

PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO E LIBERDADE DE CONTRATAÇÃO: A EFICÁCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À IGUALDADE NAS RELAÇÕES JURÍDICAS PRIVADAS EM QUE HÁ A OFERTA PÚBLICA DE BENS OU SERVIÇOS

PROHIBICIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN Y LA LIBERTAD CONTRACTUAL: LA EFECTIVIDAD DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA IGUALDAD EN LAS RELACIONES JURÍDICAS PRIVADAS EN QUE HAY OFERTA PÚBLICA DE BIENES O SERVICIOS

**Thiago Penido Martins
Rodolpho Barreto Sampaio Júnior**

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 contribuir para o desenvolvimento dos debates existentes, na tentativa de encontrar proposições adequadas e capazes de conciliar a necessidade de promoção da igualdade e de combate às práticas discriminatórias e, ao mesmo tempo, garantir a proteção da autonomia privada e liberdade contratual, corolários do direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade e do Estado Democrático de Direito.

PALAVRAS-CHAVE: Autonomia Privada; Liberdade de Contratação; Relações Contratuais; Eficácia do Direito Fundamental à Igualdade; Acesso a bens e serviços ofertados ao público; Livre Desenvolvimento da Personalidade Humana.

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 contribuir a el 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 y el Estado Democrático de Derecho.

PALABRAS CLAVE: Autonomía privada; Libertad de contratación; Relaciones contractuales; Eficacia del derecho fundamental a la igualdad; El acceso a bienes y servicios que se ofrecen al público; Libre desarrollo de la personalidad humana.

1 Introdução

A teoria dos direitos fundamentais, enquanto importante elemento da ciência jurídica, encontra-se em constante processo de evolução para se adequar aos anseios e demandas de

uma sociedade em rápida expansão. A historicidade e mutabilidade inerentes aos direitos fundamentais tornam incessante e infundável seu processo de evolução. O tempo passará, a sociedade passará por profundas transformações, novos direitos surgirão, direitos existentes serão reinterpretados e conformados às novas realidades sociais.¹

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

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

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

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

O fenômeno da constitucionalização, no qual se encontra inserida a temática da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares, trouxe importantes

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

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

reflexos e influxos para o ordenamento jurídico, conferindo-lhe sistematicidade e unidade. Em razão deste fenômeno, as normas constitucionais se tornaram fundamento de toda e qualquer norma infraconstitucional integrantes dos diversos segmentos do direito, o que acarretou a própria relativização da dicotomia entre direito público e direito privado.³

Definir da extensão da eficácia do direito fundamental à igualdade, assume, neste contexto, extrema importância e requer de toda especial atenção, impondo a necessidade de se realizar detido e acurado estudo sobre os efeitos da adoção de uma eficácia direta ou indireta deste direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares, principalmente considerando que, se é necessário conferir a máxima efetividade aos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas, indispensável também assegurar e proteger a autonomia privada e a liberdade contratual e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

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

2 Eficácia dos Direitos Fundamentais nas relações jurídicas entre particulares

2.1 Pressupostos históricos e sociais

O desenvolvimento das relações capitalistas, o acúmulo de capitais pelos agentes econômicos, o agravamento das desigualdades sociais entre os indivíduos e o afastamento do poder estatal das relações de mercado, especialmente em razão da adoção dos ideais

³ Segundo FACHIN, “A eficácia dos direitos fundamentais nas relações interprivadas se torna inegável, diante da diluição de fronteiras entre público e privado” (2003b, p.100). Para TEPEDINO, estaríamos no contexto “em que, progressivamente, supera-se a dicotômica distinção entre o direito público e o direito privado, destacando-se a ampla admissão da aplicação direta das normas constitucionais nas relações privadas” (2008, p.23).

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

neoliberais, foram fatores que fomentaram o surgimento, desde o constitucionalismo social, do fenômeno do poder social, também denominado de poder sócio-econômico ou poder privado⁵, exercitado por agentes ou grupos econômicos no âmbito de suas relações jurídicas privadas.

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

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

A constatação de que os poderes privados também constituem ameaças aos direitos fundamentais reflete sobre a própria imagem destes, tornando necessária a reformulação da concepção que lhes atribui natureza de liberdades públicas, de direitos subjetivos de defesa atribuídos aos indivíduos, com a função precípua de protegê-los contra as indevidas ingerências estatais no âmbito de sua esfera privada, garantindo o exercício dos direitos fundamentais à liberdade, propriedade, intimidade, integridade, dentre outros. Exsurge, portanto, no âmbito da teoria dos direitos fundamentais uma nova e importante questão, qual seja, a da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares. A teor do que preleciona SARLET:

Ponto de partida para o reconhecimento de uma eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares é a constatação de que, ao contrário do Estado clássico e liberal de Direito, no qual os direitos fundamentais, na condição de direitos de defesa, exerciam – ou, pelo menos, eram concebidos desse modo – a função precípua de proteger o indivíduo de ingerências por parte dos poderes públicos no âmbito da sua

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

⁶ VALE, 2004, p. 69.

⁷ BOCKENFORDE, 1993.

esfera pessoal (liberdade, privacidade, propriedade, integridade físicas etc.), alcançando, portanto, relevância apenas nas relações entre os indivíduos e o Estado, assim como entre o público e o privado, no assim denominado Estado Social de Direito tal configuração restou superada. (2000a, p. 630).

