

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

Autores:

Thiago Penido Martins

Mestre em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos. Professor dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e Faculdade Novos Horizontes. Contato: thiagopenido@yahoo.com.br

Leonardo Macedo Poli

Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Doutor em Direito Civil pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor da UFMG e FUMEC. Professor e Coordenador do Programa de Pós-graduação em Direito da PUC Minas. Contato: leonardopoli@pucminas.br

RESUMO

O artigo tem o objetivo precípuo realizar minucioso e pormenorizado estudo acerca da temática da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas, especificamente, da eficácia do direito fundamental à igualdade no âmbito das relações jurídicas privadas contratuais, com o intuito de contribuir para o desenvolvimento dos debates existentes, na tentativa de encontrar proposições adequadas e capazes de conciliar a necessidade de promoção da igualdade e de combate às práticas discriminatórias e, ao mesmo tempo, garantir a proteção da autonomia privada e liberdade contratual, corolários do direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade.

Palavras-Chave: Autonomia Privada – Relações Contratuais – Eficácia do Direito Fundamental à Igualdade – Livre Desenvolvimento da Personalidade Humana.

ABSTRACT

The article has the main objective conduct thorough and detailed study on the issue of effectiveness of fundamental rights in private legal relations, specifically, the effectiveness of the fundamental right to equality within the private legal contractual relationships in order to contribute to the development of existing debates, in trying to find appropriate propositions and able to reconcile the need to promote equality and combat discriminatory practices and at the same time ensuring the protection of private autonomy and freedom of contract, the corollaries of the fundamental right to free development of personality.

Keywords: Private Autonomy - Contractual Relations - Effectiveness of the Fundamental Right to Equality - Free Development, Human Personality.

1 INTRODUÇÃO

A teoria dos direitos fundamentais, enquanto importante elemento da ciência jurídica, encontra-se em constante processo de evolução para se adequar aos anseios e demandas de uma sociedade em rápida expansão. A historicidade e mutabilidade inerentes aos direitos fundamentais tornam incessante e infindável seu processo de evolução. O tempo passará, a sociedade passará por profundas transformações, novos direitos surgirão, direitos existentes serão reinterpretados e conformados às novas realidades sociais.¹

Nesse complexo cenário de evolução das relações sociais, o fenômeno do poder social ou econômico tornou necessária a reformulação da teoria dos direitos fundamentais, que deverá ser vislumbrada a partir de um novo enfoque, haja vista que não somente o poder estatal, mas também os particulares, passaram a constituir séria ameaça aos direitos fundamentais, em razão de sua capacidade de, no âmbito de suas relações jurídicas privadas, vulnerarem direitos fundamentais de outros particulares.

Diante deste quadro, os direitos fundamentais necessitam ser observados sob uma nova perspectiva, com o desiderato de conferir-lhes maior efetividade na árdua tarefa de proteger os indivíduos e a sociedade. A partir deste novo enfoque, busca-se ampliar o lastro protetivo atribuído aos indivíduos, pois os direitos fundamentais deixam de ser concebidos exclusivamente como limites à atuação do poder público, para também imporem limites aos particulares, no âmbito de suas relações jurídicas privadas.

A nova compreensão da Constituição trouxe consigo importantes reflexos sobre o ordenamento jurídico e, especialmente, sobre o direito privado. O reconhecimento da força normativa e da supremacia do texto constitucional, com a sobrelevação da importância dos princípios constitucionais, destacadamente em razão da sua capacidade para promover a unidade, sistematicidade e harmonia ao ordenamento jurídico, fomentou o desenvolvimento do fenômeno denominado constitucionalização do direito privado.

