

A IGUALDADE NAS RELAÇÕES PRIVADAS: CONTRIBUTO DO DIREITO EUROPEU PARA O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

LA IGUALDAD EN LAS RELACIONES PRIVADAS: CONTRIBUCIÓN DEL DERECHO EUROPEO PARA EL ORDENAMIENTO JURÍDICO BRASILEÑO

Rodolpho Barreto Sampaio Júnior

Thiago Penido Martins

RESUMO:. O presente 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 de natureza contratual, com o intuito de analisar de que maneira o direito europeu contribui 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: Direitos Fundamentais. Direito Europeu; Autonomia Privada; Liberdade de Contratação; Relações Contratuais; Igualdade.

RESUMEN: El artículo tiene como objetivo principal realizar un estudio exhaustivo y detallado sobre el tema de la efectividad de los derechos fundamentales en las relaciones jurídicas privadas, en especial, la efectividad del derecho fundamental a la igualdad en las relaciones jurídicas privadas contractuales, con el fin de hacer un análisis de los contributos del derecho europeo al desarrollo de los debates existentes en un intento de encontrar propuestas adecuadas y capaces de conciliar la necesidad de promover la igualdad y combatir las prácticas discriminatorias y, al mismo tiempo, asegurar la protección de la autonomía privada y la libertad de contratación, esencias del derecho fundamental a la libre desarrollo de la personalidad.

PALABRAS CLAVE: Derechos Fundamentales; Derecho Europeo; Autonomía Privada; Libertad de Contratación; Relaciones contractuales; Igualdad.

1 Introdução

A discriminação é, para além de jurídico, um fenómeno social, que se manifesta em todo tecido social, não se restringindo às relações jurídicas entre indivíduos e os poderes públicos. Caracteriza-se como uma prática sistemática e generalizada, pauta de conduta social implícita, decorrente, em muitas vezes, de estereótipos culturalmente arraigados, razão pela qual o combate à discriminação se faz necessário em todas as espécies de relações jurídicas, em nome da máxima eficácia do direito fundamental à igualdade.

Nesse contexto, analisar a extensão da eficácia do direito fundamental à igualdade assume extrema importância e requer de todos especial atenção, impondo a necessidade de se realizar detido e acurado estudo sobre a eficácia do direito à igualdade as relações jurídicas entre particulares, principalmente ao se considerar que, ao mesmo tempo em que é necessário conferir a máxima efetividade deste direito fundamental nas relações jurídicas privadas, indispensável também assegurar a autonomia privada, a liberdade contratual e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

O presente artigo, portanto, tem o objetivo de realizar minucioso e pormenorizado estudo acerca da eficácia do direito fundamental à igualdade no âmbito das relações jurídicas privadas contratuais, com o intuito de analisar de que forma o direito comunitário europeu pode contribuir os 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,¹ corolários do direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade.

O cerne da questão da eficácia do direito fundamental à igualdade nas relações jurídicas privadas de natureza contratual está, portanto, em definir em que medida os particulares estão vinculados a este direito fundamental.² Os particulares, ao celebrarem negócios jurídicos, no exercício de sua autonomia privada, possuiriam ampla liberdade para

¹ 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).

² 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.

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, ficando proibida toda e qualquer forma de discriminação, independente de motivo?

2 A 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 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, obrigando-o a justificar objetivamente qualquer descumprimento ao tratamento igualitário, ou se a liberdade individual 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 privadas³, especialmente em decorrência da edição pela Comunidade Europeia de diversas normativas⁴ disciplinando a aplicação do princípio constitucional da igualdade nas relações jurídicas privadas 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 Europeia, tal como ocorreu em Alemanha, Espanha e Portugal.⁵

³ 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.

⁴ Cite-se a Diretiva 2000/43/CE, de 29 de junho de 2000, que disciplina a aplicação do princípio da igualdade no tratamento das pessoas, independentemente de sua origem racial ou étnica; a Diretiva 2000/78/CE, de 27 de novembro de 2000, relativa ao estabelecimento de um marco geral para a igualdade de tratamento nas relações de emprego e ocupação; a Diretiva 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 Diretiva 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.

⁵ Dentre as principais legislações que incorporaram os preceitos das diretivas comunitárias, cite-se a Lei Geral de Tratamento Igualitário (*Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz – AGG*), que entrou em vigor em 14 de agosto de

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 implicar 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-se garantir 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 da planificação do agir humano.⁶ Essa controvérsia e a relevância da questão estão claramente representadas nas palavras de BILBAO UBILLOS:

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. (2007, p. 394)

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.

⁶ Nesse sentido são 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).

Se por um lado os teóricos concordam 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 ocorre 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.⁷

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)

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, a importância de se garantir a cada indivíduo espaços privados de decisão e atuação livres e imunes à aplicabilidade do direito fundamental à igualdade,

⁷ STEINMETZ talvez seja o único autor brasileiro que se dedicou com afinco a analisar a questão da eficácia da igualdade nas relações jurídicas não laborais.

permitindo-lhes agir de forma autônoma, os quais são corolários da existência de uma sociedade livre e democrática. Obviamente, a garantia desses espaços privados de livre decisão e atuação não pode transformá-los em espaços institucionalizados de legitimação para 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 extremos, mas sim, dependerá das especificidades e peculiaridade do caso concreto.⁸

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 sujeitos⁹. 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”*¹⁰, e cita, por exemplo, 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 à eficácia do direito fundamental à igualdade, sustenta que este direito *“tem uma eficácia muito limitada no 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”*. Destaca, todavia, que a autonomia e liberdade conferida aos

⁸ 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)

⁹ O mesmo ocorre quanto atividade em que há a presença de monopólio e naquelas relacionadas à atividades de natureza pública.

¹⁰ Em igual sentido (BILBAO UBILLOS, 2007, p. 392)

indivíduos para gerir seus próprios interesses e suas relações sem ingerências externas deverá ser exercida sem que haja violação a outros direitos fundamentais ou à ordem pública.¹¹

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).¹²

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 sob 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

¹¹ 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);

¹² 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).

poder públicos, haja vista que nesta hipótese a aplicabilidade decorrerá de um efeito indireto da vinculação dos poderes públicos ao princípio da igualdade.¹³

Os estudiosos do assunto também têm se manifestado, em regra, no sentido que de discriminações ocorridas no âmbito de relações jurídicas entre particulares fundadas nos critérios de raça, cor, origem, etnia ou sexo, são presumidamente odiosas e suspeitas, sendo, portanto, inadmissíveis. Essas discriminações 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 minoram os riscos securitários segundo dados estatísticos.^{14 15}

3 Eficácia do direito fundamental à igualdade na União Europeia

No campo legislativo, nota-se que, ao longo dos últimos anos, a Comunidade Europeia elaborou diversas normativas para disciplinar e regulamentar a aplicabilidade do princípio da igualdade no âmbito das relações jurídicas privadas. Os instrumentos normativos editados materializam duas importantes Convenções Internacionais editadas no âmbito da Organização das Nações Unidas, quais sejam, a Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial¹⁶, e a Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher, as quais foram ratificadas por inúmeros Estados.