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

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

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

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

⁸ STEINMETZ, 2004, p. 85.

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

¹⁰ SOMBRA, 2004, p. 43.

¹¹ “*Sem embargo, a própria origem contratualista das teorias sobre os direitos humanos induz a idéia de que, na concepção dos filósofos inspiradores do constitucionalismo, tais direitos também valiam no âmbito das relações privadas. De fato, se os direitos eram naturais e precediam a criação do Estado, é evidente que eles podiam ser invocados nas relações privadas, até porque, num hipotético Estado de Natureza, inexistiria poder público. Sob esta ótica, a criação do Estado através do contrato social não desvirtuava tal situação, pois o que justificava o*

Em sua dimensão subjetiva, os direitos fundamentais determinam o estatuto jurídico dos cidadãos, da mesma forma em suas relações com o Estado e as relações entre si. Tais direitos tendem, portanto, a tutelar a liberdade, a autonomia e a segurança da pessoa não só frente ao poder, mas também frente aos demais membros do corpo social. Concebidos inicialmente como instrumentos de defesa dos cidadãos frente à onipotência do Estado, se considerou que os direitos fundamentais não teriam razão de ser nas relações entre sujeitos do mesmo nível em que se desenvolvem as relações particulares. Este pensamento obedecia a uma concepção puramente formal da igualdade entre os diversos membros da sociedade. Mas é um fato notório que na sociedade neocapitalista essa igualdade formal não supõe uma igualdade material, e que nela o pleno desfrute dos direitos fundamentais se vê, em muitas ocasiões, ameaçado pela existência na esfera privada de centro de poder não menos importantes aqueles que correspondem aos órgãos públicos. (2007, p. 22-23, tradução nossa).

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

2.2 A Constituição e os direitos fundamentais

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

poder estatal era exatamente a necessidade de proteção dos direitos do homem, em face de seus semelhantes. Portanto, nas doutrinas jusnaturalistas, os direitos naturais valem erga omnes, sendo concebidos como direitos de defesa do homem também em face de outros indivíduos e não apenas do Estado.”(SARMENTO, 2008, p. 12).

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

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

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

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

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

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

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

Conforme destaca STEINMETZ, a ausência de preceito constitucional, por si, não pode constituir obstáculo à vinculação dos particulares, em suas relações privadas, aos direitos fundamentais, haja vista que, a impossibilidade de uma fundamentação imediata,

diretamente referenciada e extraída do texto constitucional, não inviabiliza a possibilidade de construção de uma fundamentação mediata, a partir de uma análise das normas e princípios constitucionais.¹⁴

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

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

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

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

Apresentadas as premissas históricas, sociais e teóricas acerca do surgimento e desenvolvimento da temática da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares, cumpre adentrar na análise da eficácia do direito fundamental à igualdade com o intuito de contribuir para os debates existentes, na tentativa de formular e sugerir proposições adequadas e capazes de conciliar a necessidade de promoção da igualdade e o combate às

¹⁴ STEINMETZ, 2004, p.100.

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

práticas discriminatórias e, ao mesmo tempo, assegurar a necessária proteção à autonomia privada e à liberdade contratual,¹⁶ corolários ao livre desenvolvimento da personalidade.

3 Eficácia do Direito Fundamental à igualdade nas relações jurídicas entre particulares

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

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

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

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

¹⁸ Cite-se a Directiva 200/43/CE, de 29 de junho de 2000, que disciplina a aplicação do princípio da igualdade no tratamento das pessoas, independentemente de sua origem racial ou étnica; a Directiva 200/78/CE, de 27 de novembro de 2000, relativa ao estabelecimento de um marco geral para a igualdade de tratamento nas relações de emprego e ocupação; a Directiva 2002/73/CE, de 23 de setembro de 2002, que disciplina a aplicação do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que se refere ao acesso ao emprego, a formação e promoção profissionais e condições de trabalho; e por último, a mais relevante para o presente estudo, a Directiva 2004/113/CE, de 13 de dezembro de 2004, que disciplina a aplicação do princípio da igualdade no tratamento de homens e mulheres no que tange ao acesso de bens, serviços e seu fornecimento.

¹⁹ Dentre as principais legislações que incorporaram os preceitos das directivas comunitárias, cite-se a Lei Geral de Tratamento Igualitário (*Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz – AGG*), que entrou em vigor em 14 de agosto

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

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

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

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

de 2006, em Alemanha; a Lei Orgânica 3/2007, de 22 de março de 2007, em Espanha, e a Lei 18 de 11 de maio 2004, em Portugal.

²⁰ Nesse sentido preleciona MC CRORIE: “É duvidoso que o direito privado, no qual os indivíduos actuam uns com os outros livre e arbitrariamente, seja espaço jurídico para se impor uma moral oficial.” (2005, p. 45).

