema.”* (FERNANDEZ CRENDE, 2004, p. 16)

⁴³⁶ Conforme destaca Aguilera Rull: *“El sexo tiene además, como indicador de riesgo, dos ventajas innegables para el asegurador respecto de otros indicadores alternativos y es que es visible y no cambia con el tiempo. Por eso permite resolver de manera satisfactoria dos problemas a los que el asegurador se enfrenta: El primero es la dificultad que las compañías aseguradoras tienen para obtener una información veraz sobre ciertos extremos relevantes, sea porque algunos están protegidos por el derecho a la intimidad del asegurado, o porque éste tiene muchos incentivos para mentir sobre ellos. El sexo del asegurado puede determinarse de una forma nada costosa.”* (AGUILERA RULL, 2009, p. 123). No mesmo sentido FERNANDEZ CRENDE, 2004, p. 17.

negativas e ineficiências econômicas para todo o mercado europeu de seguros que devem ser corrigidas, sob pena de penalização dos consumidores, especialmente das seguradas do sexo feminino. O filósofo Victor Hugo aduz adequadamente que, “a primeira obrigação da igualdade é a equidade”.

No caso da decisão proferida pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, nem a igualdade, nem a equidade vem sendo alcançadas, uma vez que as empresas de seguro acabaram por promover o aumento do valor dos prêmios dos contratos celebrados com mulheres, que, ao pagarem prêmios desproporcionais aos efetivos riscos de seu contrato, estarão financiando os prêmios daqueles contratos de maior risco, o que configuraria um tratamento desigualitário. Destaca Alexis de Touqueville:

Na Europa, há quem confunda os diferentes atributos dos dois sexos e pretenda que o homem e a mulher devem ser considerados não só iguais, mas também semelhantes. Essas pessoas atribuem a ambos as mesmas funções, impõem-lhes os mesmos deveres e concedem-lhes os mesmos direitos; não os distinguem em nenhum aspecto, quer se trate de trabalho, quer de divertimento ou negócios. É fácil perceber que, ao esforçarem-se por igualar desta forma um sexo ao outro, acabam por degradá-los a ambos e desta mistura grosseira de duas obras diferentes da natureza só podem resultar homens fracos e mulheres desonestas. (ALEXIS DE TOUQUEVILLE, 2002, p.37)

A vedação à possibilidade de cobrança de prêmios e prestações diferenciadas em razão do sexo do contratante de um seguro privado, além de acarretar um verdadeiro cenário de incertezas, poderá gerar sérios problemas de seleção adversa, ao se desestimular a celebração de contratos de seguro de vida com mulheres, ou obrigar que determinados contratantes, com menores riscos contratuais, paguem idêntico valor de prêmios e prestações do que contratante que, em razão do sexo, possuam maior risco contratual, acarretando, certamente, um aumento geral nos custos dos contratos de seguros privados.

7 CONCLUSÕES

Uma das temáticas mais controversas e que tem despertado o interesse de inúmeros estudiosos é aquela relativa à eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações jurídicas entre particulares, em especial, quando o objetivo é definir a extensão da eficácia dos direitos fundamentais nessas relações jurídicas, a qual demanda, necessariamente, a análise das relações existentes entre as normas jurídicas constitucionais e as normas jurídicas de direito privado, bem como o conflito entre direitos fundamentais concretizado no âmbito de relações jurídicas privadas.

O trabalho teve o objetivo de proceder ao estudo da eficácia do princípio da igualdade no âmbito das relações jurídicas entre particulares, com o intuito de contribuir para os debates existentes e aperfeiçoamento das construções teóricas, na tentativa de formular proposições adequadas, capazes de conciliar a tutela do princípio da igualdade e sua correlata proibição de práticas discriminatórias, com a necessidade em se conferir segurança jurídica a estas relações jurídicas, mediante a proteção da autonomia privada e da liberdade contratual, corolários do direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade.

A questão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas, exige, na atualidade, a adoção de soluções diferenciadas, que não se limitem a defender de maneira uniforme uma eficácia imediata ou mediata. A exigência por soluções diferenciadas decorre, principalmente, da necessidade de se analisar a questão a partir dos direitos fundamentais em colisão, bem como as especificidades do caso concreto, sem se pressupor que eficácia imediata e mediata são formas incompatíveis e excludentes de eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas.

É realidade que a atividade legislativa nem sempre conseguirá disciplinar e concretizar o conteúdo das normas de direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas, nem mesmo problematizar e estabelecer soluções prévias para todos os conflitos jurídicos possíveis. Nessas situações, em que o legislador for omissivo, os órgãos jurisdicionais assumirão a função de concretizar o conteúdo dos direitos fundamentais no âmbito daquela relação jurídica entre particulares, mediante a interpretação das cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados ou pela aplicabilidade direta do conteúdo dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas, em razão de sua dimensão objetiva e seu efeito irradiador.

Diante da existência de normas infraconstitucionais que, a despeito de terem o propósito de densificar a aplicação de determinado direito fundamental às relações jurídicas entre os particulares, são incompatíveis com o texto constitucional, competirá ao intérprete

promover sua interpretação em conformidade com o texto constitucional. Sendo impossível atribuir-lhe interpretação conforme a Constituição, outra medida não restará senão a declaração de sua inconstitucionalidade.