Além dos instrumentos normativos comunitários destinados à promoção da igualdade e combate às práticas discriminatórias, constata-se a sua gradativa incorporação aos diversos

¹³ ALFARO AGUILA REAL, 1993, p. 120. Esse entendimento muito se aproxima daquele que é essência da Teoria da *state action* norte-americana.

¹⁴ Basta lembrarmos, por exemplo, que no Brasil, a expectativa 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, conforme 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) Igualmente (GARCIA RUBIO, 2006, p. 12) (FERNANDEZ TORRES, 2007, p.475).

¹⁵ 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).

¹⁶ O Brasil ratificou a referida Convenção, junto ao Secretário Geral das Nações Unidas, em 27 de março de 1968, tendo, posteriormente editado o Decreto nº 65.810 - de 8 de dezembro de 1969.

ordenamentos jurídicos europeus, como ocorreu em Alemanha, com a edição da Lei Geral de Tratamento Igualitário, em vigor desde 14 de agosto de 2006, em Portugal, com a Lei n.º 18 de 11 de maio 2004, Lei Geral de Tratamento Igualitário, e, recentemente, em Espanha, com a aprovação do anteprojeto de Lei Geral de Igualdade de Tratamento e não Discriminação.

Essas legislações refletem os preceitos normativos contidos nas Diretivas 2000/78/CE e 2004/113/CE, editadas pelo Conselho da União Européia, e tem como objetivo inserir em cada um dos ordenamentos normas jurídicas destinadas a regulamentar e disciplinar a aplicação do princípio da igualdade no âmbito das relações jurídicas de natureza trabalhista, securitária, consumerista, locatícia, dentre outras, constituindo importantes mecanismos de promoção e efetivação do princípio da igualdade no âmbito das relações jurídicas particulares e combate às práticas discriminatórias ilícitas.¹⁷

Assim, tecidas as considerações iniciais sobre as controvérsias envolvendo a eficácia do direito fundamental à igualdade nas relações jurídicas entre particulares, indispensável analisar algumas espécies de relações jurídicas privadas que, em razão de suas especificidades, receberam tratamento normativo específico. É o que ocorre, por exemplo, no que diz respeito às relações jurídicas familiares, associativas, locatícias, e naquelas em que há oferta de bens e serviços ao público em geral, em especial, sob a perspectiva do direito de admissão.

3.1 Igualdade nas relações jurídicas familiares

A eficácia do direito fundamental à igualdade nas relações jurídicas familiares se mostra extremamente complexa. A complexidade decorre da inviabilidade de que o Poder Público se imiscua e interfira, legislativa ou jurisdicionalmente, em relações cotidianas caracterizadas essencialmente pela intimidade, privacidade e afetividade, para impor uma estrita observância ao princípio da igualdade. É bvio que esse princípio não tem aplicação nas relações afetivas, sexuais, íntimas, pois são relações em que o princípio da autonomia privada deve prevalecer sobre o princípio da igualdade. Há que lembrar que a liberdade é

¹⁷ Conforme destaca SILVA, ao analisar o caso brasileiro, “a inexistência de uma lei geral de antidiscriminação aplicável ao Direito Privado tem por efeito não só a inexistência de um debate dogmático sobre o tema, como também deixa ao desabrigo hipóteses de proteção que exigem intervenção legislativa. Essa circunstância demonstra-se na deficitária e lacunosa proteção oferecida pela ordem jurídica brasileira.”(2007, p. 416)

tão fundamental quanto a igualdade,¹⁸ existindo espaços do existir humano que não são afetos ao Direito. Conforme saliente STEINMETZ:

Obrigar os particulares a ter ou a apresentar, sempre, uma justificação racional e objetiva para o tratamento igual ou desigual, seria, na prática, restringir e até mesmo eliminar o direito a fazer escolhas fortuitas, a pautar a sua conduta social por preferências de foro íntimo, a decidir movido por sentimentos de simpatia, empatia e antipatia; em suma, seria restringir ou eliminar o direito de ser livre para conduzir-se segundo motivações não racionalizáveis ou não controláveis intersubjetivamente. (STEINMETZ, 2004, p. 262).¹⁹

No que concerne às relações mantidas entre pais e filhos, a aplicação do princípio da igualdade também deverá ocorrer de forma cautelosa e crítica. Há que se destacar que, a despeito de o texto constitucional preceituar a proibição de tratamento discriminatório entre filhos em razão de sua origem, essa proibição de discriminação não se estende a todas as esferas das relações jurídicas paterno-filiais. Isto porque seria impossível exigir que os pais confirmem idêntico tratamento aos seus filhos, seja pelo fato de serem seres humanos e, portanto, seres imperfeitos e falíveis, seja pelo fato de que os próprios filhos possuem diferenças entre si, que não podem ser desconsideradas.

A própria Diretiva 2004/113/CE, reconhecendo as especificidades que envolvem as relações familiares, expressa a inaplicabilidade do princípio da igualdade a estas esferas da existência humana, ao preceituar que *“ao mesmo tempo em que se proíbe a discriminação, é importante respeitar outros direitos e liberdades fundamentais, designadamente a vida privada e a familiar e das transações efectuadas nesse contexto, bem como salvaguardar a liberdade de religião.”* A referida Diretiva, no artigo 3º, ao disciplinar o seu âmbito de aplicação, também afasta a aplicação de seus preceitos as esferas da vida familiar, privada e de exercício da liberdade religiosa.

Há que se destacar, ainda, dada a relevância, que o ordenamento jurídico brasileiro, assegurando a liberdade e autonomia privada, permite o tratamento discriminatório no âmbito de relações jurídicas privadas quando, por exemplo, possibilita que o doador ou testador,

¹⁸ Conforme destaca BILBAO UBILLOS: *“a regra geral é a liberdade e, por conseguinte, a inoperância do princípio da igualdade”* (2007, p. 414).

¹⁹ Em igual sentido ANDRADE para quem os particulares, por força do princípio da igualdade, não estão obrigados a sempre pautar as suas condutas por imperativos de racionalidade, devendo ser protegidos espaços de agir espontâneo e até mesmo espaços de arbitrariedade na realização de suas escolhas e decisões. (1998, p. 297). CANOTILHO, em defesa da proteção de um “núcleo irreduzível da autonomia pessoal”, sustenta que *“os direitos fundamentais não podem aspirar a uma força conformadora de relações privadas dado que isso significaria um confisco substancial da autonomia pessoal e à qual não se pode contrapor um direito subjectivo público ou privado, cujo o núcleo essencial seja sacrificado por uma utilização anormal dessa autonomia”* (2003, p. 1158)

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 à 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 anulá-la sob alegação de violação ao princípio da igualdade.²⁰

Nesse sentido, a título de exemplificação, o testador não está obrigado a dividir em partes 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).

