

XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO II

CÉSAR AUGUSTO DE CASTRO FIUZA

EDNA RAQUEL RODRIGUES SANTOS HOGEMANN

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direito civil contemporâneo II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: César Augusto de Castro Fiuza, Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-304-7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Direito Civil Contemporâneo.

I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO II

Apresentação

O XXV Congresso Nacional do CONPEDI – CURITIBA-PR, realizado em parceria com a UNICURITIBA, apresentou como tema central CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTETÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito”.

Uma tal temática suscitou intensos debates desde a abertura do evento e desdobramentos no decorrer da apresentação dos trabalhos e da realização das plenárias. Particularmente, a questão do papel dos atores sociais mereceu destaque no Grupo de Trabalho “Direito Civil Contemporâneo II”, na medida em que inequivocamente sensíveis transformações foram sentidas em relação aos institutos do Direito Civil que lastreiam as relações interpessoais que se acercam do princípio da dignidade da pessoa humana e da plenitude da cidadania.

Sob a coordenação do Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza, da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG) e da Profa. Pós-Dra. Edna Raquel Hogemann Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro -Universidade Estacio de Sá (UNESA /UNIRIO), o GT “Direito Civil Contemporâneo II” promoveu sua contribuição, com exposições orais e debates que se caracterizaram tanto pela atualidade quanto pela profundidade dos assuntos abordados pelos expositores.

Eis uma breve síntese dos trabalhos apresentados:

Sob o título Da autonomia da vontade à autonomia privada: a evolução do princípio basilar do direito contratual, Mark Pickersgill Walker e Joana de Souza Sierra discutiram sobre a dificuldade de definição da autonomia privada decorrente do fato de que ela é a feição contemporânea da autonomia da vontade. Refletem sobre a ascensão e crise desses conceitos, tecendo considerações críticas e possíveis contornos para a autonomia.

Afonso Soares De Oliveira Sobrinho e Clarindo Ferreira Araújo Filho apresentaram o trabalho intitulado Usucapião extrajudicial e a função social dos cartórios, cujo foco centrou-se numa revisão das teorias possessórias abraçadas pelo sistema legal pátrio, bem como, por meio de pesquisa bibliográfica, revistas as espécies e características desse importante instituto de aquisição de propriedade e à função social dos cartórios.

Precedentes judiciais. Uma possibilidade de harmonização entre a liberdade e o conteúdo econômico do contrato, e sua função social, da autoria de Rodrigo Brunieri Castilho, abordou o instituto dos precedentes previstos no CPC/2015, como forma de colmatação e harmonização entre o publicização e o liberalismo contratual.

Os requisitos de admissibilidade da perda de uma chance em acórdãos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, de Barbara Bedin e Rosemari Pedrotti de Avila, analisou o instituto da perda de uma chance relativamente novo no ordenamento jurídico brasileiro, por meio do estudo de caso, a partir de três decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul para verificar qual o entendimento dos julgadores a respeito da temática, pela falta de legislação expressa.

Wagner da Silva Botelho de Souza e Isabel Gouvêa Mauricio Ferreira apresentaram o trabalho intitulado: “A evolução da boa-fé objetiva no ordenamento jurídico brasileiro: análise da aplicabilidade nos contratos de seguro”. Analisaram a evolução da boa-fé objetiva e sua aplicação nos contratos de seguro, buscando a compreensão deste princípio quando aplicado a uma modalidade contratual específica.

Fernanda Macedo Guimarães e Luiza Helena Gonçalves apresentaram o artigo intitulado: “O marco civil da internet e a polêmica dos bloqueios judiciais”, que promoveu uma leitura reflexiva em torno dos principais pilares da Lei nº 12.965/2014, entre eles a neutralidade, a privacidade e a responsabilidade, busca-se diagnosticar a legalidade e a eficácia destes bloqueios judiciais.

“A indenização da perda de uma chance: o que considerar? ”, da autoria de Bruno Terra de Moraes, discutiu a responsabilidade civil pela perda de uma chance como instrumento de tutela da pessoa humana em um contexto de aumento das hipóteses de danos ressarcíveis.