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

A questão adquire relevância ao se considerar que a discriminação é, antes de jurídico, um fenômeno social, que se manifesta em todo tecido social, não estando restrito às relações jurídicas entre indivíduos e os poderes públicos. Assim, por se caracterizar muito mais como uma prática sistemática e generalizada, pauta de conduta social implícita, decorrente de estereótipos arraigados, o combate à discriminação se faz necessário em todas as espécies de relações jurídicas, em nome da máxima eficácia do direito fundamental à igualdade. Restringir a aplicabilidade do princípio da igualdade às relações jurídicas entre os indivíduos e o poder público comprometeria a efetividade de quaisquer políticas públicas de eliminação ou redução da discriminação. Conforme AGUILERA RULL:

A extensão da proibição de discriminação aos sujeitos de direito privado leva em conta que a discriminação não é de fundo um problema de abuso de poder por parte do Estado. O fenômeno da discriminação não tem tanto a ver com a relação do indivíduo com uma corporação, com a relação entre dois sujeitos diferentes. A discriminação é um fenômeno no qual a sociedade civil joga no papel central. Não é possível erradicar a discriminação limitando-se a garantir umas relações entre o indivíduo e os poderes públicos baseadas no princípio de não discriminação. (2009, p. 19, tradução nossa)

Conforme destaca CERDÁ MARTINEZ-PUJALTE,

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

Ressalte-se, contudo, que de igual modo, a garantia a cada indivíduo de espaços privados de decisão e atuação livres e imunes a aplicabilidade do direito fundamental à

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

igualdade, permitindo-lhes agir de forma autônoma, é corolário da existência de uma sociedade livre e democrática. Obviamente, que a garantia desses espaços privados de livre decisão e atuação aos indivíduos não pode transformá-los em espaços institucionalizados de legitimação à 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.²²

MC CRORIE, ao analisar a questão da eficácia do direito fundamental à igualdade nas relações jurídicas privadas, destaca que nas relações laborais a eficácia do princípio da igualdade é possível, uma vez tratarem-se de relações em que predomina o desequilíbrio entre os sujeitos²³. Contudo, no que concerne às relações jurídicas não laborais, sustenta que os sujeitos “já não deverão estar vinculados a este princípio, sobretudo se se tratar de uma relação contratual que esteja intimamente ligada com a sua esfera privada”²⁴, e cita as relações de emprego doméstico, de locação de bens imóveis, as de natureza associativa, como outros exemplos de relações jurídicas privadas em que a aplicabilidade direta do princípio da igualdade não seria possível. Sustenta a autora que:

Parece-nos que será excessivamente restritivo considerar que poderá haver aí um verdadeiro dever de contratar, pelo que parece fazer sentido considerar que também estas diferenças de tratamento não são ilícitas em si mesmas. Só se qualificarão como tais aquelas que impliquem, além disso, a violação de outros valores constitucionais substantivos. (2005, p. 60).

BILBAO UBILLOS, apesar de ser um dos principais defensores da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares, no que tange a eficácia do direito fundamental à igualdade sustenta que este direito “tem uma eficácia muito limitada do âmbito das relações regidas pelo direito privado, devido a ampla articulação que neste contexto se reconhece ao princípio da autonomia privada, um princípio que conta também com respaldo constitucional”²⁵. Destaca, todavia, que a autonomia e liberdade conferida aos

²² Nesse sentido é que NOVAIS sustenta que mesmo nos casos de discriminação assentadas em motivos de raça, origem, etnia, cor ou sexo, casos típicos de discriminações suspeitas, em que se presume a existência de ato discriminatório ilícito, se a discriminação estiver fundamentada em justificativas legítimas, razoáveis e proporcionais, a presunção de ilicitude será elidida. (2004)

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

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

²⁵ 2007, p. 392. Em igual sentido SUAY RINCON, 1991, p.853. Ainda de acordo com BILBAO UBILLOS: “a imensa maioria dos autores nega a eficácia frente a terceiros do princípio da igualdade” (1997, p. 405). De acordo com LARENZ: “o princípio da igualdade é de escassa importância, já que são admissíveis as

indivíduos para gerir seus próprios interesses e suas relações sem ingerências externas deverá ser exercida sem que haja violação ao outros direitos fundamentais ou à ordem pública.²⁶

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

E conclui:

Existe uma esfera de atuação puramente privada, um reduto de vida autenticamente privado, que fica fora de alcance das normas constitucionais, no qual os indivíduos são livres para discriminar na hora de selecionar as pessoas com as quais vão se relacionar (podem convidar para sua casa ou para uma festa aqueles que creem convenientes, associar-se com quem desejem e negar-se a entrar em determinado estabelecimento, pelos motivos que sejam), de regular essas relações (determinando o conteúdo dos contratos, dos estatutos sociais ou das disposições testamentárias) e de comportarem-se, em geral, de uma maneira que está vedada ao Estado. (2007, p. 394).²⁷

Em linhas gerais, teóricos e tribunais europeus têm afastado a aplicabilidade direta do direito à igualdade no âmbito das relações jurídicas entre particulares, salvo no que tange às relações jurídicas de natureza trabalhista, nos casos em que o fornecimento de bens e serviços ocorre em regime de monopólio; quando há uma emissão pública e geral da vontade de contratar para o fornecimento de bens e serviços; ou quando a atividade privada for, de alguma forma estimulada ou subsidiada pelo poder público, tal como ocorre nos casos das

desigualdades que o desfavorecido consente, salvo quando se trate de situações extremas em que há que considerar o consentimento como contrário aos bons costumes.” (1993, p. 138).