Constatando-se a existência de normas infraconstitucionais que, a despeito de terem o propósito de densificar o conteúdo de direitos fundamentais, o fazem de forma insuficiente, competirá ao intérprete promover a integração do conteúdo das normas jurídicas de direito privado com o conteúdo das normas constitucionais de direitos fundamentais, em especial, mediante as cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados. Inexistindo cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados para o caso concreto, deverá ser analisada a adequação em se aplicar diretamente os direitos fundamentais em conflito.

Em ambas as situações, os órgãos jurisdicionais, em respeito ao princípio democrático e da separação de poderes, não poderão desprezar as decisões legislativas que estão materializadas nas normas jurídicas infraconstitucionais vigentes, exceto na hipótese de vício de inconstitucionalidade, situação na qual a norma jurídica deverá ser declarada inconstitucional e ter afastada sua aplicabilidade. Seja na hipótese em que se afasta o conteúdo de uma norma jurídica em decorrência de sua inconstitucionalidade, seja na hipótese de ser necessária a integração do conteúdo de norma jurídica de direito privado, por se entender que a densificação realizada pelo legislador se deu de forma insuficiente, estar-se-á diante do reconhecimento da força normativa das normas veiculadoras de direitos fundamentais e sua capacidade de irradiar efeitos sobre as relações jurídicas privadas.

Não se pode olvidar que os órgãos jurisdicionais não podem agir como se o ordenamento jurídico fosse um sistema composto apenas por princípios, competindo-lhes toda a tarefa de concretização dos direitos fundamentais, comportando-se como se as regras não existissem. Nos casos em que os órgãos legislativos promoveram a concretização do conteúdo das normas de direitos fundamentais, editando normas jurídicas dotadas de presunção de constitucionalidade, surge para os órgãos jurisdicionais, no mínimo, o ônus argumentativo de demonstrar a incompatibilidade da concretização realizada com a ordem constitucional ou sua eventual insuficiência, sob pena de estar-se permitindo o decisionismo jurídico. Deve-se observar a principiologia própria e inerente ao direito privado, a qual não pode ser simplesmente desconsiderada.

Não se deve partir do pressuposto de que a ausência de normas jurídicas de direito privado decorre de uma omissão legislativa, uma vez que, em inúmeras situações, a ausência de normatização específica decorre do reconhecimento de que, naquela situação, deverá prevalecer a competência decisória dos particulares na conformação de seus negócios

jurídicos, a qual sofrerá restrições pelos princípios gerais do direito privado, pelo respeito à ordem pública e ao direito de terceiros. Não se pode olvidar que o princípio da legalidade, uma das mais relevantes garantias fundamentais, estabelece que, no âmbito das relações jurídicas privadas, aquilo que não é proibido insere-se dentro do espaço de liberdade individual, sendo permitido, desde que o exercício da liberdade não afronte a ordem jurídica, em especial, ao conteúdo da dignidade da pessoa humana.

Verificou-se ser inadequada a tentativa de utilizar o princípio da proporcionalidade para se analisar a constitucionalidade de atos restritivos de direitos fundamentais praticados pelos particulares. Diferentemente do poder público, é inviável exigir que os particulares, no exercício de sua autonomia privada, somente adotem medidas adequadas, necessárias e proporcionais. Se é possível exigir do poder público que apenas adote medidas necessárias, adequadas e proporcionais, o mesmo não ocorre em relação aos particulares. Tal exigência acarretaria grave comprometimento da essência da autonomia privada, ao tolher a margem de discricionariedade conferida aos particulares para elegerem os meios para promoverem suas necessidades ou desejos e desenvolverem os mais diversos aspectos de sua personalidade.

Exigir que os particulares, ao celebrarem negócios jurídicos, procedam à prévia análise se as restrições estabelecidas contratualmente são adequadas, necessárias e proporcionais, além de restringir em demasia o conteúdo da autonomia privada, bem como a liberdade contratual, retira a espontaneidade da conduta individual, ao eliminar a margem de discricionariedade que é conferida ao indivíduo para autodeterminar e construir seus projetos de vida. Não se sustenta a inexistência de limitações à autonomia privada, mas sim, que esta não pode ser completamente sufocada pela eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares, inclusive, pela eficácia do princípio da igualdade, ao ponto de tornar o indivíduo obrigado a sempre justificar seu agir e a conferir tratamentos igualitários.

A dicotomia entre eficácia direta e indireta das normas de direitos fundamentais perde parte de seu sentido no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que as normas jurídicas de direito privado, inclusive a Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, estão repletas de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, de modo que os órgãos jurisdicionais poderão promover com facilidade a irradiação do conteúdo dos direitos fundamentais para as relações jurídicas entre particulares, exemplificativamente, ao delimitar o conteúdo do que configura um abuso de direito, definir que condutas caracterizam o cumprimento da função social da propriedade, posse ou contrato, bem como quando se esta diante da violação da boa-fé objetiva ou dos bons costumes.

A Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro é expressa ao preceituar que quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, e atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum. As especificidades inerentes ao ordenamento jurídico brasileiro, tornam o reconhecimento da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares medida excepcional. Assim, a tutela dos direitos fundamentais, dentre eles o princípio da igualdade e da correlata proibição de discriminação nas relações jurídicas entre particulares, será realizada mediante os institutos e normas jurídicas do direito privado, seja pela tutela da personalidade humana e sua dignidade, seja pelas cláusulas gerais da boa-fé contratual e proibição do abuso de direito.