“Considerações práticas acerca da responsabilidade objetiva”, da autoria de César Augusto de Castro Fiuza e Bruno de Almeida Lewer Amorim, discutiram a prática da responsabilidade objetiva nas relações de consumo, especialmente no que diz respeito à substituição da culpa pelo risco da atividade. Analisaram as causas excludentes de responsabilidade do Código de Defesa do Consumidor, tendo como referencial alguns julgados, de modo a perquirir se a jurisprudência reflete uma responsabilidade baseada no risco ou se a reparação segue se baseando na culpa.

Michely Vargas Delpupo e Jose Geraldo Romanello Bueno, apresentaram o trabalho intitulado: “Breves considerações sobre o contrato de corretagem ou de mediação à luz do

Código Civil brasileiro e legislações estrangeiras”, nele buscaram esclarecer os principais conceitos decorrentes do contrato de corretagem, bem como analisar as normas pertinentes que tratam destas questões do contrato de corretagem em nosso ordenamento jurídico e na legislação estrangeira.

“O negócio jurídico na empresa “pontocom” e aspectos de sua problemática no contemporâneo direito civil brasileiro” da autoria de Eliana Maria Pavan de Oliveira e Maristela Aparecida Dutra, traça parâmetros de delimitação do negócio jurídico virtual, aplicáveis metodicamente às Empresas “Pontocom” no âmbito das relações civis e consumo.

Tereza Rodrigues Vieira apresentou o trabalho intitulado: “A autodeterminação das pessoas transgênero e cisgênero e o reconhecimento da adequação do registro civil”, tendo como objetivo refletir sobre a autodeterminação das pessoas transgênero e cisgênero com vistas ao reconhecimento da sua identidade civil no tocante ao prenome e ao gênero atribuídos ao nascer.

“Tomada de decisão apoiada: uma reflexão acerca do novo instituto”, da autoria de Débora Nogueira Esteves e Lucas Campos de Andrade Silva promove uma breve reflexão acerca do novo instituto jurídico, previsto no artigo 1.783-A do Código Civil brasileiro, instituída pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, constituindo uma visão crítica sobre os desafios, perspectivas e possibilidades deste novo modelo que valoriza a autonomia da pessoa com deficiência e preza por sua inclusão no convívio social.

Eduardo Felipe Nardelli e Priscila Zeni de Sá apresentaram o trabalho intitulado: “Responsabilidade civil médica e perda de uma chance”, que aborda os dois casos em que poderá haver responsabilidade pela perda de uma chance na seara médica.

“A responsabilidade civil dos notários e registradores” , da autoria de Carina Goulart da Silva e Guilherme Augusto Faccenda, investiga os posicionamentos doutrinário e jurisprudencial a respeito da responsabilidade civil dos notários e dos registradores quanto aos danos causados a terceiros no exercício da delegação.

Sob o título “Eficácia do princípio da igualdade nas relações jurídicas entre particulares: entre a liberdade e a igualdade”, Thiago Penido Martins promoveu um estudo sobre a eficácia do princípio da igualdade no âmbito das relações jurídicas privadas contratuais, analisando em que medida os particulares, estão vinculados ao direito fundamental à igualdade.

Marcelo Farina de Medeiros apresentou o trabalho intitulado: “ Função social do contrato: da autonomia da vontade à eticidade”, objetivando contribuir com a análise da evolução das teorias contratualista, na perspectiva de uma quebra de paradigma, ensejando um marco histórico no Direito Negocial, a partir do qual a função social do contrato passa a reger a extensão da autonomia das partes.

O trabalho intitulado: “A publicidade comparativa sob aspectos da auto-regulamentação publicitária e consumeristas”, dos autores Leticia Lobato Anicet Lisboa e Leonardo Da Silva Sant Anna, busca determinar se a publicidade comparativa se trata de prática ilícita que não deve ser admitida no ordenamento jurídico ou se pelos critérios do ordenamento pode ser praticada.

Jossiani Augusta Honório Dias e Muriana Carrilho Bernardineli apresentaram o trabalho intitulado: “A busca pelo belo e a responsabilidade civil do médico em cirurgia plástica estética”, em que pela utilização do método indutivo, discutem a responsabilidade civil dos profissionais médicos na realização de cirurgias plásticas estéticas.

