



THIAGO PENIDO MARTINS

DISCRIMINAÇÃO

NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS

D'PLÁCIDO
EDITORA

DISCRIMINAÇÃO

NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS

THIAGO PENIDO MARTINS

DISCRIMINAÇÃO

NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS



D'PLÁCIDO
EDITORA

Copyright © 2016, D'Plácido Editora.
Copyright © 2016, Thiago Penido Martins.

Editor Chefe
Plácido Arraes

Produtor Editorial
Tales Leon de Marco

Capa
Letícia Robini de Souza

Diagramação
Bárbara Rodrigues da Silva

Todos os direitos reservados. Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida, por quaisquer meios, sem a autorização prévia da D'Plácido Editora.



Editora D'Plácido
Av. Brasil, 1843 , Savassi
Belo Horizonte – MG
Tel.: 3261 2801
CEP 30140-002

Catálogo na Publicação (CIP)
Ficha catalográfica

MARTINS, Thiago Penido
Discriminação nas relações contratuais – Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

Bibliografia.
ISBN: 978-85-8425-206-0

1. Direito. 2. Direito Comercial. I. Título. II. Thiago Penido Martins

CDU342

CDD342.2

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

José Souto Maior Borges

Aos meus Pais, pelo sacrifício.
À Fernanda, pelo amor, incentivo e compreensão nas ausências.
À Ana Flávia, amor incondicional, que lhe sirva de exemplo e inspiração.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	13
1.1. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares	15
2. TEORIAS DA EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES JURÍDICAS ENTRE PARTICULARES	33
2.1. Teoria da eficácia indireta ou mediata	34
2.2. Críticas à teoria da eficácia indireta ou mediata dos direitos fundamentais	43
2.3. Teoria da eficácia direta ou imediata	50
2.4. Críticas à teoria da eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais	53
2.5. Teoria dos deveres de proteção	59
2.6. Críticas à teoria dos deveres de proteção	64
2.7. Teoria da integração	65
2.8. Críticas à teoria da integração	69
2.9. Teoria da diferenciação	69
2.10. Críticas à teoria da diferenciação	71
2.11. Teoria da equiparação	72

2.12. Críticas à teoria da equiparação.....	80
3. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO BRASIL.....	83
3.1. Repensando a eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas a partir da superação da visão dicotômica entre eficácia imediata ou mediata.....	94
3.2. O princípio da competência decisória.....	105
4. AUTONOMIA PRIVADA, IGUALDADE E LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE.....	111
4.1. Teoria dos princípios e princípio da proporcionalidade.....	115
4.2. Autonomia privada e princípio da proporcionalidade.....	121
4.3. Igualdade e liberdade.....	129
4.4. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade.....	137
4.5 Dignidade, livre desenvolvimento da personalidade e autonomia privada.....	140
4.6. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade do direito brasileiro.....	147
4.7. Eficácia do princípio da igualdade nas relações jurídicas entre particulares.....	154
5. CONTRIBUTOS DO DIREITO EUROPEU PARA A EFICÁCIA DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE NAS RELAÇÕES JURÍDICAS ENTRE PARTICULARES.....	169
5.1. A eficácia do princípio da igualdade no direito europeu.....	171

5.2. Legislações de tratamento igualitário dos Estados Europeus.....	176
5.3 Eficácia do princípio da igualdade na visão dos órgãos jurisdicionais europeus.....	192

6. EFICÁCIA DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE NO DIREITO BRASILEIRO.....197

6.1. Por uma solução diferenciada: construindo diretrizes interpretativas para a eficácia do princípio da igualdade nas relações jurídicas entre particulares.....	197
6.2. Relações jurídicas estritamente privadas.....	198
6.2.1. Igualdade e liberdade associativa.....	208
6.2.2. Igualdade nas relações familiares e sucessórias.....	212
6.2.3. Igualdade nas relações em que predominam aspectos relacionados à intimidade e privacidade, a religiosidade ou confiança.....	218
6.4. Diretrizes interpretativas para a eficácia do princípio da igualdade nas relações jurídicas entre particulares.....	223
6.4.2. Unilateralidade ou bilateralidade do tratamento diferenciado.....	225
6.4.3. Afetação da dignidade da pessoa.....	227
6.5. Igualdade nos casos em que há oferta de bens e serviços ao público em geral.....	233
6.5.1. Igualdade e direito de admissão.....	233
6.5.2. Igualdade nos contratos de seguro e de natureza financeira.....	243