O estudo dos preceitos normativos e da experiência jurídica europeia em matéria de tutela do princípio da igualdade nas relações jurídicas entre particulares teve por objetivo avaliar seus possíveis contributos para o desenvolvimento de construções teóricas que sejam compatíveis com a realidade normativa brasileira, bem como para a construção de critérios interpretativos destinados a eliminar ou, ao menos, reduzir, as margens de subjetividade das decisões acerca da eficácia do princípio da igualdade nas relações jurídicas entre particulares, conferindo maior previsibilidade e segurança jurídica ao tráfico jurídico privado, de modo a conciliar a necessidade de proteção da igualdade sem que haja estrangulamento ou o aniquilamento da autonomia privada e dos espaços de livre desenvolvimento da personalidade humana.

A questão da eficácia do princípio da igualdade se torna mais conflituosa nas relações jurídicas entre particulares caracterizadas pela simetria das partes, situações em que os particulares se relacionam exercendo livremente sua autonomia privada e liberdade contratual, sem que existam limites estabelecidos pelo legislador. Nestas situações, sustentar a vinculação dos particulares ao princípio da igualdade se apresenta discutível, ao transferir aos órgãos jurisdicionais o poder para intervir na autonomia privada dos sujeitos contratuais e desconsiderar as escolhas por ele realizadas no âmbito da relação jurídica contratual. Essa situação se torna ainda mais questionável quando o negócio jurídico se aperfeiçoou mediante a externalização da vontade de sujeitos plenamente capazes, em uma relação jurídica em que haja considerável simetria entre eles.

Constatou-se ser inadequado sustentar a eficácia absoluta do princípio da igualdade nas relações jurídica entre particulares, pois esse entendimento comprometeria os espaços privados de decisão e livre atuação do indivíduo, imunes ao direito fundamental à igualdade, que lhes permitem autodeterminar-se conforme suas vontades ou necessidades, corolários

para que os indivíduos desenvolvam de forma livre sua personalidade, bem como para a promoção e construção de uma sociedade livre e democrática. Garantir espaços privados de livre decisão e atuação aos indivíduos, nos quais ele poderá atuar sem a necessidade de justificar suas escolhas ou preferências, inclusive ao definir se contratará, com quem e de que forma, não significa transformá-los em espaços institucionalizados para a prática de atos de discriminação baseados em motivos de raça, origem, sexo, etnia ou religião.

Não se deve admitir tratamentos diferenciados desprovidos de qualquer justificativa, tratamentos caprichosos que tenham por objetivo tão somente discriminar a pessoa, de modo a reduzi-la, a colocá-la em situação vexatória, degradante ou humilhante. Não devem ser toleradas escolhas ou comportamentos que estejam dissociados do exercício legítimo de direitos fundamentais, em especial, quando baseados na raça, origem étnica ou orientação sexual, os quais, em regra são presumidamente odiosos. O ordenamento jurídico deve rechaçar tratamentos diferenciados que afetem diretamente a dignidade daquele que é discriminado.

Ao se analisar a eficácia do princípio da igualdade âmbito das relações jurídicas entre particulares, indispensável distinguir duas distintas espécies de relações jurídicas: as relações jurídicas estritamente privadas, conformadas entre particulares em situação de relativa igualdade, nas quais a pessoa do contratante é relevante; e as relações jurídicas em que há a oferta e o fornecimento de bens e serviços ao público em geral, caracterizadas como relações de natureza consumerista, nas quais a pessoa do contratante é irrelevante ou pouco relevante, se aperfeiçoando com qualquer indivíduo que aceite as condições propostas pelo ofertante. A distinção se apresenta relevante uma vez que, a depender da natureza jurídica da relação jurídica entre particulares, o grau de eficácia do princípio da igualdade será completamente distinto.

Nas relações jurídicas estritamente privadas, celebradas entre particulares em situação de relativa igualdade, o princípio da igualdade terá reduzida ou nenhuma eficácia. É o que acontece, por exemplo, nas relações jurídicas de locação de bens imóveis, nas relações jurídicas em que a proteção da privacidade, intimidade ou vida privada do contratante é indispensável, naquelas decorrentes do exercício da liberdade associativa, em que o elemento confiança constitui traço característico, nas relações jurídicas familiares e sucessórias, naquelas em que o exercício da autonomia privada está diretamente relacionado às convicções religiosas do contratante, bem como nas relações jurídicas em que a vontade de contratar se dirige a pessoas determinadas.

Nas relações jurídicas estritamente privadas há que se assegurar ao contratante margem de discricionariedade para exercer sua liberdade de contratação, eleger o outro sujeito contratual, definir a forma e o conteúdo do contrato, de modo a tutelar a autonomia privada do contratante e garantir-lhe a possibilidade de livremente desenvolver sua personalidade de acordo com seus interesses e necessidades. Essas relações jurídicas constituem espaço de liberdade, intimidade e discricionariedade para que os indivíduos possam livremente desenvolver suas relações humanas, sejam afetivas, sexuais, familiares, associativas ou de fraternidade, espaços em que há maior liberdade para que possam adotar decisões de forma autônoma, de modo que, impor-lhes a obrigatoriedade de sempre observar o princípio da igualdade e uma rígida proibição de discriminação, afetaria severa e profundamente a liberdade de decisão e de desenvolvimento dessas relações humanas.