Finalmente, Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann e Marcelo Pereira dos Santos apresentaram o trabalho intitulado: “Família, casamento e descompassos normativos do Código Civil Brasileiro no Século XXI” em que estabelecem uma interface entre vida prática, legislação vigente e fenômenos culturais vivenciados pelas famílias e analisam os descompassos normativos do Código Civil, demonstrando a necessidade de ajustes pontuais no texto legal, a fim de evitar interpretações equivocadas que venham a macular a dignidade humana.

Profa. Dra. Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann - UNIRIO-UNESA

Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - PUC-MG

EFICÁCIA DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE NAS RELAÇÕES JURÍDICAS ENTRE PARTICULARES: ENTRE A LIBERDADE E A IGUALDADE

EFICACIA DE LA IGUALDAD EM LAS RELACIONES JURÍDICAS ENTRE PARTICULARES: LA LIBERTAD Y LA IGUALDAD

Thiago Penido Martins

Resumo

O trabalho tem por objetivo estudar a eficácia do princípio da igualdade no âmbito das relações jurídicas privadas contratuais, analisando em que medida os particulares, 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? Existe uma margem de liberdade que assegura aos particulares, no exercício de sua autonomia privada, a possibilidade de promoverem tratamentos diferenciados?

Palavras-chave: Direitos fundamentais, Eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, Autonomia, Liberdade, Igualdade

Abstract/Resumen/Résumé

Este trabajo tiene como objetivo estudiar la efectividad del principio de igualdad en las relaciones jurídicas contractuales privadas, analizando el grado en que los individuos están vinculados al derecho fundamental a la igualdad. ¿Pueden las personas en el ejercicio de su autonomía privada y la libertad contractual elegir libremente o contractante y definir el contenido del contrato, incluyendo dar un trato diferente o están vinculados al derecho fundamental a la igualdad, quedando prohibida cualquier forma de discriminación? Hay un grado de libertad que asegura individuos, en el ejercicio de su autonomía privada, la capacidad de promover un trato diferente?

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Derechos fundamentales, Eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre los particulares, Autonomia, Libertad, Igualdad

1 - Introdução

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 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.¹

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, é o que se pretende no presente trabalho.

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.

¹ 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)

2 – Por uma eficácia diferenciada: liberdade x igualdade

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.

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.”²

Esse também é o entendimento de Picker, para quem os tratamentos diferenciados são imanentes aos sistemas sociais e econômicos, devendo ser assegurado ao indivíduo a liberdade para tratar desigualmente na escolha do parceiro negocial, enquanto forma de

² MC CRORIE, 2005, p. 45.

manifestação da autonomia privada, princípio elementar do direito privado.³ 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.⁴ Alfaro 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.⁵

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.⁶ 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 consequências absurdas e insuportáveis (BILBAO UBILLOS, 2007, p. 394).

³ PICKER, 2003, p. 771.

⁴ CAUPERS, 1985, p. 32.

⁵ ALFARO AGUILA-REAL, 1993, p. 232.

⁶ 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 asfixia 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)

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 capacidade de realização dos indivíduos concretos”⁷. 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, Pinto⁸ 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 Canotilho⁹ 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

⁷ VIEIRA DE ANDRADE, 2009.

⁸ PINTO, 2007, p.72

⁹ CANOTILHO, 2006, p. 1294.

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?”¹⁰ 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:

(...) 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).

¹⁰ 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.”¹¹ 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 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.”¹²

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

¹¹ NOVAIS, 2007, p. 377

¹² NOVAIS, 2007, p. 378.

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)

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).¹³

Deve-se evitar, diante da ausência de regulamentação legislativa, que os direitos fundamentais sejam utilizados de forma discricionária, em nome de uma pretensa promoção

¹³ 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 en 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)

da sua eficácia nas relações jurídicas entre particulares, acarretando restrições demasiadas, indevidas e incontroláveis da autonomia privada e da liberdade contratual.¹⁴ 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.”¹⁵ 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 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 Larenz¹⁶ 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.¹⁷ Essa especial situação conduz inúmeros estudiosos da temática da eficácia do princípio da igualdade nas relações jurídicas privadas a sustentar a

¹⁴ 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.*” (MONTOKA MELGAR, 2007, p. 456)

¹⁵ NOVAIS, 2007, p. 383

¹⁶ LARENZ, 1993, p. 137.

¹⁷ LARENZ, 1993, 138-139.