Se no positivismo jurídico os princípios eram destituídos de força normativa, sendo-lhes atribuída função meramente subsidiária, no pós-positivismo jurídico há uma mudança de compreensão, especialmente em razão do reconhecimento de que eles são inequivocamente dotados de força normativa. Com a mudança de perspectiva, as normas constitucionais passam a irradiar seus efeitos por todo ordenamento jurídico, conformando a elaboração e interpretação das normas de direito privado.²

O fenômeno da constitucionalização, no qual se encontra inserida a temática da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares, trouxe importantes reflexos e influxos para o ordenamento jurídico, conferindo-lhe sistematicidade e unidade. Em razão deste fenômeno, as normas constitucionais se tornaram fundamento de toda e qualquer norma infraconstitucional integrantes dos diversos segmentos do direito, o que acarretou a própria relativização da dicotomia entre direito público e direito privado.³

Definir da extensão da eficácia do direito fundamental à igualdade, assume, neste contexto, extrema importância e requer de todos especial atenção, impondo a necessidade de se realizar detido e acurado estudo sobre os efeitos da adoção de uma eficácia direta ou indireta deste direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares, principalmente considerando que, se é necessário conferir a máxima

efetividade aos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas, indispensável também assegurar e proteger a autonomia privada e a liberdade contratual e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

Nesse diapasão, o artigo tem o objetivo precípuo realizar minucioso e pormenorizado estudo acerca da temática da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas, especificamente, da eficácia do direito fundamental à igualdade no âmbito das relações jurídicas privadas contratuais, com o intuito de contribuir para o desenvolvimento dos debates existentes, na tentativa de encontrar proposições adequadas e capazes de conciliar a necessidade de promoção da igualdade e de combate às práticas discriminatórias e, ao mesmo tempo, garantir a proteção da autonomia privada e liberdade contratual,⁴ corolários do direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade.

2 EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES JURÍDICAS ENTRE PARTICULARES

2.1 Pressupostos históricos e sociais

O desenvolvimento das relações capitalistas, o acúmulo de capitais pelos agentes econômicos, o agravamento das desigualdades sociais entre os indivíduos e o afastamento do poder estatal das relações de mercado, especialmente em razão da adoção dos ideais neoliberais, foram fatores que fomentaram o surgimento, desde o constitucionalismo social, do fenômeno do poder social, também denominado de poder sócio-econômico ou poder privado⁵, exercitado por agentes ou grupos econômicos no âmbito de suas relações jurídicas privadas.

De acordo VALE⁶, o fenômeno do poder privado já era conhecido desde o processo de transição do constitucionalismo liberal ao constitucionalismo social, haja vista sê-lo um dos principais motivos que conduziram ao reconhecimento de que era necessária a intervenção estatal para equalizar as relações jurídicas entre particulares, mediante a garantia de direitos fundamentais de cunho social e econômico, protegendo os indivíduos mais fracos, pois o direito formal de igualdade para todos tende a tornar os fortes ainda mais fortes e os débeis ainda mais débeis.⁷

Com a reformulação do constitucionalismo social, através da adoção de políticas de privatização, iniciou-se o processo de desestatização, bem como se verificou a adoção de inúmeras políticas de afastamento do Estado das relações econômicas. Abandonou-se o modelo estritamente intervencionista e assistencialista para se adotar um modelo subsidiário de intervenção, assentado no exercício pelo Estado de sua competência regulamentar para disciplinar, restringir e estabelecer metas aos particulares para o exercício de atividades econômicas.

Diante deste novo cenário econômico e jurídico, tem se verificado o crescente recrudescimento e concentração do poder social nas mãos dos agentes econômicos. De fato, o exercício do poder social pelos agentes econômicos no âmbito de suas relações jurídicas particulares traz consigo reflexos e sérias implicações para os direitos fundamentais, haja vista que, não somente o poder público, mas também os poderes privados constituem séria ameaça à efetivação dos direitos fundamentais, em razão de sua inquestionável capacidade de impor limites e restrições ao seu exercício e, até, suprimir-lhes o conteúdo.

A constatação de que os poderes privados também constituem ameaças aos direitos fundamentais reflete sobre a própria imagem destes, tornando necessária a reformulação da concepção que lhes atribui natureza de liberdades públicas, de

direitos subjetivos de defesa atribuídos aos indivíduos, com a função precípua de protegê-los contra as indevidas ingerências estatais no âmbito de sua esfera privada, garantindo o exercício dos direitos fundamentais à liberdade, propriedade, intimidade, integridade, dentre outros. Exsurge, portanto, no âmbito da teoria dos direitos fundamentais uma nova e importante questão, qual seja, a da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares. A teor do que preleciona SARLET:

Ponto de partida para o reconhecimento de uma eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares é a constatação de que, ao contrário do Estado clássico e liberal de Direito, no qual os direitos fundamentais, na condição de direitos de defesa, exerciam – ou, pelo menos, eram concebidos desse modo – a função precípua de proteger o indivíduo de ingerências por parte dos poderes públicos no âmbito da sua esfera pessoal (liberdade, privacidade, propriedade, integridade físicas etc.), alcançando, portanto, relevância apenas nas relações entre os indivíduos e o Estado, assim como entre o público e o privado, no assim denominado Estado Social de Direito tal configuração restou superada. (2000a, p. 630).