Exigir que particulares, no exercício da autonomia privada e liberdade de contratação, dispensem aos demais particulares idêntico tratamento ou que justifiquem os tratamentos diferenciados realizados configuraria uma restrição demasiada e indevida, representaria impor-lhes um dever positivo de sempre conferir tratamento igualitário aos demais sujeitos privados. Sob a perspectiva da tutela do direito de livremente desenvolver sua personalidade, deve ser assegurado aos indivíduos a possibilidade de construir seus projetos de vida de acordo com seus sentimentos, inclinações pessoais, concepções de mundo. O exercício da autonomia privada não pode servir de justificativa para legitimar violações à dignidade das pessoas. O contrato, além de ser corporificador dos interesses individuais dos contratantes, deve ser instrumento para a promoção do livre desenvolvimento da personalidade e da dignidade dos envolvidos.

Será considerado lícito o tratamento diferenciado quando este for indispensável para proteger o núcleo, a essência de outro direito ou bem constitucional, tais como a liberdade de associação, liberdade de crença e religião, intimidade, privacidade e a própria liberdade de contratação, enquanto importantes expressões da autonomia privada. Nestes casos a licitude do tratamento diferenciado decorre da essencialidade desses direitos fundamentais interrelacionados, o que torna mais intensa a necessidade em se proteger a autonomia privada face ao princípio da igualdade e da proibição de discriminação, até mesmo como forma de se assegurar ao particular que possa livremente fazer escolhas, tomar decisões e desenvolver aspectos existências de seu projeto de vida. Nos casos em que a autonomia privada estiver alicerçada apenas ou preponderantemente em aspectos de natureza patrimonial ou econômica, a proteção da autonomia privada se dará de forma menos intensa face ao princípio da igualdade e à correspondente proibição de discriminação.

A eficácia do princípio da igualdade e da correlata proibição de discriminação face à autonomia privada dependerá, portanto, das especificidades da relação jurídica privada, dos direitos fundamentais em conflito, dos bens constitucionais cujo tratamento diferenciado se restringiu, se existenciais ou patrimoniais, das circunstâncias fáticas e jurídicas, do grau de simetria entre as partes, da autenticidade da vontade externalizada pelos contratantes, da transcendência ou repercussão social da diferenciação, e da análise da possível afetação da dignidade da pessoa discriminada, critérios a serem utilizados com o objetivo de balizar e estabelecer diretrizes interpretativas de modo a reduzir o subjetivismo das decisões jurisdicionais, evitando o esvaziamento do conteúdo da autonomia privada em razão de um intervencionismo jurisdicional nas relações jurídicas contratuais entre particulares.

No que tange às relações jurídicas entre particulares em que há oferta de bens e serviços ao público em geral, a questão da eficácia do princípio da igualdade terá contornos completamente distintos. Os particulares que forneçam bens e prestem serviços de natureza pública, na condição de concessionários ou permissionários, estão vinculados ao princípio da igualdade, uma vez que, ao fornecerem os bens ou prestarem os serviços em substituição ao poder público, quedarão vinculados ao princípio da igualdade, sendo-lhes vedada a prática de tratamentos diferenciados que não se assentem em objetivos legítimos constitucionalmente tutelados. De igual modo, aqueles que detenham o monopólio na oferta de bens ou prestação de serviços não poderão conferir tratamentos diferenciados nem recusar-se a contratar, uma vez que sua recusa representará obstáculo a que o indivíduo tenha acesso a determinado bem ou serviço, principalmente se se tratar de bem ou serviço essencial à pessoa.

Ao se analisar a eficácia do princípio da igualdade nas relações jurídicas envolvendo estabelecimentos abertos aos públicos, verificou-se que a recusa em se admitir o ingresso de pessoas em razão de suas características pessoais tende a ser inadmitida, uma vez que, em regra, expõe aquele que não foi admitido a um tratamento público vexatório, principalmente se a recusa se basear na raça, origem étnica ou orientação sexual da pessoa discriminada. Quando há oferta realizada ao público, o ofertante acaba por renunciar ao direito de selecionar os contratantes sob bases individuais, de modo que a recusa, nessas circunstâncias, evidencia uma conduta discriminatória, um ato de desprezo pela pessoa inadmitida. Ao atuar no mercado, ofertando seus bens e serviços, o proprietário do estabelecimento manifesta e torna pública a sua vontade de contratar, razão pela qual, qualquer pessoa que deseje contratar nas condições previamente fixadas poderá fazê-lo.

Os estabelecimentos abertos ao público, alicerçados na autonomia privada e no princípio da livre iniciativa, poderão estabelecer critérios de contratação e admissão de

pessoas desde que estes traduzam objetivos legítimos e constituam justificativas razoáveis. É o que ocorre em relação aos estabelecimentos de cuidados pessoais, os quais podem estabelecer restrições à contratação de pessoas em razão do sexo (salões de beleza, barbearias, cuidados pessoais e estéticos), bem como realizar tratamentos diferenciados, cobrando preços distintos de homens e mulheres, tendo em vista que, nessas hipóteses, a desiquiparação é necessária em razão das diferenças existentes entre homens e mulheres, de modo que o tratamento igualitário sequer é recomendado, sob pena de, inclusive, violar a privacidade e intimidade dos demais clientes, bem com a autonomia privada e liberdade de iniciativa do proprietário de estabelecimento, que deve possuir liberdade para empresariar.