Os pais podem, por exemplo, se preocupar mais com um filho do que com o outro, em razão das peculiaridades que lhe são atinentes. Esse tratamento diferenciando é ínsito à própria natureza humana. Esses delineamentos só confirmam que as relações familiares caracterizam-se por serem esferas de autonomia privada, em que o princípio da igualdade não será aplicado em sua plenitude, razão pela qual inviável sustentar a eficácia direta do princípio da isonomia nas relações paterno-filiais, impondo rigidamente a cada indivíduo que trate os demais com igualdade em suas relações, obrigando-o a justificar de forma objetiva qualquer desvio dessa regra.²¹ Seria possível exigir que os pais tratem os filhos de igual modo? Que a eles dispensem os mesmos sentimentos ou tratamentos? Exigir um tratamento cegamente igualitário entre os filhos poderia inclusive desigualá-los, uma vez que são, por natureza, diferentes.

Não se deve transformar as relações afetivas em verdadeiras obrigações jurídicas, sob pena de subtrair-lhes a sua essência, a espontaneidade e autenticidade de sua manifestação. É nesse sentido que se entende incabível a denominada indenização por abandono afetivo, que representa a patrimonialização dos sentimentos e do afeto. É o risco de tornar as relações familiares irreais ou inautênticas, relações alicerçadas em falsos sentimentos de carinho e amor decorrentes muito mais do temor de uma eventual

²⁰ 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.

²¹ Para MC CRORIE: “*A liberdade é liberdade para a irracionalidade, inconsequência, ilógica, incoerência, devendo as relações dos cidadãos entre si ser, em princípio, determinadas pelas próprias partes. É duvidoso que o direito privado, no qual os indivíduos actuam uns com os outros livre e arbitrariamente seja o espaço jurídico para se impor uma moral oficial.*” (2005, p. 45)

responsabilização civil, do que baseado em sentimentos reais e autênticos de amor, frutos da própria natureza e convivência humanas.

Saliente-se, que, se por um lado não é possível aplicar o princípio da igualdade às relações de familiares, especialmente no que concerne às condutas praticadas no âmbito das esferas da intimidade, privacidade e afetividade, por outro lado, não se pode admitir tratamento desigual em relação à observância dos deveres de amparo e de cuidado,²² os quais encontram seu fundamento no princípio da paternidade responsável. Assim, para além das questões sentimentais e ou afetivas, os pais devem cumprir suas obrigações materiais, assistindo aos filhos, sob pena de serem demandados judicialmente em razão de sua omissão.

A despeito do princípio da igualdade não ser aplicável às relações familiares, ao ponto de exigir a adoção de tratamentos rígida e justificadamente igualitários, afigura-se inadmissível que um familiar dispense a outro tratamento discriminatório orientado por preconceito, ou que tiver por objetivo impor tratamento injusto, excludente, segregador. Isto porque, considerar-se-á ilícita aquela conduta ou tratamento que, para além discriminatório, importar na violação da dignidade do indivíduo, submetendo-o a uma situação vexatória, humilhante ou degradante, independentemente se familiar ou não. Seria o caso do pai que humilha em público seu filho, lesionando sua honra, imagem ou a moral. Nessa hipótese o dever de reparar se apresenta inquestionável.

3.2 Igualdade no âmbito das relações associativas e em relações em que há a necessidade de proteção da intimidade ou privacidade.

Há que se destacar que sob a perspectiva da liberdade associativa a análise da questão merece outros contornos e explicitações. As associações privadas além de não configurarem estabelecimentos abertos ao público, não estão obrigadas a admitirem associados com base no princípio da igualdade, pois constituem espaços de exercício da vida privada por seus associados. As associações privadas são livres para elegerem aqueles com quem pretendam contratar e se associar, inclusive adotando como critério de eleição o sexo, a raça, a etnia, as crenças, as concepções religiosas, a comunhão ou identidade de interesses, sem que tais discriminações possam ser consideradas ilícitas, uma vez que não representam qualquer

²² Em igual sentido AZEVEDO destaca que “o descaso entre pais e filhos é algo que merece punição, é abandono moral grave, que precisa merecer severa atuação do Poder Judiciário, para que se preserve não o amor ou a obrigação de amar, o que seria impossível, mas a responsabilidade ante o descumprimento do dever de cuidar, que causa o trauma moral da rejeição e da indiferença” (2004, p. 14).

afronta à dignidade daqueles que não foram aceitos como associados. Assim, por exemplo, é possível a existência de associações em que só mulheres, homens, brancos ou negros, possam se associar, das quais somente cristãos ou judeus podem participar, nas quais se exija que a pessoa possua os mesmos interesses dos demais associados.²³

A aplicabilidade do princípio da igualdade e consequente proibição de discriminação em razão de raça, etnia ou sexo no que concerne a estas especiais relações jurídicas, portanto, não é incondicionada, haja vista que a própria diretiva reconhece a inviabilidade de se proibir que os particulares discriminem em relações jurídicas privadas que se concretizem dentro do âmbito ou no contexto da vida privada.²⁴ Reconhece-se que em relações jurídicas em que há o predomínio de questões atinentes à vida privada ou à afinidade é indispensável se resguardar a possibilidade de que os particulares escolham livremente os contratantes que melhor atendam aos seus interesses, tal como ocorre, por exemplo, nas relações jurídicas de natureza associativa ou naquelas referentes à locação de bens imóveis.^{25 26}

CERDÁ MARTINEZ-PUJALTE aduz que, *“junto com a liberdade de associação, é também relevante a proteção da esfera privada e da vida familiar assim como os negócios existentes neste contexto”*, e destaca a importância de que, *“com referência à vida privada, que inclui a vida familiar, mas vai mais além, se está respeitando o âmbito em que cada pessoa fica livre da observação pública e pode comportar-se assim mesmo, livremente.”*²⁷ Essa necessidade de proteção da liberdade associativa, da vida privada e da intimidade individual é reconhecida pela Diretiva 2004/113/CE que, de forma expressa, afasta a aplicabilidade do princípio da igualdade das relações jurídicas que estejam relacionadas à vida

²³ Tem-se a notícia que determinado clube de golfe localizado no Estado do Rio de Janeiro estabelece limitações para o número de associados de origem japonesa. Em outro caso, os pretendentes a se associarem estão sujeitos a anuência dos demais associados em votação secreta. Para que o pretendente tenha a sua associação negada, basta que apenas um dos associados vote contra.