De fato, conforme destacado por STEINMETZ, com o desenvolvimento da sociedade capitalista, pessoas e grupos econômicos passaram a deter os poderes político, econômico e ideológico, bem como a desenvolver lutas de poder e pelo poder, às vezes, conjuntamente com o Estado, mediante atos de aliança, e, outras vezes, contra o próprio Estado.⁸ Estes atores sociais passaram, ao longo dos anos, a serem detentores da capacidade de condicionar, restringir ou mesmo eliminar direitos fundamentais de outros indivíduos ou grupos.⁹

Neste contexto, em que os indivíduos passaram a deter a capacidade de condicionar, restringir ou eliminar direitos fundamentais em suas relações jurídicas privadas, *“emergiu imprescindível, além da intervenção do Estado na formação das relações contratuais – por meio do dirigismo estatal e da mudança da base subjetiva dos negócios jurídicos – a instrumentalização de uma teoria”*¹⁰ que propiciasse a extensão da eficácia dos direitos fundamentais às relações jurídicas entre particulares, teoria que adquiriu relevo e importância teórica e prática, refletida na indagação levantada por CANOTILHO:

Em termos tendenciais, o problema pode enunciar-se da seguinte forma: as normas constitucionais consagradoras de direitos, liberdades e garantias (e direitos análogos) devem ou não devem ser obrigatoriamente observadas e cumpridas pelas pessoas privadas (individuais e colectivas) quando estabelecem relações jurídicas com outros sujeitos jurídicos privados? (2003a, p. 1151).

SARMENTO sustenta interessante entendimento segundo o qual, desde o advento das teorias contratualistas, os direitos fundamentais também tinham por objetivo a proteção dos indivíduos em relação aos seus semelhantes, destacando, inclusive, que esta seria uma das justificativas para a existência do próprio Estado, que teria sido criado mediante o Contrato Social com o objetivo e dever de proteger os direitos fundamentais das violações ocasionadas por particulares e por ele próprio.¹¹ De acordo com PEREZ LUÑO:

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 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. (2007, p. 22-23, tradução nossa).

O cerne da questão da eficácia do direito fundamental à igualdade nas relações jurídicas privadas de natureza contratual está em definir em que medida os particulares, em celebrarem contratos, estão vinculados a este direito fundamental.¹² Os particulares, ao celebrarem negócios jurídicos, no exercício de sua autonomia privada, possuiriam ampla liberdade para definirem se vão contratar ou não, bem como com quem contratar? Poderiam agir de forma livre e discricionária na definição do outro sujeito contratual ou estariam diretamente vinculados ao direito fundamental à igualdade, restando proibida toda e qualquer forma de discriminação, independente de motivo?

2.2 A Constituição e os direitos fundamentais

A Constituição da República de 1988 inovou ao apresentar extenso rol de direitos e garantias fundamentais. Contudo, similarmente a outros textos constitucionais, não estabeleceu de forma expressa e inequívoca a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, restringindo-se a estabelecer, no parágrafo primeiro, de seu artigo 5º, o princípio da imediata aplicabilidade das normas definidoras dos direitos fundamentais.¹³

A análise dos preceitos legais contidos no parágrafo primeiro, do artigo 5º, da Constituição da República de 1988, permite inferir que o referido dispositivo, além de não consagrar expressamente a vinculação do poder público aos direitos fundamentais, como ocorre em outros ordenamentos jurídicos, permaneceu igualmente silente quanto à vinculação dos particulares. SARLET, ao analisar o conteúdo do parágrafo primeiro, do artigo 5º, da Constituição da República de 1988, tece as seguintes considerações:

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. (2000a, p.120).