Os estabelecimentos abertos ao público devem ter a cautela de previamente publicizar os critérios de admissão, os quais devem ser aplicados à coletividade de forma geral, abstrata e indistinta. Ao adotarem essa cautela, torna-se lícito que os estabelecimentos abertos ao público, exijam, por exemplo, a observância de idade mínima para ingresso, que estabeleçam preços distintos para homens e mulheres, que fixem quantitativos de ingresso disponíveis para venda em razão do sexo do comprador, que proibam o uso de determinadas roupas ou acessórios, dentre outras condutas. Essa lógica, contudo, não pode ser utilizada para permitir que o estabelecimento preveja que não se admitirá pessoas de determinada raça ou etnia, pois, nestas situações, a despeito da discriminação não possuir um destinatário específico, se assenta em critérios ilegítimos, dificilmente justificáveis, se concretizando em desfavor de toda uma categoria de pessoas, violando a dignidade humana de seus integrantes.

Nos casos envolvendo agentes financeiros que atuam no mercado prestando serviços de natureza financeira, constatou-se a viabilidade de se admitir a adoção de critérios que estejam diretamente relacionados com a concessão do crédito ou prestação do serviço de natureza financeira, indispensáveis à mensuração do risco de inadimplemento contratual. Nesse sentido, a adoção de critérios como estado civil, idade, situação econômica são de fácil admissão, o que não ocorre em relação aos critérios sexo, orientação sexual ou religiosa, raça, os quais não guardam qualquer pertinência ou relação de razoabilidade com a garantia do adimplemento contratual. Não se deve admitir a adoção de critérios que promovam a discriminação de toda uma categoria de pessoas, impedindo o acesso a bens e serviços disponíveis no mercado.

Nos contratos de seguros, a adoção de critérios como sexo, estado civil, idade, representará conduta lícita desde que constitua fator relevante e diretamente relacionado ao cálculo do risco contratual, destinado a garantir o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, bem como evitar a assunção pelo segurador de riscos contratuais desproporcionais às

contraprestações auferidas. Se o risco de que um segurado utilize de seu seguro de vida, saúde, automóvel ou renda é maior do que de outro, mesmo que em razão do sexo, idade ou qualquer outra característica individual, não se esta diante de uma violação ao princípio da igualdade, haja vista que estabelecer diferenciações e tratamentos distintos, compatíveis com a situação do segurado, não implica em conduta discriminatória, a qual somente se verificará quando a diferenciação realizada não resultar de justificações razoáveis e lógicas, ou seja, quando não se assentar em dados estatísticos comprovados.

Nesse diapasão, o objetivo do presente trabalho não foi esgotar a análise da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares, especialmente do princípio da igualdade, mas sim, reconhecendo a grandiosidade e complexidade do tema, procurou-se desenvolver análises críticas, questionamentos e apontamentos que possam ser úteis para o aperfeiçoamento do estudo da eficácia do princípio da igualdade nas relações jurídicas privadas, bem como contribuir mediante a elaboração de diretrizes interpretativas capazes conciliar a tutela da igualdade e da proibição de discriminação, com a proteção dos direitos fundamentais à autonomia privada e liberdade contratual, bem como do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, pilares do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

- ABRANTES. João José Nunes. **A vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais**. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1990.
- AGUILERA RULL, Ariadna. Proibição de discriminación y libertad de contratación. Barcelona: Facultad de Derecho de la Universidad Pompeu Fabra. **Revista para el analisis del Derecho**, 2009, p.1-30.
- AGUILERA RULL, Ariadna. El proyecto de lei integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Barcelona: Facultad de Derecho de la Universidad Pompeu Fabra. **Revista para el analisis del Derecho**, 2011, p.1-15.
- AGUILERA RULL, Ariadna. **Contratación y diferencia: Prohibiciones de discriminación por sexo y origen étnico en el acceso a bienes y servicios disponibles al público**. Universitat Pompeu Fabra. Barcelona, 2010.
- ALFARO AGUILA-REAL, Jesús. Autonomia privada y derechos fundamentales. **Anuario de Derecho Civil**, 1993, p. 57-122.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. José Afonso da Silva (Trad.).São Paulo: Malheiros, 2014.
- ALVES, Jones Figueiredo. **Novo Código Civil Comentado**. 5.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- ALVES, Francisco Luís. **O regime jurídico da discriminação aplicável aos seguros: presente e futuro**. Lisboa: Fórum. XIV, n° 31 (fevereiro 2012), p. 28-59.
- ALVIM, Pedro. **O Contrato de Seguro**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Jornal do Advogado**, OAB, São Paulo, n. 289, p. 14, dez, 2004.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **O conteúdo jurídico do Princípio da Igualdade**. 30^a ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BILBAO UBILLOS, Juan Maria. **Los derechos fundamentales em la frontera entre lo público y lo privado: la noción de state action en la jurisprudencia norteamericana**. Madri: McGraw-Hill. 1997.
- BILBAO UBILLOS, Juan Maria. **La eficácia de los derechos fundamentales frente a particulares**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.
- BILBAO UBILLOS, Juan Maria. La eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales em el ordenamiento español. In: MONTEIRO, António Pinto; NEUNER, Jorg; SARLTET, Ingo Wolfgang. (Orgs.). **Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado**. Coimbra: Almedina, 2007, p.145-163.