²⁴ Segundo destaca AGUILERA RULL *“Sólo se el trato discriminatório tiene lugar en el ámbito de la vida privada y familiar, estará éste permitido”* (2009, p. 16)

²⁵ Aqui se refere àquelas relações jurídicas em que um particular aluga seu imóvel, sem que tal ato constituía sua atividade empresarial; aqueles casos em que o particular aluga seu próprio imóvel ou parte de seus cômodos a terceiros em uma espécie de pensionato, bem como naquelas em que o imóvel se destina a abrigar público de determinado sexo, tal como ocorre nas repúblicas estudantis.

²⁶ Nesse sentido, de acordo com a Seção 19, da Lei Geral de Tratamento Igualitário alemã *“(3) In the case of rental of housing, a difference of treatment shall not be deemed to be discrimination where they serve to create and maintain stable social structures regarding inhabitants and balanced settlement structures, as well as balanced economic, social and cultural conditions.*

(4) The provisions set out in Part 3 shall not apply to obligations resulting from family law and the law of succession.

(5) The provisions set out in Part 3 shall not apply to civil-law obligations where the parties or their relatives are closely related or a relationship of trust exists. As regards tenancy, this may in particular be the case where the parties or their relatives use housing situated on the same plot of land. The rental of housing for not only temporary use shall generally not constitute business within the meaning of Subsection (1) No 1 where the lessor does not let out more than 40 apartments in total.”

²⁷ 2009, p.120

privada e familiar dos particulares. A questão se torna ainda mais evidente quando se está diante de associações de natureza religiosa, uma vez que a liberdade para eleição dos associados decorre diretamente da comunhão de crença religiosa.

3.3 Igualdade nas relações em que há oferta de bens e serviços ao público

Outro ponto controvertido disciplinado pela Diretiva 2004/113/CE é a referente à proibição de discriminação quando há a oferta pública de bens ou serviços por particulares. Isto porque, segundo preceitos contidos na Diretiva 2004/113/CE²⁸, as pessoas que forneçam bens ou prestem serviços disponíveis ao público estão vinculadas ao princípio da igualdade, razão pela qual estão proibidas de escolher os contratantes a partir dos critérios sexo, raça ou etnia. Assim, o fornecedor de bens ou o prestador de serviços que ofereça bens ou serviços ao público, não poderia, no exercício de sua liberdade de contratar, se negar a admitir uma pessoa em seu estabelecimento em razão de seu sexo, raça ou etnia. Conforme destaca BILBAO UBILLOS:

De forma recorrente, os meios de comunicação fazem eco da existência de práticas discriminatórias no acesso a determinados estabelecimentos abertos ao público. Os proprietários destes locais invocam para justificar este tipo de comportamento o direito de admissão que lhes assiste. Mas os juristas não tem prestado demasiada atenção nesta questão e são muitas as dúvidas que nos assaltam em relação ao conteúdo e aos limites desta faculdade, que anularia o suposto direito de ser admitido do potencial cliente. O que é latente no fundo deste debate é a crescente dificuldade para traçar uma linha divisória nítida entre a esfera pública e a esfera privada. Não são poucas as atividades que se situam em uma zona cinzenta, fronteira, as condutas aparentemente privadas que tem uma transcendência social. (2006, p. 162, tradução nossa)²⁹

Em Alemanha, a Lei Geral de Tratamento Igualitário, em vigor desde 14 de agosto de 2006, incorporando os preceitos normativos contidos na Diretiva 2004/113/CE, prevê no artigo 1, serem proibidas práticas discriminatórias baseadas em raça, etnia, origem, sexo, religião e orientação sexual no que tange ao *“acesso e fornecimento de bens e serviços que estão disponíveis ao público, incluindo a habitação.”* Em Portugal, disposição normativa parecida, contida no artigo 3.2, da Lei 18 de 2004, considera discriminatórias e, portanto,

²⁸ “(13) A proibição de discriminação é aplicável a pessoas que fornecem bens ou prestam serviços disponíveis ao público e oferecidos fora do domínio da vida privada e familiar e das transações efectuadas neste contexto.”

²⁹ Acerca de dificuldade em delimitar o que representa a dimensão privada e pública da existência humana, recomenda-se a leitura da obra de Nelson Saldanha *O jardim e a praça: O Privado e o Público na Vida Social e Histórica*.

proibidas, as práticas de “*recusa de fornecimento ou impedimento de fruição de bens ou serviços*” e de “*recusa de acesso a locais públicos ou abertos ao público*”, em razão do sexo, raça, etnia, cor, orientação sexual. Em igual sentido, em Espanha, o anteprojeto de Lei Geral de Igualdade de Tratamento e não Discriminação, prevê no artigo 3, que a proibição de discriminação se aplicará no que concerne ao “*acesso, oferta e aquisição de bens e serviços disponíveis ao público, incluindo a habitação.*”

Não se pode olvidar que a Diretiva 2004/113/CE reconhece o direito de liberdade contratual e a autonomia privada ao preceituar que, “*qualquer pessoa goza de liberdade contratual, nomeadamente da liberdade de escolher o outro contraente para uma transação*”³⁰. Contudo, quando se tratar de fornecimento de bens ou prestação de serviços ofertados ao público, o exercício da liberdade contratual e da autonomia privada são limitados imitados, haja vista que, a recusa em contratar com determinada pessoa, não admitindo seu ingresso no estabelecimento, somente poderá se basear no critério sexo ou em outros critérios distintivos tais como raça, etnia, religião, opção sexual, quando existirem objetivos legítimos justificadores da discriminação realizada, ou seja, quando existirem justificativas adequadas para legitimar a discriminação.³¹ A própria Diretiva 2004/113/CE, na exposição de motivos, descreve algumas situações nas quais aqueles que ofertam bens ou serviços ao público podem, no exercício da liberdade contratual e autonomia privada, exercerem o direito de admissão e livremente discriminarem os potenciais contratantes em razão de seu sexo, se negando a contratar com os demais.

(16) As diferenças de tratamento só podem ser aceitas se forem justificadas por um objectivo legítimo. Pode considerar-se um objectivo legítimo, por exemplo, a protecção de vítimas de violência relacionada com o sexo (em casos como o estabelecimento de centros de acolhimento para pessoas do mesmo sexo), motivos de privacidade e decência (em casos como o fornecimento de alojamento por uma pessoa numa parte da sua própria casa), a promoção da igualdade dos sexos ou dos interesses de homens e

³⁰ Nos termos do item (14) “Qualquer pessoa goza de liberdade contratual, nomeadamente da liberdade de escolher o outro contraente para uma transacção. Quem forneça bens ou preste serviços pode ter razões subjectivas para a escolha do outro contraente. Desde que essa escolha não se baseie no sexo, a presente directiva não prejudica a liberdade de cada um nessa escolha.”