A despeito de inexistir no texto constitucional dispositivo expresso prevendo a vinculação dos poderes públicos aos direitos fundamentais, não tem se verificado, entre os teóricos nacionais, maiores questionamentos sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre indivíduo e Estado, restringindo-se, a controvérsia, ao âmbito das relações jurídicas entre particulares. Segundo SARLET:

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. (2007a, p.360).

A vinculação dos poderes públicos aos direitos fundamentais decorre do próprio reconhecimento da força normativa das normas constitucionais, inclusive as que veiculam os direitos fundamentais, previstas no título segundo de nossa Constituição e em outras normas esparsas pelo texto constitucional. O Estado, no exercício de quaisquer de suas funções, seja a executiva, a legislativa ou judiciária, encontra-se vinculado e deve estrita observância aos preceitos constitucionais, inclusive às normas de direitos fundamentais.

Conforme destaca STEINMETZ, a ausência de preceito constitucional, por si, não pode constituir obstáculo à vinculação dos particulares, em suas relações privadas, aos direitos fundamentais, haja vista que, a impossibilidade de uma fundamentação imediata, diretamente referenciada e extraída do texto constitucional, não inviabiliza a possibilidade de construção de uma fundamentação mediata, a partir de uma análise das normas e princípios constitucionais.¹⁴

Até mesmo porque, destaque-se que a experiência colhida em outros ordenamentos jurídicos tem demonstrado que mesmo naqueles em que há preceito normativo constitucional estabelecendo a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, como no caso da Constituição Portuguesa de 1976¹⁵, as controvérsias acerca da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares não foram eliminadas e, em alguns casos, até se intensificaram.

Esta situação demonstra que, independentemente da existência de preceito constitucional prevendo a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, os diálogos e debates acerca da extensão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas permeiam os principais ordenamentos jurídicos, em diversos continentes, de diversificadas tradições jurídicas, comprovando a inequívoca importância e atualidade da temática para a ciência jurídica.

Outro não é o entendimento de STEINMETZ ao apontar que nem nos ordenamentos jurídicos em que existe norma constitucional prevendo de forma expressa a eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares, a controvérsia acerca da extensão e o modo da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais não foi eliminada, justamente em razão da complexidade e dos reflexos que advém da questão.

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. (2004, p.100).

Apresentadas as premissas históricas, sociais e teóricas acerca do surgimento e desenvolvimento da temática da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares, cumpre adentrar na análise da eficácia do direito fundamental à igualdade com o intuito de contribuir para os debates existentes, na tentativa de formular e sugerir proposições adequadas e capazes de conciliar a necessidade de promoção da igualdade e o combate às práticas discriminatórias e, ao mesmo tempo, assegurar a necessária proteção à autonomia privada e à liberdade contratual,¹⁶ corolários ao livre desenvolvimento da personalidade.

3 EFICÁCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À IGUALDADE NAS RELAÇÕES JURÍDICAS ENTRE PARTICULARES

A eficácia do direito à igualdade no âmbito das relações jurídicas entre particulares tem sido objeto de enorme controvérsia no âmbito do ordenamento jurídico europeu. A questão que vem sendo aventada está em se delimitar se o texto constitucional poderia impor rigidamente a cada indivíduo que trate os demais com igualdade em suas relações jurídicas contratuais, obrigando-o a justificar objetivamente qualquer descumprimento ao tratamento igualitário, ou se a liberdade negocial inclui necessariamente uma margem de arbítrio e discricionariedade que não pode ser limitada injustificadamente, sob pena de supressão da autonomia privada e liberdade individual.

No âmbito do ordenamento jurídico europeu diversos estudiosos tem se dedicado a analisar a polêmica e relevante questão da aplicabilidade do direito fundamental à igualdade às relações jurídicas privadas¹⁷, especialmente em decorrência da edição pela Comunidade Européia de diversos instrumentos normativos¹⁸ disciplinando a aplicação do princípio constitucional da igualdade nas relações jurídicas privadas contratuais, como mecanismo de combate à discriminação no âmbito privado, bem como em razão da incorporação destes instrumentos normativos por ordenamentos jurídicos dos Estados integrantes da Comunidade Européia, tal como ocorreu em Alemanha, Espanha e Portugal.¹⁹

A definição da extensão da eficácia do direito fundamental à igualdade nas relações jurídicas entre particulares assume extrema importância e requer de todos aqueles que se dedicam ao estudo do direito privado e dos direitos fundamentais especial atenção, impondo um detido e acurado estudo sobre os efeitos da atribuição de uma eficácia direta ou indireta, principalmente sobre a autonomia privada e liberdade individual. Isto porque, ao mesmo tempo em que a admissão de uma eficácia direta do princípio da igualdade poderá importar em risco para a autonomia privada, fonte dos negócios jurídicos, a adoção incondicionada da teoria da eficácia indireta poderá não ser suficiente para impedir atos de discriminação realizados por particulares no âmbito de suas relações jurídicas privadas.