BILBAO UBILLOS, Juan Maria. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2ª ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 301-340.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, Rodrigo. Principio de igualdad y derecho privado. **Anuario de Derecho Civil**, 1990, p. 369-427.

BOCKENFORDE, Ernest Wolfgang. **Escritos sobre derechos fundamentales**. Juan Luis Requejo Pagés (Trad.). Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. SARLET, Ingo Wolfgang; PINTO, Paulo Mota. (Trad.) Coimbra: Almedina, 2003.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Antônio Menezes Cordeiro (Trad.). 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Civilização do Direito Constitucional ou Constitucionalização do Direito Civil? A eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil no contexto do direito pós-moderno. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago. (Orgs.) **Direito Constitucional. Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides**. 1ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, p. 108-113, 2003b.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Dogmática de Direitos Fundamentais e Direito Privado. In: CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. Coimbra (Portugal): Coimbra Editora, 2004. p.190-215.

CAPELO DE SOUSA, Rabindranath. **O Direito Geral de Personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas. In: PEREIRA, Antônio Celso Alves; MELLO, Celso Renato Duviver de Albuquerque. (Coords.). **Estudos em homenagem a Carlos Alberto Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Extensão dos direitos e deveres fundamentais às relações privadas. **Revista da Escola Nacional de Magistratura**, Brasília, v.2, n.5, abr. 2008.

CARRASCO PERERA, ÁNGEL. El principio de no discriminación por razón de sexo. **Revista Jurídica de Castilla-La Mancha**, 1990, 9-38.

CAUPERS, João. **Os Direitos Fundamentais dos trabalhadores e a Constituição**. Lisboa: Almedina, 1985.

CERDÁ MARTINEZ-PUJALTE, Carmen. El problema de la discriminación en el ámbito privado: una aproximación a las legislaciones recientes en Alemania y España. Universidad Externado de Colombia. **Revista de Derecho Privado**, n.º 16, 2009, p. 103-146.

CHEMERINSKY, Erwin. **Rethinking State Action**. Northwestern University Law Review, Vol. 80, n. 3, 1985, p. 503-557.

CIFUENTES MUÑOS, Eduardo. La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. **Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica**, n.º 27, Universidad Nacional Autónoma de México, Corte Constitucionalidad de Guatemala, México, 1998.

CLAPHAM, Andrew. **Human rights in the private sphere**. Oxford, Clarendon Press, 1998.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Hermenêutica jurídica e(m) debate: o constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Habermas e o direito brasileiro**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2007.

CRUZ VILLALON, Pedro. **Derechos fundamentales y derecho privado**. Academia Sevillana Del Notariado. Madrid: EDERSA, 1998.

DIAZ DE VALDES, José Manuel. La prohibición de una discriminación arbitraria entre privados. **Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso**. XLII. 1º Semestre de 2014, Valparaíso, Chile, p. 149-186.

DIEZ-PICAZO, Luis Maria. **Sistema de derechos fundamentales**. Madrid: Thomson/Civitas, 2007.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e Diferença. Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2012.

GALUPPO, Marcelo Campos. O que são direitos fundamentais? In.: SAMPAIO, José Adércio Leite. (Coord.) **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 213-250.

GARCÍA TORRES, Jesús; JIMENEZ-BLANCO, Antônio. **Derechos fundamentales y relaciones entre particulares**. Madrid: Civitas, 1986.

GALVEZ MUÑOZ, Luis. La clausula general de igualdad. Universidad de Murcia. **Anales de Derecho**, 2003, n.º 21, p. 195-206.

GARCÍA RUBIO, Maria Paz. **La igualdad de trato entre hombres y mujeres y su repercusión en el derecho de contratos: Análisis del proyecto de Ley Orgánica para la igualdad de mujeres y hombres a la luz de la Directiva 2004/113/CE, La Ley, nº 6602**. 2006, p. 1-33.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

DURIG, Gunther. **Grundrechte und Zivilrechtsprechung**. In: Maunz, Theodor (Hrsg.); Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung – Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky, München, 1956.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FACHIN, Luiz Edson Fachin. **Teoria Crítica do Direito Civil**. 2ª. ed. Atual. Rio de Janeiro, Renovar, 2003a.

FACHIN, Luiz Edson. Direitos Fundamentais, Dignidade da Pessoa Humana e o Novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003b. p. 87-104.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. Salvador: JusPodvum, 2014.

FERNÁNDEZ CRENDE, Antônio. Seguros de vida y discriminación sexual. Barcelona: **Revista para el analisis del Derecho**, 2004, n.º 4, p.1-26.

FERNANDEZ SEGADO, Francisco. La teoría jurídica de los derechos constitucionales en la doctrina constitucional. **Revista Española de Derecho Constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, n.º 39, Sep – Dic 1993, p. 195-247.