³¹ GALVEZ MUÑOZ, ao analisar a jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol, sustenta que: “El Tribunal há establecido también los criterios o elementos que permiten distinguir entre una diferencia de trato justificada y otra discriminatória y, por tanto, constitucionalmente inadmisibile (desigualdade de los supuestos de hecho; finalidade constitucionalmente legitima; congruência entre el trato desigual, el supuesto de hecho que lo justifica y la finalidad que se persigue; y proporcionalidade entre los elementos anteriores); há outorgado a las condicones personales explicitamente enunciadas em el artículo 14 (nacimiento, raza, sexo, religión y opinión) el tratamiento de ‘categorias sospechosas de discriminación’, de tal modo que todo trato desigual basado en algunas de esas circunstancias debe ser sometido a un escrutinio especialmente riguroso, necessitando un plus de fundamentación de su objetividad y razonabilidad para pasar el test de constitucionalidade.” (2003, p. 202-203).

mulheres (por exemplo, organizações voluntárias de pessoas do mesmo sexo), a liberdade de associação (por exemplo, clubes privados reservados a pessoas do mesmo sexo) e a organização de actividades desportivas (por exemplo, acontecimentos desportivos para pessoas do mesmo sexo). Qualquer limitação deve, no entanto, ser adequada e necessária de acordo com os critérios decorrentes da jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias.³²

Importa destacar, que a recusa em contratar baseada na raça ou na etnia dificilmente estará ampara pela liberdade de contratar ou pela autonomia privada, haja vista que, nestes casos, a recusa em contratar e a não admissão da pessoa no estabelecimento aberto ao público, além de dificilmente encontrar um motivo ou objetivo legítimo, importará em inquestionável tratamento vexatório e degradante, violador da dignidade da pessoa discriminada.³³ ALFARO AGUILA-REAL destaca que nestes casos o particular abusa de seu direito de liberdade de contratação, ao submeter o outro particular, em razão da negativa de contratação, a tratamento humilhante e, portanto, contrário a sua dignidade e ao ordenamento jurídico. Destaca o autor que, nestas situações, a recusa em contratar não é ilícita apenas por ser discriminatória, mas principalmente pelo fato de violar a dignidade do outro contratante,³⁴ pensamento que também é compartilhado por ANDRADE, que aponta a necessidade de se proibir apenas as discriminações que afetem de forma intolerável a dignidade humana.³⁵ Conforme destaca ALFARO AGUILA-REAL, ao tratar da necessidade de combate às práticas discriminatórias:

O caso mais patente é o de acesso a locais públicos, porquanto a abertura de um estabelecimento ao público implica em uma renúncia expressa a selecionar a clientela sob bases individuais, ainda quando caiba afirmar que haja a obrigação de contratar pelo mero fato da abertura. O que torna vexatória a negativa é que todo mundo sabe que em princípio se aceita contratar com qualquer um, razão pela qual a negativa não justificada só pode ser interpretada como um ato de desprezo e desvalorização, justamente a finalidade perseguida pelo discriminador. (1993, p. 119).

³² É o que prevê o artigo 4º, da Diretiva 2004/113/CE, segundo a qual: “A presente directiva não exclui à partida diferenças de tratamento, se o fornecimento de bens e a prestação de serviços exclusivamente ou prioritariamente aos membros de um dos sexos for justificado por um objectivo legítimo e os meios para atingir esse objectivo forem adequados e necessários.”

³³ Em igual sentido destaca BILBAO UBILLOS que: “Es evidente que cuando la negativa a prestar un servicio obedece a motivos raciales, la exclusión constituye una afrenta vejatoria, un agravio para todos los integrantes del colectivo discriminado, que hiere en lo más profundo seu orgullo y su dignidade.” (2006, p.165) Em igual sentido REY MARTINEZ (2003, p. 68).

³⁴ “Lo que sucede es que el riesgo de tratamento vejatorio al que hemos aludido se actualiza especialmente en relación con la negativa de contratar discriminatória (...) por la especial conexión que el derecho a la igualdad tiene con la dignidad humana, pero esto no significa que una negativa de contratar sea ilícita por ser discriminatória” (1993, p. 114)

³⁵ 1998, p. 295.

Outra situação de difícil resolução é quando a discriminação não se baseia em critérios como sexo, raça etnia, religião, mas leva em consideração a aparência da pessoa que teve sua admissão recusada. Pode um estabelecimento recusar a admissão de um cliente que, segundo a compreensão dos proprietários, não estivesse trajando vestimentas adequadas? Pode um estabelecimento recusar a admissão de pessoas trajando camisetas, bermudas ou bonés, sob a alegação de que tais vestimentas ou acessórios não seriam compatíveis com o “padrão” exigido para o estabelecimento? Na esteira de BILBAO UBILLOS, para que, nestes casos, a recusa possa ser legítima, indispensável que as condições de admissão, além razoáveis, objetivas e destinaram-se ao público em geral, devem ser prévia e publicamente estabelecidas, apresentando de antemão os limites à vontade de contratar externalizada pelo proprietário do estabelecimento. É o critério adotado pelo artigo 21 do anteprojeto espanhol de Lei Geral de Igualdade de Tratamento e não Discriminação.

Artículo 21. Direito a igualdade de tratamento e não discriminação em estabelecimentos ou espaços abertos ao público.

1. Os critérios e práticas sobre admissão das pessoas em estabelecimentos ou espaços abertos ao público, espetáculos públicos ou atividades recreativas deverão garantir a ausência de qualquer forma de discriminação por razão dos motivos previstos no primeiro artigo desta lei. (nascimento, origem racial ou étnica, sexo, religião, convicção ou opinião, idade, incapacidade, orientação ou identidade sexual, enfermidade, língua, ou qualquer outra condição ou circunstância pessoal ou social)

2. A proibição de discriminação regulada no item anterior compreende tanto as condições de acesso aos locais ou estabelecimentos, como a permanência nestes, assim como o uso e o desfrute dos serviços que se prestem, sem prejuízo da existência de organizações, atividades ou serviços destinados exclusivamente a promoção de grupos identificados por um dos motivos mencionados no artigo dois.

