

**XXVII CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI PORTO ALEGRE – RS**

DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL I

FERNANDO GUSTAVO KNOERR

RIVA SOBRADO DE FREITAS

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente **Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente **Sudeste** - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente **Nordeste** - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente **Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch UFSM – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho Unifor – Ceará

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta Fumec – Minas Gerais

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro UNOESC – Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito civil constitucional I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: Fernando Gustavo Knoerr; Riva Sobrado de Freitas. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-696-3

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

Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34



XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL I

Apresentação

Realizou-se em Porto Alegre - RS, entre os dias 14 a 16 de novembro de 2018, o XXVII Congresso Nacional do Conpedi, com o tema Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito.

Com a participação ativa de professores, pesquisadores, mestrandos e doutorandos de todo o país, o evento revela o amadurecimento acadêmico e a aproximação da teoria à realidade social, assim, contribuiu significativa e democraticamente para a exposição de ideias, para o desenvolvimento de debates acadêmicos e para a apresentação dos resultados das pesquisas realizadas atualmente pelos Programas de Pós-Graduação em Direito do Brasil.

Os artigos científicos apresentados especificamente ao Grupo de Trabalho de Direito Civil Constitucional I durante o XXVII Congresso Nacional do Conpedi, ultrapassam o comprometimento dos pesquisadores brasileiros com o desenvolvimento do pensamento jurídico estratégico nas empresas, atinge, sobretudo, o fortalecimento dos estudos voltados para a constante constitucionalização do direito civil e suas relações de natureza privada.

Nesse sentido, em uma perspectiva disciplinar, interdisciplinar e pluridisciplinar, própria dos tempos atuais, foram apresentados e/ou debatidos no âmbito do GT de Direito Civil Constitucional I, temas absolutamente relevantes para o desenvolvimento do Direito no Brasil, tais como: Indenização nas relações de família; A compatibilidade constitucional da eutanásia com o ordenamento jurídico do Brasil por meio do neoconstitucionalismo; A dicotomia entre direito público e privado sob a perspectiva da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares; A função social dos contratos e sua expressão a partir do princípio da solidariedade: um exemplo de constitucionalização do direito civil brasileiro; A multipropriedade imobiliária e a rediscussão do princípio *numerus clausus*; Análise de coesão do conceito da função social do contrato na doutrina; Análise dos limites ao duplo grau de jurisdição: Possibilidade legal ou infração constitucional? Da união poliafetiva e suas implicações no mundo contemporâneo; Estatuto da pessoa com deficiência, direitos fundamentais e os conflitos diante da realidade empírica: breves apontamentos sob a ótica do direito e da psiquiatria; Função e limites da igualdade no direito privado; O conceito de pessoa com deficiência e a proposta de um diálogo de cortes: análise da sua significação no sistema interamericano de direitos humanos e na jurisprudência dos tribunais superiores;

O direito civil constitucional: novo paradigma do direito privado no ordenamento jurídico brasileiro; O emprego da legitimação fundiária sobre as áreas de titularidade privada: um exame acerca da proporcionalidade do artigo 23 da lei 13.465/17; Propedêutica da verdade no direito processual constitucional brasileiro; Transparência nas relações médico-paciente: a informação à luz dos direitos da personalidade; Usucapião extrajudicial: Introdução do instituto no ordenamento pátrio e os problemas decorrentes de falhas legislativas à luz de direitos fundamentais.

Diante da atualidade e relevância dos temas abordados, a preocupação acadêmica expressada nos trabalhos, bem como pertinência temática com a realidade, espera-se que a publicação dos artigos apresentados durante o evento possa contribuir ainda mais para o desenvolvimento do ensino e da pesquisa do Direito Civil Constitucional no país, mas também para o fortalecimento ainda maior da base de dados disponível para o trabalho acadêmico de professores, alunos e pesquisadores do Direito.

Prof. Dr. Riva Sobrado de Freitas – UNOESC

Prof. Dr. Fernando Gustavo Knoerr – UNICURITIBA

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

FUNÇÃO E LIMITES DA IGUALDADE NO DIREITO PRIVADO
FUNCTION AND LIMITS OF EQUALITY IN PRIVATE LAW

Rosana De Souza Kim Jobim

Resumo

O presente trabalho analisa, em um primeiro momento, a evolução histórica do princípio da igualdade, partindo de um base teórica comum que permita passar ao segundo ponto, qual seja: a verificação da função e dos limites que a igualdade estabelece nas relações privadas. O estudo valeu-se da pesquisa bibliográfica e jurisprudencial como metodologia.

Palavras-chave: Princípio da igualdade, Novo direito privado, Função e limites da igualdade, Discriminações lícitas, Discriminações ilícitas

Abstract/Resumen/Résumé

The present work analyzes, in a first moment, the historical evolution of the principle of equality, starting from a common theoretical base that allows to move to the second point, which is: the verification of the function and the limits that equality establishes in private relations. The study was based on bibliográfica research and jurisprudencial as methodology.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Principle of equality, New private law, Function and limits of equality, Legal discrimination, Illegal discrimination

1 INTRODUÇÃO

O princípio da igualdade, festejado e homenageado nas civilizações contemporâneas, recebe proteção nos ordenamentos jurídicos democráticos. O delineamento do seu atual conteúdo é resultado histórico: caminha e evolui junto com o caminhar e evolução da humanidade.

Nos limites dessa pesquisa, buscar-se-á apresentar brevemente a evolução histórica para identificar a igualdade no novo direito privado, seus limites, algumas considerações sobre as distinções entre a aplicação do princípio no direito privado e no direito público e, com o estudo de casos, apontar as situações da vida em que se impõe a discriminação lícita e quando ocorre a discriminação ilícita, confirmando ou negando o conteúdo do princípio.