²⁶ Nesse sentido tem sido as manifestações do Tribunal Constitucional Espanhol o qual destacou que *“no âmbito das relações privadas os direitos fundamentais e, entre eles, o princípio da igualdade, não de ser aplicados ponderadamente, pois não de se fazer compatíveis com outros valores ou parâmetros que têm sua origem última no princípio da autonomia da vontade, e que se manifestam através dos direitos e deveres que nascem da relação contratual”* (ESPANHA, 1988, STC 177). Em igual sentido (CARRASCO PERERA, 1991, p.10) (BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, 1990, p.424);

²⁷ Conforme saliente PRIETO SANCHIS *“é evidente, por exemplo, que os particulares podem adotar decisões ou subscrever contratos atendendo a critérios discriminatórios vedados ao poder público. Porém isso não sucede porque a igualdade seja irrelevante nas relações privadas, senão porque deve-se conjugá-la com a liberdade ideológica e pessoal dos demais indivíduos.”* (1994, p. 214-215).

empresas prestadoras de serviços sob o regime de concessão, permissão ou autorização pelo poder públicos, haja vista que nesta hipótese a aplicabilidade decorrerá de um efeito indireto da vinculação dos poderes públicos ao princípio da igualdade.²⁸

Fora estas hipóteses, teóricos e tribunais também se manifestado, em regra, no sentido que de discriminações ocorridas no âmbito de relações jurídicas entre particulares fundadas critérios de raça, cor, origem, etnia ou sexo, são presumidamente odiosas e suspeitas, sendo, portanto, inadmissíveis por contrariarem outros valores constitucionais. Essas hipóteses de discriminação somente seriam admitidas quando comprovada a existência de razões ou motivos justificáveis para o tratamento diferenciado, como ocorre, por exemplo, nos casos dos contratos de seguro de vida, saúde ou de veículos, em que o sexo, a idade ou a raça podem constituir elementos majoram ou minorar os riscos securitários segundo dados estatísticos.^{29 30}

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

O que se sucede é que o risco de tratamento vexatório ao qual temos aludido se atualiza especialmente em relação à negativa a contratar discriminatória (em particular por razão de sexo ou raça), pela especial conexão que o direito à igualdade tem com a dignidade humana, porém isso não significa que uma negativa de contratar seja ilícita por ser

²⁸ ALFARO AGUILA REAL, 1993, p. 120.

²⁹ Basta lembrarmos que no Brasil, a esperança de vida das mulheres é superior a dos homens, o risco de acidentes automobilísticos envolvendo condutoras mulheres é menor do que aqueles envolvendo condutores homens, a maior idade do segurado lhe coloca em situação de maior probabilidade de demandar assistência médico-hospitalar. Todos esses são fatores que são considerados na celebração do contrato. Isto porque, destaca AGUILERA RULL: *“es decisivo para el asegurador garantizar que las primas que paga el asegurado estén en relación con la probabilidad de que se produzca el daño frente al que se está asegurando.”*(2009, p.10) (GARCIA RUBIO, 2006, p. 12) (FERNANDEZ TORRES, 2007, p.475).

³⁰ Por isso, não podemos concordar com STEINMETZ quando parece sustentar que sempre quando a discriminação se basear em critérios de dor, idade, religião, raça, origem, sexo se estará violando a dignidade da pessoa humana. Segundo o autor: *“os particulares estão proibidos de, entre si, praticar tratamento discriminatório com base em preconceitos de cor, idade, religião, raça, origem sexo e de quaisquer outros preconceitos contrários à dignidade da pessoa e incompatíveis com a construção de uma sociedade livre, justa e solidária ou com as demais matrizes e os objetivos fundamentais da CF.”* (2004, p. 260).

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

discriminatória. A negativa é ilícita porque atenta contra a dignidade de outro particular, de maneira que discriminações (na seleção de co-contratante) que não sejam vexatórias são perfeitamente lícitas. (1993, p. 113-114).

Há que se destacar, ainda, dada a relevância, que no ordenamento jurídico brasileiro a própria legislação civil, assegurando a liberdade e autonomia privada, tutela o tratamento discriminatório no âmbito de relações jurídicas privadas quando, por exemplo, possibilita que o doador ou testador, conforme preceitos legais contidos nos artigos 549 e 1789 ambos do Código Civil, disponha livremente da metade de seus bens ou da herança. Assim, no que tange a parte disponível poderá o doador ou testador optar por doá-la ou destiná-la de forma diferenciada entre seus filhos ou, inclusive, doá-la ou destiná-la a apenas um de seus filhos sem que os demais possam nulificá-la sob alegação de violação ao princípio da igualdade.³²

Nesse sentido, a título de exemplificação, o testador não está obrigado a dividir em parte iguais os bens que compõem a fração disponível, o comerciante a dar igual desconto no preço de uma mercadoria para amigos e não amigos, o esportista a conceder entrevista a todas as empresas de comunicação, o jornal a publicar na coluna de opinião todos os artigos que recebe, o professor a manifestar simpatia ou amizade por todos os alunos, o médico cirurgião a cobrar igual preço de todos quando igual for o procedimento, o locador a conceder iguais descontos ou carências para todos os seus locatários. (STEINMETZ, 2004, p. 262).