3. As pessoas titulares de estabelecimentos e locais a que se referentes os itens anteriores darão conhecimento em local visível os critérios e limitações que resultem do exercício do direito de admissão e, com caráter prévio a sua adoção, comunicarão às autoridades públicas competentes. (tradução nossa)

Nestes casos específicos, a conduta adotada pelo proprietário do estabelecimento aberto ao público deixa de configurar discriminação ilícita, haja vista que, ao se dar publicidade prévia de quais são os critérios de admissão naquele estabelecimento, estes critérios passam a ser aplicados à coletividade de forma geral, abstrata e indistinta, de modo que não haverá como se aduzir que determinada pessoa foi discriminada. Essa lógica, contudo, não pode ser utilizada para permitir que o estabelecimento preveja que não se admitirá pessoas de determinada raça ou etnia, pois, nesta situação, a despeito da

discriminação não possuir um destinatário específico, se concretiza em desfavor de toda uma categoria de pessoas, violando a dignidade humana de seus integrantes. É nesse sentido, por exemplo, que é recomendável que academias, saunas, clubes recreativos, salões de beleza e outros estabelecimentos que ofereçam serviços destinados exclusivamente a público de determinado sexo prevejam essa limitação de forma prévia.

A grande dificuldade em se admitir a possibilidade de que um estabelecimento aberto ao público, no exercício de sua liberdade de contratação, não admita pessoas em razão de características pessoais decorre do fato de que ao atuar no mercado o estabelecimento manifesta e torna pública a sua vontade de contratar, razão pela qual, qualquer pessoa que deseje contratar nas condições previamente fixadas poderá fazê-lo.³⁶ Assim, conforme destaca AGUILERA RULL “*o decisivo será agora o círculo de destinatários ao qual o oferente dirige a sua declaração de vontade. Se dirigir-se a um círculo indeterminado de pessoas deverá garantir-lhes o acesso em igualdade de condições, sem poder excluir certas pessoas por sua origem racial ou sexo*”³⁷. Assim, importante que eventuais limitações impostas pelo estabelecimento como condições para admissão, desde que não fundadas em raça ou etnia, critérios naturalmente odiosos, sejam prévia e publicamente estabelecidas, de forma que os potenciais contratantes delas tomem ciência e, desejando contratar, passem a observá-las. Para BILBAO UBILLOS:

Não há que se olvidar que quem explora este tipo de estabelecimento (cafeterias, restaurantes, hotéis e etc) dirigem sua oferta ao público em geral, manifestam a sua vontade de contratar, em princípio, com qualquer que aceite seus preços e condições de venda. Ainda que não exista propriamente uma obrigação de contratar, a abertura do local implica, ao menos, na renúncia de selecionar com critérios individuais a sua clientela. Outra coisa são as condições que se podem impor com caráter geral e que tem um fundamento objetivo e razoável, como a advertência formulada em cartazes colocados na entrada. (2006, p.165, tradução nossa)

³⁶ No âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, inexistem instrumentos normativos específicos destinados a normatizar a aplicabilidade do princípio da igualdade nas relações jurídicas privadas. A despeito disso, há que se destacar, dada relevância e pertinência temática que, configurada a natureza consumerista da relação jurídica, nos termos do inciso IX, do artigo 39, do Código de Defesa do Consumidor, constitui prática abusiva a recusa de venda de bens ou a prestação de serviços, diretamente a quem se disponha a adquiri-los mediante pronto pagamento.

³⁷ “*lo decisivo será ahora el círculo de destinatários al que el eferente dirige sua declaración de voluntad. Se dirigirse a un círculo indeterminado de personas deberá garantizarles a todas ellas el aceso en igualdad de condiciones, sin poder excluir a ciertas personas por su origen racial o sexo*” (2009, p.16). Em igual sentido, destaca CERDÁ MARTINEZ-PUJALTE que: “*detrás de todo subyace el pensamiento de que aquellos que ponen sus mercancías y servicios a disposición del público tienen el deber de desenvolverse de forma neutral em dicho mercado. La oferta hecha se dirige a cualquiera y es independiente de si la parte oferente actúa en el mercado de forma habitual com uma intención empresarial o no.*” (2009, p.117)

Há que se destacar que estudiosos europeus também tem se inclinado no sentido de inadmitir e considerar ilegítima a recusa em contratar quando os bens ou serviços ofertados forem considerados essenciais ou quando ofertados no mercado em regime de monopólio. Dessa forma, não seria possível à única escola, ao único hospital, ao único hotel de determinada localidade se negar a contratar adotando critérios de sexo, raça, etnia, crença religiosa. Nesse sentido, BILBAO UBILLOS destaca que *“é um dado decisivo a posição dominante e monopolística da entidade discriminadora no mercado e na sociedade”*, assim, *“o único clube recreativo, a única sala de cinema, a única piscina aberta ao público em uma determinada localidade não poderia excluir determinadas categorias de pessoas por motivos de raça, sexo ou crenças”*. E conclui *“uma coisa é selecionar um espaço de liberdade em que se prima pelas preferências e simpatias pessoais e outra é abusar da posição de virtual monopólio para discriminar aqueles que não tem outra alternativa e não podem acudir a outro estabelecimento.”*³⁸

3.4 Igualdade no fornecimento de bens e prestação de serviços de natureza financeira

A Diretiva 2004/113/CE, conciliando a necessidade de proteção e promoção da igualdade no âmbito das relações jurídicas entre particulares, com a também necessária proteção aos princípios da autonomia privada, liberdade contratual e liberdade de iniciativa, foi expressa e inequívoca ao estabelecer, em seu artigo 4º, um princípio geral norteador da aplicabilidade do princípio da igualdade nas relações jurídicas privadas, segundo o qual as diferenças de tratamento somente são admitidas quando puderem ser justificadas por um objetivo legítimo.³⁹

No que tange ao fornecimento de bens e prestação de serviços financeiros, dentre eles a venda de seguros privados, a Diretiva 2004/113/CE, foi expressa ao estabelecer em suas considerações que a utilização de fatores atuariais em razão do sexo, apesar de se tratar de prática comum no mercado de seguros e serviços financeiros, não deve implicar diferenciações quanto ao valor dos prêmios, prestações ou benefícios individuais, exceto em situações em que o sexo for fator determinante na avaliação dos riscos contratuais segurados, ocasiões nas quais compete a cada Estado-Membro editar normas específicas para autorizar a discriminação de preços de prêmios e prestações em razão do sexo do contratante.

³⁸ 2006, 156-157

³⁹ “Art. 4º - as diferenças de tratamento só podem ser aceitas se forem justificadas por um objetivo legítimo e os meios para atingir essa objectivo forem adequados e necessários”. Ainda segundo o item (16) das considerações tecidas pelo Conselho da União Européia: “As diferenças de tratamento só podem ser aceitas se forem justificadas por um objetivo legítimo.”