CONCLUSÕES	261
REFERÊNCIAS	271

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

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

O cerne do problema a ser investigado está em definir a extensão da eficácia do princípio da igualdade no âmbito das relações jurídicas privadas contratuais, analisando em que medida os particulares, no âmbito de suas relações jurídicas privadas contratuais estão vinculados ao direito fundamental à igualdade. Podem os particulares, no exercício

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

A questão apresenta-se controversa e polêmica, uma vez que o reconhecimento da eficácia absoluta do princípio da igualdade no âmbito das relações jurídicas privadas contratuais, com o desiderato de coibir todo e qualquer tratamento diferenciado, poderia, para além de ocasionar demasiada restrição de sua autonomia privada, privá-los do direito de exercerem sua liberdade. Sustentar de forma acrítica a eficácia absoluta do princípio da igualdade nas relações jurídicas entre particulares poderia acarretar sérios prejuízos às relações jurídicas contratuais e ao direito de livre desenvolvimento da personalidade.

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

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

outro fator diferenciador? Podem os estabelecimentos abertos ao público estabelecerem condições diferenciadas de admissão ou recusá-la a determinadas pessoas em razão da raça, sexo, idade, orientação religiosa, orientação sexual ou qualquer outro fator diferenciador?

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

1.1. A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES JURÍDICAS ENTRE PARTICULARES

O estudo da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas é, de certa forma, recente. Os primeiros estudos sobre a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais somente surgiram em meados do século XX, a partir de importantes obras autores alemães.² No direito brasileiro, a questão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas ainda é incipiente, sendo que as

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

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

primeiras obras datam do início de século XXI³, as quais, ainda assim, em sua maioria, tem como principal enfoque o estudo do fenômeno da constitucionalização do direito privado.

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

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

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

⁴ A concepção segundo a qual os direitos fundamentais constituíam direitos subjetivos ou liberdades públicas subjetivas foi elaborada por George Jellinek, no final do século XIX, em obra intitulada *Sistema dos Direitos Públicos Subjetivos*, obra influenciada pelo pensamento individualista e positivista reinante à época e que influenciou diversas obras sobre os direitos fundamentais. Sua teoria concebia os direitos fundamentais apenas sob a perspectiva subjetiva e se baseava na ideia de que os direitos fundamentais assegurariam aos indivíduos, em suas relações com o poder estatal, quatro diferentes status jurídicos, quais sejam, *status subiectiones*, *status negativus*, *status activus* e *status positivus*.

Uma das temáticas mais controversas e que tem despertado o interesse de inúmeros estudiosos é aquela relativa à eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações jurídicas entre particulares, em especial, quando o objetivo é definir a extensão da eficácia dos direitos fundamentais nessas relações jurídicas. O cerne do problema a ser investigado está em definir a extensão da eficácia do princípio da igualdade no âmbito das relações jurídicas privadas contratuais, analisando em que medida os particulares, no âmbito de suas relações jurídicas privadas contratuais estão vinculados ao princípio da igualdade. Podem os particulares, no exercício de sua autonomia privada e liberdade contratual livremente elegerem o outro sujeito contratual e definir o conteúdo do contrato, inclusive para conferir tratamentos diferenciados ou estariam os particulares vinculados ao princípio da igualdade, estando proibida toda e qualquer forma de discriminação no âmbito de suas relações jurídicas privadas? Existe uma margem de liberdade que assegura aos particulares, no exercício de sua autonomia privada, a possibilidade de promoverem tratamentos diferenciados? Podem os particulares se recusarem a celebrar negócios jurídicos com outros particulares em razão de critérios como raça, sexo, idade, orientação religiosa, orientação sexual, ou qualquer outro critério diferenciador? Esse é o instigante tema a ser analisado nesta obra.



D'PLÁCIDO
EDITORA
www.livrariadplacido.com.br