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.¹⁸ 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.¹⁹ Restringir a aplicabilidade do princípio da igualdade às relações jurídicas entre os indivíduos e o poder público comprometeria a efetividade de quaisquer políticas públicas de eliminação ou redução da discriminação.²⁰

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,

¹⁸ Steinmetz, Silva e Sarmiento 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.

¹⁹ 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 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 fenômeno 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)

²⁰ Conforme destaca Cerda Martinez-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)

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.²¹

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.”²² Vieira de Andrade²³, 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 quais há o predomínio do desequilíbrio entre os sujeitos,²⁴ 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.”²⁵ 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

²¹ 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)

²² CANOTILHO, 2006.

²³ VIEIRA DE ANDRADE, 2009.

²⁴ O mesmo ocorre quanto atividade em que há a presença de monopólio e naquelas relacionadas à atividades de natureza pública.

²⁵ Em igual sentido BILBAO UBILLOS, 2007, p. 392.

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.”²⁶

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.²⁷ 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”²⁸. De modo 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.²⁹

Em linhas gerais, a doutrina rechaça a vigência do princípio da igualdade na esfera das relações privadas enquanto proibição de arbitrariedade ou

²⁶ MC CRORIE, 2005, p. 60.

²⁷ BERCOVITZ RODRIGUES-CANO, 1990, p. 120.

²⁸ 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).

²⁹ 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);

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).³⁰³¹

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

³⁰ 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 insoportables. Obviamente, un comerciante no tiene por que tratar exatamente 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 reducto 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).”*

³¹ 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).

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.³²

Ademais, discriminações fundadas 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.^{33 34}

Indispensável, portanto, distinguir duas 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

³² ALFARO AGUILA REAL, 1993, p. 120.

³³ 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).

³⁴ 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).

relevante, se aperfeiçoando com qualquer indivíduo que aceite as condições propostas pelo ofertante.³⁵ 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.

Essa distinção entre as relações estritamente privadas e as relações jurídicas em que há interesse público a ser tutelado 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.³⁶ 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.³⁷

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

³⁵ 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, parecem-nos 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).

³⁶ AGUILERA RULL, 2009, p. 18. Em igual sentido Bilbao Ubillos: *“En este sentido podría resultar útil la solución adoptada por el ordenamento norteamericano, que siempre ha distinguido dos esferas dentro del sector privado: una relacionada con el acceso a bienes y servicios de interés público, socialmente relevantes, y otra que comprende las actividades propiamente privadas, carentes de esa proyección pública.”* (BILBAO UBILLOS, 2006, p. 824).

³⁷ 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 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).

privada está diretamente relacionado às convicções religiosas do contratante, bem como nas relações em que a vontade de contratar se dirige a pessoas determinadas.

Já nas 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, especialmente pelo fato de ter havido uma oferta pública, a qual retira do ofertante a possibilidade de recusa em cumpri-la baseando-se em motivos não justificáveis ou discriminatórios. 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, sendo a prática lícita em hipóteses excepcionálíssimas.

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 ao acesso a determinado bem ou serviço, principalmente se se tratar de bem ou serviço essencial à pessoa.

3 Considerações Finais

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.

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.

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.

O objetivo do presente trabalho, portanto, 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

- AGUILERA RULL, Ariadna. Proibição de discriminação y libertad de contratación. Barcelona: Facultad de Derecho de la Universidad Pompeu Fabra. **Revista para el análisis 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 análisis 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.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, Rodrigo. Principio de igualdad y derecho privado. **Anuario de Derecho Civil**, 1990, p. 369-427.
- 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 Estudos 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.
- 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.
- 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.

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, n.º 6602**. 2006, p. 1-33.

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.

MC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. **A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2005.

LARENZ, Karl. **Derecho Civil: Parte General**. Miguel Izquierdo y Macias Picaeva (Trad.) 3ª ed. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado. 1993.

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.

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.

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.

PICKER, Eduard. Anti-discrimination as a Program of Private Law? **German Law Journal**, Russel A. Miller Editor. Vol. 4, N.º. 8, 2003, pág. 8

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.

PRIETO SANCHIS, Luis. **Estudios sobre derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Debate, 1994.

SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, 362 p.

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

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.

VAZQUEZ DE CASTRO, Luis Martinez. **El principio de libre desarrollo de la personalidad en el ámbito privado**. Pamplona: Civitas, 2010.

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.