Se a questão da eficácia dos direitos fundamentais em geral é controvertida, a questão se torna ainda mais tormentosa quando se trata de definir em que medida os particulares, no âmbito de suas relações contratuais privadas, encontram-se vinculados ao direito fundamental à igualdade, haja vista que a aplicabilidade deste direito poderá acarretar uma excessiva restrição à liberdade da pessoa humana, ao exercício da autonomia privada, obstaculizando o agir humano livre e democrático, comprometendo o livre desenvolvimento da personalidade humana. Deve ser garantido aos indivíduos um espaço privado de livre determinação, no qual possa gerir sua vida privada e eleger a melhor forma de promoção de sua personalidade.

Nem mesmo autores que sustentam a máxima eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas se olvidam da necessidade de se assegurar espaços para o livre exercício da autonomia e liberdade, pois a aplicação irrestrita e incondicionada do direito fundamental à igualdade certamente acarretará situações jurídicas absurdas e insuportáveis, decorrente a planificação do agir humano.²⁰ Essa controvérsia e a relevância da questão estão claramente representadas nas palavras de BILBAO UBILLOS, segundo o qual:

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. (2007, p. 394)

Se a maioria dos teóricos concorda que o princípio da igualdade é imperativamente aplicável nas relações jurídicas entre os indivíduos e os poderes públicos, constituindo verdadeiro direito subjetivo, o mesmo não se procede quando se discute a aplicabilidade deste direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares, especialmente em razão de seu conflito com os direitos fundamentais à liberdade e à autonomia privada. A questão, a despeito de controvertida, não tem merecido destaque entre os teóricos brasileiros, haja vista que poucos se dedicaram ou tem se dedicado a discussão do tema.²¹

A questão adquire relevância ao se considerar que a discriminação é, antes de jurídico, um fenômeno social, que se manifesta em todo tecido social, não estando restrito às relações jurídicas entre indivíduos e os poderes públicos. Assim, por se caracterizar muito mais como uma prática sistemática e generalizada, pauta de conduta social implícita, decorrente de estereótipos arraigados, o combate à discriminação se faz necessário em todas as espécies de relações jurídicas, em nome da máxima eficácia do direito fundamental à igualdade. 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. 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. (2009, p. 19, tradução nossa)

Conforme destaca CERDÁ 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. (2009, p. 104, tradução nossa)

Ressalte-se, contudo, que de igual modo, a garantia a cada indivíduo de espaços privados de decisão e atuação livres e imunes a aplicabilidade do direito fundamental à igualdade, permitindo-lhes agir de forma autônoma, é corolário da existência de uma sociedade livre e democrática. Obviamente, que a garantia desses espaços privados de livre decisão e atuação aos indivíduos não pode transformá-los em espaços institucionalizados de legitimação a prática de atos de discriminação baseados em motivos de raça, cor, origem, sexo ou etnia. Assim, verifica-se que a solução para a questão da eficácia do direito fundamental à igualdade nas relações jurídicas entre particulares não se encontra na defesa de entendimentos extremas, mas sim, dependerá das especificidades e peculiaridade do caso concreto.²²

MC CRORIE, ao analisar a questão da eficácia do direito fundamental à igualdade nas relações jurídicas privadas, destaca que nas relações laborais a eficácia do princípio da igualdade é possível, uma vez tratem-se de relações em que predomina o desequilíbrio entre os sujeitos²³. Contudo, no que concerne às relações jurídicas não laborais, sustenta que os sujeitos *“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”*²⁴, e cita as relações de emprego doméstico, de locação de bens imóveis, as de natureza associativa, como outros exemplos de relações jurídicas privadas em que a aplicabilidade direta do princípio da igualdade não seria possível. Sustenta a autora que:

Parece-nos que 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. Só se qualificarão como tais aquelas que impliquem, além disso, a violação de outros valores constitucionais substantivos. (2005, p. 60).