A Diretiva 2004/113/CE ainda estabelece que a implementação da regra de proibição de adoção de fatores atuariais em função do sexo só é válida para os contratos celebrados após sua transposição aos ordenamentos jurídicos internos de cada Estado-Membro, estabelecendo como prazo limite a data de 21 de dezembro de 2007⁴⁰, objetivando, com tal medida, evitar reajustamentos bruscos de preços no mercado. Ademais, estabelece a obrigação dos Estados-Membros que autorizarem a discriminação de preços de prêmios e prestações em razão do sexo do contratante, no prazo de cinco anos contados da transposição da Diretiva, reavaliar a viabilidade de manter a referida norma derogativa. Segundo expressa disposição normativa contida no artigo 5º da Diretiva 2004/113/CE

1. Os Estados-Membros devem assegurar que, em todos os novos contratos celebrados, o mais tardar, depois de 21 de Dezembro de 2007, a consideração do sexo enquanto factor de cálculo dos prémios e das prestações para efeitos de seguros e outros serviços financeiros não resulte, para os segurados, numa diferenciação dos prémios e prestações.

2. Sem prejuízo do n.º 1, os Estados-Membros podem decidir, antes de 21 de Dezembro de 2007, permitir diferenciações proporcionadas nos prémios e benefícios individuais sempre que a consideração do sexo seja um factor determinante na avaliação de risco com base em dados actuariais e estatísticos relevantes e rigorosos. Os Estados-Membros em questão devem informar a Comissão e garantir que sejam recolhidos, publicados e regularmente actualizados dados rigorosos relevantes para a consideração do sexo como factor actuarial determinante.

Esses Estados-Membros devem rever a sua decisão cinco anos depois de 21 de Dezembro de 2007, tendo em conta o relatório da Comissão mencionado no artigo 16º, e enviar à Comissão os resultados dessa revisão.

Seguindo os preceitos normativos do artigo 5º, n.º 2, da Diretiva 2004/113/CE, os Estados português, espanhol e alemão, assim como a quase totalidade dos Estados europeus⁴¹, editaram legislações, para permitirem que as empresas de seguros privados adotassem o sexo como fator atuarial nos casos em que ele fosse determinante na avaliação do risco contratual, como ocorre nos casos de seguros e vida, saúde, automobilístico e renda. É o que se verificou com o advento da Lei Geral de Tratamento Igualitário, de 14 de agosto de 2006, em Alemanha, com a Lei Orgânica 3/2007, de 22 de março de 2007, em Espanha, e com a Lei 18, de 11 de maio 2004, em Portugal. Segundo o artigo 6º da Lei Portuguesa n.º 18 de 2004:

⁴⁰ Segundo preceitos legais contidos no artigo 17 da Diretiva 2004/113/CE: “Os Estados-Membros devem pôr em vigor as disposições legislativas, regulamentares e administrativas necessárias para dar cumprimento à presente directiva até 21 de Dezembro de 2007. Os Estados-Membros devem comunicar imediatamente à Comissão o texto dessas disposições.”

⁴¹ A exceção é a Polónia, que ainda não transpôs para sua legislação os preceitos da Diretiva 2004/113/CE.

1 — A consideração do sexo como factor de cálculo dos prémios e prestações de seguros e outros serviços financeiros não pode resultar em diferenciações nos prémios e prestações.

2 — Sem prejuízo do número anterior, são todavia admitidas diferenciações nos prémios e prestações individuais de seguros e outros serviços financeiros desde que proporcionadas e decorrentes de uma avaliação do risco baseada em dados actuariais e estatísticos relevantes e rigorosos.

3 — Os dados actuariais e estatísticos consideram-se relevantes e rigorosos para o efeito previsto no número anterior quando obtidos e elaborados nos termos de norma regulamentar emitida para o efeito pelo Instituto de Seguros de Portugal.

Similarmente, o artigo 71 da Lei Orgânica Espanhola n.º 3/2007, de 22 de março de 2007 estabelece que:

1. Se prohíbe la celebración de contratos de seguros o de servicios financieros afines en los que, al considerar el sexo como factor de cálculo de primas y prestaciones, se generen diferencias en las primas y prestaciones de las personas aseguradas.

No obstante, reglamentariamente, se podrán fijar los supuestos en los que sea admisible determinar diferencias proporcionadas de las primas y prestaciones de las personas consideradas individualmente, cuando el sexo constituya un factor determinante de la evaluación del riesgo a partir de datos actuariales y estadísticos pertinentes y fiables.

Diante das autorizações concedidas pelas legislações internas da grande maioria dos Estados-Membros da União Europeia, as empresas de seguros privados mantiveram a utilização do fator sexo para a realização de cálculos atuariais e determinação dos riscos contratuais dos contratos de seguro, mantendo a prática de preços diferenciados em razão do sexo. O grande motivo que levou a quase totalidade dos Estados-Membros da Comunidade Européia ao editarem normas derogatórias da aplicabilidade da norma proibitiva de adoção do sexo como fator de cálculo de risco nos contratos de seguro e a consequente prática de diferentes preços de prémios e prestações para homens e mulheres, foi, justamente, os relevantes impactos econômicos que a norma proibitiva causaria de imediato no mercado europeu de seguros.

O fator sexo é tão relevante para a determinação do risco contratual que a Comissão Europeia, objetivando demonstrar a influência de sua adoção sobre valor de prémios e prestações dos contratos de seguro, bem como sobre as condições contratuais, elaborou minucioso estudo intitulado *Study on the use of age, disability, sex, religion or belief, racial or ethnic origin and sexual orientation in financial services, in particular in the insurance and banking sectors*.⁴²

⁴² Disponível em: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/11/123&guiLanguage=en>

Ocorre, todavia, que o Tribunal de Justiça da União Europeia, em 01 de março de 2011, ao julgar recurso de anulação interposto pela Associação Belga de Consumidores (Test-Achats ASBL)⁴³, contra decisão proferida pelo Tribunal Constitucional da Bélgica, que reconheceu a legalidade da lei belga que incorporou os preceitos da Diretiva 2004/113/CE, declarou a invalidade do artigo 5º, n.º 2, da Diretiva 2004/113/CE, proibindo que as empresas seguradoras, a partir de 21 de dezembro de 2012, continuem adotando o fator sexo para fins de diferenciação do valor dos prêmios e prestações nos contratos de seguro, por considerar a discriminação de preço por gênero atentatória ao princípio da igualdade entre homens e mulheres.

De acordo com o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, em nome do princípio da igualdade e objetivando a eliminação das práticas discriminatórias entre homes e mulheres, os preceitos legais contidos no artigo 5º, n.º 2, da Diretiva 2004/113/CE, que autorizam aos Estados-Membros derogarem a norma proibitiva de discriminação em razão do sexo nos contratos de seguro devem ser considerados inválidos, uma vez que violam o princípio da igualdade, principalmente em razão do risco de que esta derrogação à igualdade de tratamento entre homens e mulheres continuasse sendo indefinidamente permitida pelos Estados-Membros, razão pela qual:

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

Considerando que a quase totalidade dos Estados-Membros havia incorporado às suas legislações internas a derrogação à norma proibitiva de discriminação de preços em razão do sexo do contratante, e objetivando garantir uma adequada interpretação do acórdão proferido no caso Test-Achats, o Conselho da União Europeia publicou em 13 de janeiro de 2012, orientação acerca da aplicação ao setor de seguros dos preceitos normativos da Diretiva 2004/113/CE, à luz do acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia proferido no processo C-236/09 (Test-Achats).