Tecidas as considerações gerais acerca da eficácia do direito fundamental à igualdade nas relações jurídicas entre particulares, especialmente no que concerne a sua relação com os direitos fundamentais à liberdade, autonomia privada e ao livre desenvolvimento da personalidade, imperioso proceder à análise de relevante questão envolvendo a aplicabilidade do direito fundamental à igualdade nas relações jurídicas entre particulares, qual seja, se é possível e, em caso positivo, em que medida, os particulares, no âmbito de suas relações jurídicas privadas podem, no exercício de sua liberdade contratual, se negar a vender bens ou a prestar serviços ofertados ao público. Ou seja, seria possível que um particular proprietário de estabelecimento aberto ao público escolha quem admitirá em seu estabelecimento e adote como critério de eleição o sexo, raça, etnia ou outra característica da pessoa?

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

3 Liberdade de contratação e proibição de discriminação e nos ordenamentos jurídicos europeus.

Uma das questões que mais tem despertado o interesse de estudiosos no âmbito do ordenamento jurídico europeu é a atinente ao conflito entre a liberdade de contratação e a proibição de discriminação no âmbito das relações jurídicas privadas. A questão adquiriu tamanha relevância que, ao longo destes últimos anos, foram elaborados, pela Comunidade Européia, diversas normativas destinadas a disciplinar e regulamentar a aplicabilidade do princípio da igualdade no âmbito das relações jurídicas privadas, com o objetivo precípuo de combater as práticas discriminatórias ilícitas.³³

Os instrumentos normativos editados pela Comunidade Européia 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 racial, datada de 21 de dezembro de 1965³⁴, e a Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher, editada em 18 de dezembro de 1979, as quais foram ratificadas por inúmeros Estados.

Além dos instrumentos normativos comunitários destinados à promoção da igualdade e combate às práticas discriminatórias, constata-se a sua gradativa incorporação aos diversos ordenamentos jurídicos europeus, como ocorreu em Alemanha, com a edição da Lei Geral de Tratamento Igualitário, em vigor desde 14 de agosto de 2006, em Portugal, com a Lei n.º 18 de 11 de maio 2004, Lei Geral de Tratamento Igualitário, e, 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 internos normas jurídicas destinadas a regulamentar e disciplinar a aplicação do princípio da igualdade no âmbito das relações jurídicas de natureza trabalhista,

³³ Assim, a título de exemplo, merecem destaque a Directiva 2000/43/CE, de 29 de junho de 2000, que disciplina a aplicação do princípio da igualdade no tratamento das pessoas, independentemente de sua origem racial ou étnica; a Directiva 2000/78/CE, de 27 de novembro de 2000, relativa ao estabelecimento de um marco geral para a igualdade de tratamento nas relações de emprego e ocupação; a Directiva 2002/73/CE, de 23 de setembro de 2002, que disciplina a aplicação do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que se refere ao acesso ao emprego, a formação e promoção profissionais e condições de trabalho; e, a mais relevante para o presente estudo, a Directiva 2004/113/CE, de 13 de dezembro de 2004, que disciplina a aplicação do princípio da igualdade no tratamento de homens e mulheres no que tange ao acesso de bens, serviços e seu fornecimento.

³⁴ 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.

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.³⁵

O presente artigo, a despeito da amplitude das normativas comunitárias e legislações citadas, limitar-se-á a analisar e estudar a relevante questão da aplicabilidade do princípio da igualdade e a consequente proibição de discriminação no âmbito das relações jurídicas privadas, especificamente, no que concerne a possibilidade de que estabelecimentos abertos ao público se recusem a contratar e não admitam o ingresso em suas dependências de determinadas pessoas em razão de seu sexo, raça, etnia, dentre outros, a partir da análise das Directivas 2004/113/CE e 2000/78/CE, bem como das legislações existentes em Alemanha, Portugal e Espanha.³⁶

Nesse diapasão, diante dos objetivos propostos pelo presente trabalho, a partir de um estudo do direito comparado, cumpre questionar, podem os proprietários de estabelecimentos comerciais, tais como restaurantes, bares, hotéis, boates, cinemas, e demais estabelecimentos abertos ao público se negarem a admitir em suas dependências pessoas em razão de sua raça, etnia, sexo, religião, opção sexual, opiniões ou convicções? Como conciliar, nestes casos, o direito de liberdade de contratação, inclusive no que tange a possibilidade de recusa em contratar, com a proteção do direito a igualdade e com o combate às práticas discriminatórias? Essa é a relevante questão que se passa a analisar.

3.1 Liberdade de contratação e proibição de discriminação nos estabelecimentos abertos ao público.

Uma das questões mais controvertidas que as Diretivas 2000/78/CE e 2004/113/CE normatizam é a referente à proibição de discriminação quando há a oferta pública de bens ou serviços por um particular. Isto porque, segundo preceitos contidos nas Diretivas 2000/78/CE

³⁵ 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)

³⁶ Segundo destaca AGUILERA RULL, a partir de uma análise da exposição de motivos que justificaram a edição da Diretiva 2004/113/CE, o conceito de bens e serviços disponíveis para o público abrange “o acesso a locais em que se permite a entrada do público”, “todos os tipos de moradia, incluídas a de aluguel e alojamento em hotéis”, “serviços bancários, de seguros e outros serviços financeiros” “transporte” e “os serviços de qualquer profissão ou ofício ofertados ao público”.³⁶

e 2004/113/CE³⁷, 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 com base em seu sexo, raça ou etnia. Assim, o fornecedor de bens ou o prestador de serviços que ofertem bens ou serviços ao público, não poderiam, 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)³⁸

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.*”³⁹ Em disposição normativa parecida, em Portugal, a Lei 18 de 2004, no artigo 3.2, considera discriminatórias e, portanto, proibidas, as práticas de “*recusa de fornecimento ou impedimento de fruição de bens ou serviços*” bem como de “*recusa de acesso a locais públicos ou abertos ao público*”, em razão 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.*”⁴⁰

³⁷ “(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 transacções efectuadas neste contexto.”