BILBAO UBILLOS, apesar de ser um dos principais defensores da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares, no que tange 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”*²⁵.

Destaca, todavia, que a autonomia e liberdade conferida aos indivíduos para gerir seus próprios interesses e suas relações sem ingerências externas deverá ser exercida sem que haja violação aos outros direitos fundamentais ou à ordem pública.²⁶

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. (2007, p. 393).

E conclui:

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. (2007, p. 394).²⁷

Em linhas gerais, teóricos e tribunais europeus têm afastado a aplicabilidade direta do direito à igualdade no âmbito das relações jurídicas entre particulares, salvo no que tange às relações jurídicas de natureza trabalhista, nos casos em que o fornecimento de bens e serviços ocorre 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, tal como ocorre nos casos das empresas prestadoras de serviços sob o regime de concessão, permissão ou autorização pelo poder públicos, haja vista que nesta hipótese a aplicabilidade decorrerá de um efeito indireto da vinculação dos poderes públicos ao princípio da igualdade.²⁸

Fora estas hipóteses, teóricos e tribunais também se manifestado, em regra, no sentido que de discriminações ocorridas no âmbito de relações jurídicas entre particulares fundadas em critérios de raça, cor, origem, etnia ou sexo, são presumidamente odiosas e suspeitas, sendo, portanto, inadmissíveis por contrariarem outros valores constitucionais. Essas hipóteses de discriminação somente seriam admitidas quando comprovada a existência de razões ou motivos justificáveis para o tratamento diferenciado, 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.^{29 30}

Ademais, a despeito da maioria dos teóricos admitirem apenas a eficácia indireta do princípio da igualdade no âmbito das relações jurídicas privadas, condicionando a sua eficácia a prévia intermediação legislativa ou a concreção judicial das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, em sua maioria sustentam que se a discriminação não se basear em “*diferenciação objetivamente justificada*”, “*motivo racionalmente evidente*”, “*justificação racional e objetiva, não arbitrária*”³¹, esta atentarà contra o princípio da dignidade da pessoa humana, tornando-a ilegítima e inconstitucional. Note-se, que neste caso, não é o princípio da igualdade que possui eficácia direta, mas sim o princípio da dignidade da pessoa humana que tornará ilícita a discriminação. Conforme 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 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. (1993, p. 113-114).

Há que se destacar, ainda, dada a relevância, que no ordenamento jurídico brasileiro a própria legislação civil, assegurando a liberdade e autonomia privada, tutela o tratamento discriminatório no âmbito de relações jurídicas privadas quando, por exemplo, possibilita que o doador ou testador, conforme preceitos legais contidos nos artigos 549 e 1789 ambos do Código Civil, disponha 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.³²

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 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).

Conforme se pôde inferir, a questão da eficácia do direito fundamental à igualdade no âmbito das relações jurídicas entre particulares é tormentosa e comporta soluções dogmáticas variadas, haja vista estarem em conflito os importantes direitos fundamentais à igualdade, liberdade, autonomia privada. Assim, não se pode sustentar de forma acrítica e uniforme a aplicabilidade direta do princípio da igualdade nas relações jurídicas privadas, haja vista que estará

condicionada às peculiaridades e especificidades do caso concreto, nem mesmo possível sustentar que toda discriminação é necessariamente ilícita, uma vez que será ilícita a discriminação que não se basear em motivo razoável e justificável, que atentar contra outros direitos fundamentais, especialmente à dignidade da pessoa humana, contra a ordem pública, os bons costumes, ou nos casos em que o exercício da liberdade e da autonomia privada caracterizar abuso de direito.

Sustentar a eficácia direta e irrestrita do princípio da igualdade no âmbito das relações jurídicas privadas, obrigando os particulares a sempre apresentar uma justificativa racional e objetiva para o tratamento diferenciado, implicaria em restrição indevida e não razoável à liberdade e à autonomia privada, limitando sobremaneira o espaço privado de livre determinação e desenvolvimento da personalidade. Assim como quaisquer outros direitos fundamentais, os exercícios da liberdade e da autonomia privada não são absolutos, uma vez que deverão ser exercícios em conformidade com os demais direitos fundamentais, mas sua proteção é, inquestionavelmente, indispensável à existência de uma sociedade livre e democrática, em que não há a planificação do agir humano decorrente da imposição de uma moral oficial.