⁴³ Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62009CJ0236&lang1=en&type=NOT&ancre=>

Salienta-se, que segundo as orientações, apesar do artigo 5º, n.º 1, proibir qualquer situação em que haja diferenciação dos prêmios e prestações dos contratos de seguro em razão da adoção do sexo como fator de cálculo, o referido dispositivo legal “*não proíbe de forma genérica a consideração do gênero enquanto fator de classificação do risco*”⁴⁴, ou seja, não proíbe que as empresas de seguro continuem apurando informações quanto ao gênero de seus segurados para avaliação interna dos riscos contratuais por ela assumidos, para, desta forma, calcular de forma mais precisa as provisões técnicas para manutenção de sua solvabilidade e definição global dos preços a serem praticados, nem mesmo impede que, em matéria de marketing e publicidade, realizem ações direcionadas para homens ou mulheres.

Ainda de acordo com as orientações expedidas pelo Conselho da União Europeia, apesar da proibição de que haja diferenciação em relação ao valor dos prêmios e prestações para pessoas em razão do seu sexo, há determinadas situações em que alguns fatores de risco contratual, tais como estado de saúde e antecedentes de doenças familiares, podem estar diretamente relacionados às diferenças fisiológicas existentes entre homens e mulheres, situações nas quais o fator gênero pode ser levado em consideração. E o que ocorre nos casos de doenças que afetam apenas um dos sexos, tais como câncer de mama e câncer de próstata, casos nos quais o gênero importará diretamente no cálculo do risco contratual. Nestes casos, o sexo somente seria utilizado como subsídio para avaliação da extensão do risco contratual de contração de doenças, por isso admissível.

Além do mais, de acordo com as orientações do Conselho da União Europeia, a proibição de adoção do sexo como fator de cálculo dos riscos contratuais e diferenciação dos preços de prêmios e prestações em razão do gênero, não impede que as empresas seguradoras criem e ofereçam produtos de seguros específicos a determinado gênero, objetivando atender às necessidades e situações que somente a ele digam respeito, a exceção de produtos relacionados à gravidez, situação em que a diferenciação é expressamente proibida pelo artigo 5º, n.º 3. Podem as empresas de seguro, portanto, criar, por exemplo, seguros específicos para assegurar os casos de constatação de câncer de próstata, mama ou útero, atendendo ao gênero específico.

De fato, a partir de uma detida análise do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, bem como da análise das orientações expedidas pelo Conselho da União Europeia, com o objetivo de uniformizar a interpretação do acórdão do caso Test-Achats pelos Estados-Membros, verifica-se que a adoção do fator sexo como critério para cálculo dos

⁴⁴ Orientação contida no item 14, do Comunicado 2012/C 11/01, datado de 13 de janeiro de 2012.

riscos contratuais foi terminantemente proibida, haja vista que, por mais que se autorize a sua adoção de forma indireta, com nos casos acima explicitados, não será admissível a prática de preços diferenciados entre homens e mulheres, vedação que, indubitavelmente, ameaça o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de seguro e traz indesejáveis consequências para o mercado de seguros europeu.⁴⁵

Isto porque, sob a premissa de proteger à igualdade, especialmente a igualdade de gênero, a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, na prática, proporcionou indesejáveis efeitos sob o mercado consumidor de seguros, haja vista que, proibidas de adotar o gênero como critério de avaliação de risco contratual, o qual tornava mais barato o valor dos prêmios dos contratos de seguro automobilístico e de vida celebrados com mulheres, as empresas de seguro se viram obrigadas a promover o aumento do valor dos prêmios destes contratos, afetando diretamente este grupo de seguradas, que, ao pagarem prêmios desproporcionais aos efetivos riscos de seu contrato, estarão financiando os prêmios daqueles contratos de maior risco, o que configuraria um tratamento desigualitário.

Ademais, além do efeito direto sob os contratos de seguros celebrados com pessoas do sexo feminino, verifica-se também risco de impactos econômicos sobre os demais contratos de seguro, decorrente dos custos que estas empresas terão que suportar para reavaliar todo o seu sistema de dados e cálculos atuariais, alterar os contratos vigentes, modificar seu material publicitário, dentre outros, custos que indubitavelmente serão repassados aos consumidores, impactando nos preços dos produtos ofertados.⁴⁶ Sem contar as ineficiências econômicas geradas para todos os atores do mercado, decorrentes da substituição do critério sexo por outros mais subjetivos e voláteis, tais como os relacionados aos hábitos de vida do segurado.

4 Considerações Finais

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

⁴⁵ Neste sentido destaca FERNANDEZ CRENDE que a “*clasificación de riesgos tiene un claro límite en el análisis coste-beneficio de las aseguradoras. La prima cobrada por la aseguradora, efectivamente, no sólo debe reflejar el riesgo soportado por el asegurado, que eventualmente será asumido por la aseguradora, sino que también debe compensar por los costes de gestión del seguro.*” (2004, p. 4)

⁴⁶ Destaca FERNANDEZ CRENDE “*En efecto, la adaptación a los estilos de vida como factor actuarial multidimensional muy probablemente comportará un aumento de los costes de gestión para las aseguradoras que, en última instancia, se traducirá en un incremento de las primas de seguros para los consumidores. Si el proceso de adaptación no se realiza de forma coordinada pueden producirse distorsiones en el mercado como, por ejemplo, pérdida de competitividad de las aseguradoras que actualmente operan en el mercado de seguros de vida y creación de nuevas empresas en condiciones de ofrecer primas más baratas al no tener la necesidad de adaptarse al nuevo sistema.*” (2004, p. 16)

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 a 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 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 contribuições extraídas da experiência do direito comunitário europeu, as quais podem ser úteis para o aperfeiçoamento do estudo desta temática, permitindo elaborar 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, corolários do direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade.

Referências

AGUILERA RULL, Ariadna. Prohibición de discriminación 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

ALFARO AGUILA-REAL, Jesús. Autonomía 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 en 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.

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.

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.

GALVEZ MUÑOZ, Luis. La clausula general de igualdad. Uinversidad de Murcia. **Anales de Derecho**, 2003, n.º 21, p. 195-206.

GARCÍA RUBIO, Maria Paz. **La igualdad de trato entre hombres y mujeres y su repercusión en el derecho de contratos: Análisis del proyecto de Ley Orgánica para la igualdad de mujeres y hombres a la luz de la Directiva 2004/113/CE, La Ley**, nº 6602. 2006, p. 1-33.

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

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.

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

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.

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