³⁸ Acerca de dificuldade em delimitar o que representa a dimensão privada e público 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.

³⁹ Segue o texto original em inglês: “The purpose of this Act is to prevent or to stop discrimination on the grounds of race or ethnic origin, gender, religion or belief, disability, age or sexual orientation. (1) For the purposes of this Act, any discrimination within the meaning of Section 1 shall be inadmissible in relation to: 8. access to and supply of goods and services which are available to the public, including housing.”

⁴⁰ Segue o texto original e espanhol: “Acceso, oferta y suministro de bienes y servicios a disposición del público,

Não se pode olvidar que as Diretivas 2000/78/CE e 2004/113/CE reconhecem o direito de liberdade contratual e a autonomia privada ao preceituarem que, “*qualquer pessoa goza de liberdade contratual, nomeadamente da liberdade de escolher o outro contraente para uma transação*”⁴¹. Contudo, quando se tratar de fornecimento de bens ou prestação de serviços ofertados ao público, o exercício da liberdade contratual e da autonomia privada restam limitados, haja vista que, a recusa em contratar com determinada pessoa, por exemplo, ao não se admitir 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.⁴² É o que prevê o artigo 4º, da Diretiva 2004/113/CE, segundo a qual:

Artigo 4º

5. 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.⁴³

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

incluida la vivienda.”

⁴¹ Nos termos do item (14) “*Qualquer pessoa goza de liberdade contratual, nomeadamente da liberdade de escolher o outro contraente para uma transação. 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.*”

⁴² 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 passar el test de constitucionalidade.*” (2003, p. 202-203).

⁴³ Em igual sentido preceitua o artigo 3º da Lei Portuguesa 18/2004, que “*Não se considera discriminação o comportamento baseado num dos factores indicados nas alíneas anteriores, sempre que, em virtude da natureza das actividades em causa ou do contexto da sua execução, esse factor constitua um requisito justificável e determinante para o seu exercício, devendo o objectivo ser legítimo e o requisito proporcional.*” Em Espanha, o artigo 4.2, do anteprojecto prevê que: “*No se considera discriminación la diferencia de trato basada en alguna de las causas previstas en el apartado primero del artículo dos de esta Ley derivada de una disposición, acto, criterio o práctica que pueda justificarse objetivamente por una finalidad legítima y como medio adecuado, necesario y proporcionado para alcanzarla.*”

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 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.

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.⁴⁴ 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,⁴⁵ pensamento que também é compartilhado por VIEIRA DE ANDRADE, que aponta a necessidade de se proibir apenas as discriminações que afetem de forma intolerável a dignidade humana.⁴⁶ 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, por quanto a abertura de um estabelecimento ao público implica em uma renúncia expressa a selecionar a clientela sob bases individuais, ainda quando caiba afirmar que haja a obrigação de contratar pelo mero fato da abertura. O que torna

⁴⁴ 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).

⁴⁵ “*Lo que sucede es que el riesgo de tratamiento 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)

⁴⁶ 1998, p. 295.

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).

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 previa 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 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 referem 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 a coletividade de forma geral, abstrata e indistinta, de modo

que não haverá como se aduzir que determinada pessoa foi discriminada. Essa lógica, contudo, não pode ser utilizada para permitir que o estabelecimento preveja que não se admitirá pessoas de determinada raça ou etnia, pois, nesta situação, a despeito da discriminação não possuir um destinatário específico, se concretiza em desfavor de toda uma categoria de pessoas, violando a dignidade humana de seus integrantes. É nesse sentido, por exemplo, que é recomendável que academias, saunas, clubes recreativos, salões de beleza e outros estabelecimentos que ofertem serviços destinados exclusivamente a público de determinado sexo prevejam essa limitação de forma prévia.

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.⁴⁷ 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*”⁴⁸. Assim, importante que eventuais limitações impostas pelo estabelecimento como condições para admissão, desde que não fundadas em raça ou etnia, critérios naturalmente odiosos, sejam previa e publicamente estabelecidas, de forma que os potenciais contratantes delas tomem ciência e, desejando contratar, passem a observá-las. Para BILBAO UBILLOS:

Não há que se olvidar que quem explora este tipo de estabelecimento (cafeterias, restaurantes, hotéis e etc) dirigem sua oferta ao público em geral, manifestam a sua vontade de contratar, em princípio, com qualquer que aceite seus preços e condições de venda. Ainda que não exista propriamente uma obrigação de contratar, a abertura do local implica, ao menos, na renúncia de selecionar com critérios individuais a sua clientela. Outra coisa são as condições que se podem impor com caráter geral e que

⁴⁷ 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.