FERNÁNDEZ TORRES, Isabel. La igualdad de trato de mujeres y hombres en la contratación mercanti. In.: MONTOYA MELGAR, Alfredo; SÁNCHEZ – URÁN AZAÑA, Yolanda (coord.). **Igualdad de mujeres y hombres. Comentario a la Ley Órgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres**. Thomson Civitas, 2007.

FERRERES COMELLA, Victor. La eficacia de los derechos constitucionales frente a los particulares. **Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política (SELA) sobre derechos fundamentales**. Iquique, Chile, 7 al 10 de junio de 2001. Disponível em: <<http://islandia.law.yale.edu/sela/scomella.pdf>> Acesso em: 15 de set. 2009.

FIORAVANTI, Maurizio. **Los derechos fundamentales: apuntes de história de las constituciones**. Madrid: Universidad Carlos III, Departamento de Derecho Público y Filosofía del Derecho, Trotta, 1996. 165 p.

FIUZA, César. **Direito Civil: princípios jurídicos no direito privado**. Atualidades III. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre faticidade e validade**. Flávio Beno Siebeneichler (Trad.) Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, vol. I., 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre faticidade e validade**. Flávio Beno Siebeneichler (Trad.) Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, vol. II., 1997.

HESSE, Konrad. **Derecho constitucional y derecho privado**. Ignacio Gutiérrez (Trad.). Madrid: Civitas, 1955, 88 p.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Gilmar Ferreira Mendes (Trad.) Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2009.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Luís Afonso Heck (Trad). Porto Alegre; Sérgio Antônio Fabris, 1998.

JIMÉNEZ CAMPO, Javier. **Derechos fundamentales: concepto y garantías**. Madrid: Editorial: Trotta, 1999.

JULIO ESTRADA, Alexei. **La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares**. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2000, 332 p.

JULIO ESTRADA, Alexei. La eficacia entre particulares de los derechos fundamentales. Una presentación del caso colombiano. In: CARBONELL, Miguel. (Coord.). **Derechos fundamentales y Estado**. Ciudad de México: Universidad Autónoma de Mexico. 2002, p. 267-296.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos**. Leopoldo Holzbach (Trad.). São Paulo: Martin Claret, 2006. Coleção A Obra-Prima de Cada Autor, 2006.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. João Batista Machado (Trad.) 8ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

KRETZ, Andrietta. **Autonomia da vontade e eficácia horizontal dos direitos fundamentais**. Florianópolis: Momento Atual, 2005.

LARENZ, Karl. **Derecho Civil: Parte General**. Miguel Izquierdo y Macias Picaeva (Trad.) 3ª ed. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado. 1993.

LEISNER, Walter. **Grundrechte und privatrecht**.Munich, 1960.

LUDWIG, Marcos de Campos. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade na Alemanha e possibilidades de sua aplicação no direito privado brasileiro. In: MARTINS-COSTA, Judith. (Org) **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: RT, 2002.

MARQUES, Cláudia Lima. **Manual de direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARTINS, Leonardo. Livre desenvolvimento da personalidade. In: SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta años de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão**. Berlin: Konrad Adenauer-Stiftung, 2005.

MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **A reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. **A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2005.

MUÑOZ GARCÍA, Alfredo. La igualdad de trato de mujeres y hombres en la contratación mercantil. In: MONTOYA MELGAR, SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, YOLANDA(coord.), **Igualdad de mujeres y hombres. Comentario a la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres**. Thomson Civitas, Cizur Menor, pp. 441-494.

MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais: eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas: análise da jurisprudência da Corte Constitucional Alemã. In: MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos Editor, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

MENDES, Gilmar. COELHO, Inocêncio Martires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, 546 p.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

MONTOYA MELGAR, SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, YOLANDA (coord.), **Igualdad de mujeres y hombres. Comentario a la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres**. Thomson Civitas, Cizur Menor, 2007.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional, **Revista de Direito Civil**, nº 65. p. 21-32. jul./set., 1993, p. 22.

MOUREIRA, Diogo Luna. O reconhecimento e a legitimação da autonomia privada: instrumento de afirmação da personalidade no direito privado.. In: FIUZA, César. **Direito Civil: princípios jurídicos no direito privado**. Atualidades III. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 55-86.

NARANJO DE LA CRUZ, Rafael. **Los limites de los Derechos Fundamentales an las Relaciones entre Particulares: la buena fe**. Madrid: Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, 2301p.

NERY, Rosa Maria de Andrade. **Noções preliminares de direito civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NERY, Rosa Maria de Andrade. **Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NEUNER, Jorg. A influência dos direitos fundamentais no direito privado alemão. In: MONTEIRO, António Pinto; NEUNER, Jorg; SARLTET, Ingo Wolfgang. (Orgs.). **Direitos**

fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado. Coimbra: Almedina, 2007, p.213-236.

NIPPERDEY, Hans Carl. Direitos fundamentais e Direito Privado. Wladir Alves (Trad.) In: HECK, Luis Afonso. (Org.) **Direitos Fundamentais e Direito Privado.** Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2012.

NOVAIS, Jorge Reis. Os direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares. In: SARMENTO, Daniel Antônio de Moraes. (Org.). **A Constitucionalização do Direito.** Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2007.