Nesse diapasão, o objetivo do presente trabalho não foi esgotar a análise de todo o tema da eficácia do direito fundamental à igualdade nas relações jurídicas privadas, mas sim, reconhecendo a importância, grandiosidade e complexidade do tema, buscou-se apresentar seus aspectos mais relevantes, apresentando questionamentos e apontamentos que possam ser úteis para o aperfeiçoamento de seu estudo, bem como sugerir proposições adequadas e capazes de conciliar a proteção da igualdade e o combate a práticas discriminatórias e, ao mesmo tempo, assegurar a proteção à autonomia privada e à liberdade contratual,³³ corolários do direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade e 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.

ALFARO AGUILA-REAL, Jesús. Autonomia privada y derechos fundamentales. **Anuario de Derecho Civil**, 1993, p. 57-122.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1998.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, Rodrigo. Principio de igualdad y derecho privado. **Anuario de Derecho Civil**, 1990, p. 369-427.

BILBAO UBILLOS, Juan Maria. La eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales em el ordenamiento español. In: MONTEIRO, António Pinto; NEUNER, Jorg; SARLET, 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.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política**. 10. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2003. 173p.

BOCKENFORDE, Ernest Wolfgang. **Escritos sobre derechos fundamentales**. Juan Luis Requejo Pagés (Trad.). Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. SARLET, Ingo Wolfgang; PINTO, Paulo Mota. (Trad.) Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003a.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. Coimbra: 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.

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.

FACHIN, Luiz Edson Fachin. **Teoria Crítica do Direito Civil**. 2ª. ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2003.

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.

FERNÁNDEZ TORRES, Isabel. La igualdad de trato de mujeres y hombres en la contratación mercantil. 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.

GARCÍA RUBIO, María 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.

HESSE, Konrad. **Derecho constitucional y derecho privado**. Ignacio Gutiérrez (Trad.). Madrid: Civitas, 1955, 88 p.

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

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.

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.

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, 1999. 359p.

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; et al (Orgs.). **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.

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.

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.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Mandamentos, 2008.

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.

SUAY RINCON, José. **El principio de igualdad en la justicia constitucional**. Instituto de Estudios de Administración Local. Madrid, 1991.

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.

¹ Conforme BILBAO UBILLOS, “*conviene insistir en la radical historicidad de los derechos fundamentales: éstos han experimentado y siguen experimentando profundas transformaciones porque la realidad socio-política en la que se insertan cambia*”. (2006, p. 302).

² Interessante é a constatação tecida por FACHIN, segundo o qual “O reconhecimento da possibilidade de os direitos fundamentais operarem sua eficácia nas relações interprivadas é, talvez, o cerne da denominada constitucionalização do Direito Civil.” (2003, p. 100).

³ Segundo FACHIN, “A eficácia dos direitos fundamentais nas relações interprivadas se torna inegável, diante da diluição de fronteiras entre público e privado” (2003b, p.100). Para TEPEDINO, estaríamos no contexto “em que, progressivamente, supera-se a dicotômica distinção entre o direito

público e o direito privado, destacando-se a ampla admissão da aplicação direta das normas constitucionais nas relações privadas” (2008, p.23).

⁴ Conforme aduz CANOTILHO, “*poderemos afirmar com relativa segurança, que, hoje, um dos temas mais nobres da dogmática jurídica diz respeito às imbricações complexas da irradiação dos direitos fundamentais constitucionalmente protegidos (Drittwirkung) e do dever de proteção de direitos fundamentais por parte do poder público em relação a terceiros (Schutzpflicht) na ordem jurídica dos contratos*” (2004, p. 192).

⁵ A expressão é utilizada por SARLET (2000, p. 73) e (2007, p.108), que também utiliza o termo poder social.

⁶ VALE, 2004, p. 69.

⁷ BOCKENFORDE, 1993.

⁸ STEINMETZ, 2004, p. 85.