⁴⁸ “*lo decisivo será ahora el círculo de destinatários al que el oferente dirige su declaración de voluntad. Se dirigirse a un círculo indeterminado de personas deberá garantizarles a todas ellas el acceso en igualdad de condiciones, sin poder excluir a ciertas personas por su origen racial o sexo*” (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 una intención empresarial o no.*” (2009, p.117)

tem um fundamento objetivo e razoável, como a advertência formulada em cartazes colocados na entrada. (2006, p.165, tradução nossa)

Há que se destacar que a doutrina europeia também tem se inclinado no sentido de inadmitir e considerar ilegítima a recusar em contratar quando o bens ou serviço ofertado 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.*”⁴⁹

A aplicabilidade do princípio da igualdade e consequente proibição de discriminação em razão de raça, etnia ou sexo no que concerne aos particulares que ofertem bens ou serviços ao público, 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 e ou familiar.⁵⁰ Reconhece-se que em relações jurídicas em que há o predomínio de questões atinentes à vida privada ou à esfera familiar é indispensável se resguardar a possibilidade de que os particulares escolham livremente os contratantes que melhor atendam aos seus interesses, tal como ocorre, por exemplo, nas relações jurídicas de natureza associativa ou naquelas referentes à locação de bens imóveis.⁵¹⁵²

⁴⁹ 2006, 156-157

⁵⁰ Segundo destaca AGUILERA RULL “*Sólo se el trato discriminatório tiene lugar em el ámbito de la vida privada y familiar, estará éste permitido*” (2009, p. 16)

⁵¹ Aqui se refere àquelas relações jurídicas em que um particular aluga seu imóvel, sem que tal ato represente constituía sua atividade empresarial; aqueles casos em que o particular aluga seu próprio imóvel ou parte de seus cômodos a terceiros em uma espécie de pensionato, bem como naquelas em que o imóvel se destina a abrigar público de determinado sexo, tal como ocorre nas repúblicas estudantis.

⁵² 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.*

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.*”⁵³ Essa necessidade de proteção da vida privada e da intimidade individual é reconhecida pelo artigo 3.1, da Diretiva 2004/113/CE que, de forma expressa, afasta a aplicabilidade do princípio da igualdade das relações jurídicas que estejam relacionadas à vida privada e familiar dos particulares. Nos termos do referido dispositivo legal:

Artigo 3º

1. Dento dos limites das competências da comunidade, a presente directiva é aplicável a todas as pessoas que forneçam bens e prestem serviços disponíveis ao público, independentemente da pessoa em causa, tanto no sector público como no privado, nomeadamente organismos públicos, e que sejam oferecidos fora do quadro da vida privada e familiar e das transacções efectuadas nesse contexto.⁵⁴

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 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

(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.*”

⁵³ 2009, p.120

⁵⁴ De acordo com a exposição de motivos da Diretiva 2004/113/CE, esta reconhece que “*ao mesmo tempo que se proíbe a discriminação, é importante respeitar outros direitos e liberdades fundamentais, designadamente a protecção da vida privada e familiar e das transacções efectuadas neste contexto, bem como salvaguardar a liberdade de religião.*”

se associar, das quais somente cristãos ou judeus podem participar, nas quais se exija que a pessoa possua os mesmos interesses dos demais associados.⁵⁵

4 – Considerações Finais

Conforme se pôde inferir, a partir de uma detida análise e estudo das normas jurídicas do direito comparado, a questão da eficácia do princípio da igualdade nas relações jurídicas entre particulares é extremamente tormentosa, uma vez que, se por um lado a promoção da igualdade entre os indivíduos e o combate às práticas discriminatórias é essencial à formação de uma sociedade justa e livre de discriminações, por outro, a proteção e garantia da liberdade contratual e da autonomia privada também se mostra indispensável a existência de uma sociedade livre e democrática.

Atentos à necessidade de conciliar a promoção da igualdade e o combate às práticas discriminatórias ocorridas nas relações jurídicas privadas, com a proteção da liberdade contratual e autonomia privada, a Comunidade Européia e os Estados Europeus vem editando importantes normatizações destinadas a disciplinar essa relevante problemática, as quais foram objetos de estudo, com o objetivo de se verificar em que medidas elas podem contribuir para o desenvolvimento da legislação e doutrina brasileiras sobre o tema que, até o presente momento são praticamente inexistentes.

No que concerne ao tema central, qual seja, a aplicabilidade do princípio da igualdade aos estabelecimentos abertos ao público e a proibição de discriminação, verificou-se que, seguindo os preceitos normativos contidos na Diretiva 2004/113/CE e nas legislações de promoção da igualdade e combate à discriminação alemã, espanhola e portuguesa, a recusa em contratar, mediante a não admissão de ingresso no estabelecimento, somente poderá se basear nos critérios de sexo, raça, etnia, religião, opção sexual, quando os objetivos forem legítimos, razoáveis, necessários e adequados.

De igual modo, inferiu-se que se de um lado a recusa em contratar baseada no sexo, religião ou orientação sexual podem ser consideradas legítimas, desde que devidamente fundamentadas, por outro, a recusa em contratar baseada na raça ou na etnia dificilmente

⁵⁵ 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.

estará ampara pela liberdade de contratar ou pela autonomia privada, haja vista que, nestes casos, a não admissão da pessoa no estabelecimento aberto ao público, além de dificilmente estar alicerçada em uma justificativa, motivo ou objetivo legítimo, importará em inquestionável tratamento vexatório e degradante, violador da dignidade da pessoa discriminada, o que é inadmissível.