NOWAK, John E. ROTUNDA, Ronald D. **American Constitucional Law.** 5ª ed. Saint Paul: West Publishing, 1995.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório. **Curso de derechos fundamentales.** Madrid: Universida Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1999.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto (Coord.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PEREZ LUÑO, Antônio Enrique. **Los derechos fundamentales.** 9ª ed. Madrid: Tecnos, 2007, 234 p.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002. 359p.

PICKER, Eduard. Anti-discrimination as a Program of Private Law? **German Law Journal,** Russel A. Miller Editor. Vol. 4, Nº. 8, 2003, pág. 8

PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria geral do direito civil.** 3ª ed. actual. Coimbra: Coimbra Editora, 1999. 661p.

PINTO, Paulo Mota. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade. **Separata Portugal-Brasil Ano 2000,** Coimbra, 1999.

PINTO, Paulo Mota. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado português. In: MONTEIRO, António Pinto; NEUNER, Jorg; SARLTET, Ingo Wolfgang. (Org.). **Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado.** Coimbra: Almedina, 2007, p.145-163.

PRATA, Ana. **Tutela constitucional da autonomia privada.** Coimbra: Almedina, 1982.

PRIETO SANCHIS, Luis. **Estudios sobre derechos fundamentales.** Madrid: Editorial Debate, 1994.

QUEIROZ, Cristina M.M. **Direitos fundamentais: teoria geral.** Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

RAYNAUD, Julien. **Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés**. Presses Universitaires Aix Marseille, 2003.

REY MARTINEZ, Fernando. La proibición de discriminación racial o étnica en la unión europea y em España: el caso de la minoria gitana. **Revista de Derecho Político**, 2003, p. 63-105.

REY MARTINEZ, Fernando. Igualdad entre mujeres y hombres em la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español. **Revista Derecho del Estado**, 2010, n.º 25, p. 5-40.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O princípio constitucional da igualdade**. Belo Horizonte: Lê, 1990.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil: Contratos**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Ana Coimbra (Trad.). Coimbra: Almedina, 2001.

SALVADOR CODERCH, Pablo. **Asociaciones, Derechos Fundamentales y Autonomia Privada**. Madrid: Civitas, 1997.

SÁNCHEZ DELGADO. **Impacto de la ley de igualdad de género en los seguros de salud**. Monteserrat: Trébol, 2008, nº 47, p. 9-16.

SAMPAIO JÚNIOR, Rodolpho Barreto. A cláusula geral da função social dos contratos; entre um sistema aberto e um sistema impositivo. In: Conpedi. (Org.). **Anais do XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do Conpedi**. 1ª ed. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2008, v. 1, p. 4646-4666.

SANDEL, Michael. **O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado**. São Paulo: Civilização Brasileira, 2012.

SARAZÁ JIMENA, Rafael. Jueces, derechos fundamentales y relaciones entre particulares, Logroño: Universidad de la Rioja, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Constituição concretizada: construindo pontes entre o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000a.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, 8ª edição, revista, atualizada e ampliada. 8ª. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2007a. 503 p.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2001, 152p.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 36, p. 54-104, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). **O direito público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. **Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro**, v. XII, p. 297-332, 2003.

SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes. A normatividade da constituição e a constitucionalização do Direito Privado. **Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 23, p. 272-297, 2003.

SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, 362 p.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Madrid: Alianza, 1982.

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

STEINMETZ, Wilson. Direitos fundamentais e relações entre particulares: anotações sobre a teoria dos imperativos de tutela. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, Brasília, n. 5, jan./jun. de 2005.

STERN, Klaus. **Derecho Del Estado de la Republica Federal Alemana**. Javier Pérez Royo e Pedro Cruz Villalón (Trad.). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Mandamentos, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009. 280 p.

SOMBRA, Thiago Luís Santos. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas: a identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2004. 214 p.

SUÁREZ BERRÍO, Andrés Felipe. Derecho al Libre Desarrollo de la Personalidad en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana entre los años 1992 y 1997. In: Díkaion, **Revista de Fundamentación Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Sabana**, n.º 8, 1999.

TEPEDINO, Gustavo. Introdução: Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: TEPEDINO, Gustavo. (Org.). **Problemas de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e relações privadas na experiência das cortes brasileiras. **Revista Themis**, Curitiba, Centro Acadêmico Hugo Simas, p. 21-29, 2008.

VALE, André Rufino do. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.

VALE, André Rufino. Drittwirkung de direitos fundamentais e associações privadas. **Revista de Direito Público**, n.º 9, p. 53-74, jul/ago/set. 2005.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Direito da Personalidade**. Coimbra: Almedina, 2006.

VARGAS VASSEROT, Carlos. El sexo como fator de riesgo em los seguros. In: PEREZ VALLEJO, Ana Maria. (Coord.) **Igualdad efectiva entre mujeres y hombres: Diagnóstico e prospectiva**. Barcelona: Atelier Libros, 2009.

VAZQUEZ DE CASTRO, Luis Martinez. El principio de libre desarrollo de la personalidad en el ámbito privado. Pamplona: Civitas, 2010.

VENEGAS GRAU, Maria: **Derechos fundamentales y derecho privado: los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomia privada**, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2004.

VERDA Y BEAMONTE, José Ramon. Eficácia privada de los derechos fundamentales y Recurso de Amparo. **Revista Boliviana de Derecho**, nº 13, enero 2012, 2001, pp. 40-59

VIERA DE ANDRADE, José Carlos. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2009.