⁹ Mas como definir o poder? BOBBIO, adepto da teoria relacional do poder, cita excerto da obra de Robert Dahl, para o qual “*a influência (conceito mais amplo, no qual se insere o de poder) é uma relação entre atores, na qual um ator induz outros atores a agirem de um modo que, em caso contrário, não agiriam*”. (2003, p.78).

¹⁰ SOMBRA, 2004, p. 43.

¹¹ “*Sem embargo, a própria origem contratualista das teorias sobre os direitos humanos induz a idéia 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).

¹² Atualmente, poucos são aqueles que ainda se insurgem contra a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais em suas relações jurídicas privadas, em decorrência do reconhecimento da, hoje, inafastável, força normativa da Constituição. Que estão vinculados, não resta maiores dúvida, cumpre agora definir se está vinculação se dá de forma direta ou indireta.

¹³ “*Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: § 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.*”

¹⁴ STEINMETZ, 2004, p.100.

¹⁵ Artigo 18.1: “*os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam entidades públicas e privadas.*”

¹⁶ Conforme aduz CANOTILHO, “*poderemos afirmar com relativa segurança, que, hoje, um dos temas mais nobres da dogmática jurídica diz respeito às imbricações complexas da irradiação dos direitos fundamentais constitucionalmente protegidos (Drittwirkung) e do dever de proteção de direitos fundamentais por parte do poder público em relação a terceiros (Schutzpflicht) na ordem jurídica dos contratos*” (2004, p. 192).

¹⁷ AGUILERA RULL, INFANTE RUIZ, CARBONELL, BILBAO UBILLOS, MC CRORIE, GALVEZ CRIADO, GALVEZ MUÑOS, GRACIELA CAYUSO, ALFARO AGUILA-REAL, REY MARTINEZ, ALONSO GARCIA, VIEIRA ANDRADE, BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, SUAY RINCON, GARCIA RUBIO, DE CASTRO Y BRAVO, CERDÁ MARTINEZ-PUJALTE.

¹⁸ Cite-se a Directiva 200/43/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 200/78/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 por último, 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.

¹⁹ Dentre as principais legislações que incorporaram os preceitos das directivas comunitárias, cite-se a Lei Geral de Tratamento Igualitário (*Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz – AGG*), que entrou em vigor em 14 de agosto de 2006, em Alemanha; a Lei Orgânica 3/2007, de 22 de março de 2007, em Espanha, e a Lei 18 de 11 de maio 2004, em Portugal.

²⁰ 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.”* (2005, p. 45).

²¹ STEINMETZ talvez seja o único autor brasileiro que se dedicou a fimco a analisar a questão da eficácia da igualdade nas relações jurídicas não laborais.

²² 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 será elidida. (2004)

²³ O mesmo ocorre quanto atividade em que há a presença de monopólio e naquelas relacionadas à atividades de natureza pública.

²⁴ Em igual sentido (BILBAO UBILLOS, 2007, p. 392)

²⁵ 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”* (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.”* (1993, p. 138).

²⁶ 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, 1991, p.10) (BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, 1990, p.424);

²⁷ Conforme saliente 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.”* (1994, p. 214-215).

²⁸ ALFARO AGUILA REAL, 1993, p. 120.

²⁹ 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.”*(2009, p.10) (GARCIA RUBIO, 2006, p. 12) (FERNANDEZ TORRES, 2007, p.475).

³⁰ 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.”* (2004, p. 260).

³¹ Termos utilizados, respectivamente, (LARENZ, 1993, p. 141), (CANOTILHO, 2003a, p. 1161) e (PINTO, 1999, p. 80).

³² Neste caso o tratamento diferenciado poderia, inclusive, levar em consideração o fato de se tratar de filho “legítimo”, adotivo ou espúrio. Destaque-se, que no caso específico existe, inclusive, norma constitucional específica relativa a igualdade entre filhos.

³³ Conforme aduz CANOTILHO, *“podemos afirmar com relativa segurança, que, hoje, um dos temas mais nobres da dogmática jurídica diz respeito às imbricações complexas da irradiação dos direitos fundamentais constitucionalmente protegidos (Drittwirkung) e do dever de proteção de direitos fundamentais por parte do poder público em relação a terceiros (Schutzpflicht) na ordem jurídica dos contratos”* (2004, p. 192).