Ademais, verificou-se que nas relações jurídicas realizadas no contexto da esfera privada ou esfera familiar, bem como naquelas atinentes ao exercício da liberdade associativa a análise da questão merece outros contornos e explicitações. Isto porque reconhece-se que nessas espécies de relações jurídicas, por haver o predomínio de questões atinentes à vida privada ou à esfera familiar, é indispensável resguardar a possibilidade de que os particulares escolham livremente os contratantes que melhor atendam aos seus interesses, não sendo possível aduzir a aplicabilidade do princípio da igualdade.

Constatou-se não ser possível sustentar de forma acrítica e uniforme a aplicabilidade do princípio da igualdade em todas as relações jurídicas privadas, haja vista que a aplicabilidade está condicionada às peculiaridades e especificidades do caso concreto, nem mesmo ser possível sustentar que toda discriminação é ilícita, uma vez que será ilícita a discriminação que não se basear em motivo razoável e legítimo, que atentar contra outros direitos fundamentais, especialmente à dignidade da pessoa humana, contra a ordem pública, ou nos casos em que o exercício da liberdade e da autonomia privada caracterizar abuso de direito.

Sustentar ser o princípio da igualdade aplicável a todas as relações jurídicas privadas, obrigando os particulares a sempre apresentarem uma justificativa racional e objetiva para o tratamento diferenciado, implicaria em restrição indevida e não razoável à liberdade e à autonomia privada, limitando sobremaneira o espaço privado de livre determinação e desenvolvimento da personalidade. Assim como quaisquer outros direitos fundamentais, os exercícios da liberdade e da autonomia privada não são absolutos, uma vez que deverão ser exercidos em conformidade com os demais direitos fundamentais, razão pela qual a análise das especificidades e peculiaridades do caso concreto sempre se mostrarão indispensáveis.

Referência

ABRANTES. João José Nunes. **A vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais**. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1990.

AGUILERA RULL, Ariadna. 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.

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

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

BILBAO UBILLOS, Juan Maria. La eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales em el ordenamiento español. In: MONTEIRO, António Pinto; NEUNER, Jorg; SARLET, Ingo Wolfgang. (Orgs.). **Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado**. Coimbra: Almedina, 2007, p.145-163.

BILBAO UBILLOS, Juan Maria. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2ª ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 301-340.

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

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

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

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

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p.190-215.

CARRASCO PERERA, ÁNGEL. El principio de no discriminación por razón de sexo. **Revista Jurídica de Castilla-La Mancha**, 1990, 9-38.

CERDÁ MARTINEZ-PUJALTE, Carmen. El problema de la discriminación en el ámbito privado: una aproximación a las legislaciones recientes en Alemania y España. Universidad Externado de Colombia. **Revista de Derecho Privado**, n.º 16, 2009, p. 103-146.

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

FACHIN, Luiz Edson. Direitos Fundamentais, Dignidade da Pessoa Humana e o Novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003b. p. 87-104.

FERNÁNDEZ TORRES, Isabel. La igualdad de trato de mujeres y hombres en la contratación mercanti. In.: MONTOYA MELGAR, Alfredo; SÁNCHEZ – URÁN AZAÑA, Yolanda (coord.), **Igualdad de mujeres y hombres. Comentario a la Ley Órgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres**. Thomson Civitas, 2007.

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.

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

LOUREIRO, Carlos Gabriel da Silva. Liberdade contratual e discriminação em função do sexo: a Lei n.º 14/2008. **Revista de Estudos Politécnicos**, 2001, v. VIII, n.º 13, p. 241-255.

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

NARANJO DE LA CRUZ, Rafael. **Los limites de los Derechos Fundamentales an las Relaciones entre Particulares: la buena fe**. Madrid: Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, 2301p.

NOVAIS, Jorge Reis. Os direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares. In: SARMENTO, Daniel Antônio de Moraes. (Org.). **A Constitucionalização do Direito**. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2007.

PEREZ LUÑO, Antônio Enrique. **Los derechos fundamentales**. 9ª ed. Madrid: Tecnos, 2007, 234 p.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. 359p.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria geral do direito civil**. 3ª ed. actual. Coimbra: Coimbra Editora, 1999. 661p.

PINTO, Paulo Mota. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade. **Separata Portugal-Brasil Ano 2000**, Coimbra, 1999.

PINTO, Paulo Mota. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado português. In: MONTEIRO, António Pinto; et al (Orgs.). **Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado**. Coimbra: Almedina, 2007, p.145-163.

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

REY MARTINEZ, Fernando. La proibición de discriminación racial o étnica en la unión europea y em España: el caso de la minoria gitana. **Revista de Derecho Político**, 2003, p. 63-105.

REY MARTINEZ, Fernando. Igualdad entre mujeres y hombres em la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español. **Revista Derecho del Estado**, 2010, n.º 25, p. 5-40.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Constituição concretizada: construindo pontes entre o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000a.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, 8ª edição, revista, atualizada e ampliada. 8ª. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2007a. 503 p.

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

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

SILVA, José Cesa Ferreira da. A proteção contra a discriminação no direito contratual brasileiro. In: MONTEIRO, António Pinto; et al (Orgs.). **Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado**. Coimbra: Almedina, 2007, p.389-416.

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

SOMBRA, Thiago Luís Santos. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas: a identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2004. 214 p.

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

TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e relações privadas na experiência das cortes brasileiras. **Revista Themis**, Curitiba, Centro Acadêmico Hugo Simas, p. 21-29, 2008.

VALE, André Rufino do. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.