2 A IGUALDADE E O DIREITO PRIVADO

Facilmente constata-se a necessidade de aplicação e respeito igualitário entre os cidadãos perante o Estado, todavia, o direito de ver efetivamente protegido o direito à igualdade nas relações privadas nem sempre fica tão evidente, haja vista a natureza jurídica do direito privado e os princípios norteadores deste campo.

Com este foco é preciso analisar as transformações ocorridas com o direito privado com o fenômeno da constitucionalização deste direito para extrair uma conclusão atual, o que passaremos a enfrentar.

2.1 Histórico da noção jurídica da igualdade

Para melhor compreender o novo direito privado no Brasil, necessário realizar uma breve digressão histórica, pois, como bem leciona Couto e Silva (SILVA, 1997):

“Para conhecer a situação atual de um sistema jurídico, ainda que em suas grandes linhas, é necessário ter uma idéia de seu desenvolvimento histórico, das suas influências que lhe marcaram as soluções no curso dos tempos.”.

Na formação do direito moderno, nota-se forte separação entre direito público (um direito voltado para a organização do Estado e das relações decorrentes) e direito privado (voltado à autonomia das pessoas nos seus eixos de relações privadas).

Os romanos sistematizaram um *ius privatum* e *ius publicum*, classificação em face dos interesses regulados em face de cada um destes direitos, considerando sempre o público como imperativo e cogente e o privado de natureza dispositiva. Todavia, necessário destacar

que as referidas expressões não diziam respeito a uma divisão sistemática e estrita do direito, mas sim, pontos-chave, nos quais de um lado estava o direito do Estado (*publicus de populus*) e de outro o direito do Indivíduo e de sua família (*privatus de privus*) (KASER, 2001).

As três grandes contribuições do direito romano, trazidas para nossa visão moderna de direito privado, são: a) a noção de direito privado como sendo um direito diferente do direito público ou subespécie do direito geral; b) a visão do direito como um sistema, cujas bases são as regras positivadas, as manifestações da jurisprudência e da autoridade da doutrina, foram sistema racional de fontes; e c) a estatização do direito privado, uma vez que se percebe a possibilidade da fonte estatal harmonizar as relações privadas.

O direito privado é

“ramo original e central de direito”, ramo nobre e fundante “dos estudos científicos” do direito (...), pois nascemos no seio da família, próximos de profissionais, empreendedores e consumidores que são nossos pais e parentes, longes e protegidos (o mais possível) do Estado, pela própria política, pela ordem democrática do Estado e da sociedade, que só mais tarde notaremos nem sempre de forma positiva”. (MARQUES; MIRAGEM, 2014)

Reforçando, assim, a compreensão de liberdade natural e individual antecedente ao poder organizado do Estado, através de suas leis, instituições de direito público.

O direito privado moderno era permeado pelos ideais revolucionários do séc. XVIII, quais sejam: liberdade, igualdade e fraternidade, indicando a ideia de que todas as pessoas são iguais em direitos e deveres, e, portanto, submetidos a um mesmo direito, em termos quantitativos.

A consequência de se pensar em um direito único para todos residia, justamente, na impossibilidade de se cogitar na aplicação do direito de forma desigual aos desiguais, tanto na esfera legislativa quanto judiciária, ou seja, tanto na sua origem, quanto no seu “remédio jurídico”.

O sujeito era tomado como racional e livre e, por conseguinte, capaz de se autorregurar. Excepcionava apenas o incapaz de fato que era reconhecido como incapaz para conduzir sua própria vida, a depender do grau de comprometimento das suas condições pessoais.

Rejeitava, portanto, qualquer identificação de vulnerabilidade, de proteção a indivíduos ou grupos de pessoas em condição de fraqueza.

No Brasil, o direito privado do séc. XIX, juntamente ao Código Comercial tinham como pilar a conquista da liberdade do indivíduo na sociedade. (MARQUES; MIRAGEM, 2014)

Posteriormente, com a utilização dos direitos fundamentais como fonte norteadora do Direito Privado, percebeu-se a necessidade de uma renovação dogmática. O Direito Privado, a partir da constitucionalização do Direito, passa a ter função social a ser cumprida, tendo como axioma diretivo a dignidade da pessoa humana.

Neste contexto, importante referir importante crise advinda do pós-Segunda Guerra Mundial, na qual a liberdade exacerbada inerente ao indivíduo causou imensuráveis atrocidades contra os seres humanos, o seu resultado, todavia, influenciou os ordenamentos jurídicos de forma direta e indireta, onde falar em legalidade não era mais suficiente para sustentar a saúde dos ordenamentos, pautados agora pela dignidade da pessoa humana.

Passa-se a pensar e considerar um “neoconstitucionalismo” na qual: há a prevalência dos princípios às regras; da ponderação à subsunção; do Poder Judiciário aos Poderes Legislativo e Executivo e da Constituição em substituição à lei.

No Brasil, com a ressystematização dos valores da Constituição Federal de 1988, voltam-se os olhares para o coletivo e menos para o individualismo, para um direito privado justo e solidário, com a consagração na Constituição do princípio da dignidade da pessoa humana e, por conseguinte, a igualdade de direitos entre todos os homens que integram a sociedade e, posteriormente, entendimento este que influenciou fortemente o Código Civil de 2002.

Desta forma, parte da doutrina entende que o Direito Privado não pode deixar de enfrentar e combater as eventuais fragilidades de certos grupos da sociedade, conjugando, assim, a função individual que tradicionalmente é reconhecida pelo Direito Privado e sua nova função social, que emerge da nova ordem constitucional de 1988.

Proclamados os fundamentos do Estado Democrático de Direito, percebe-se um novo projeto de sociedade, as constituições inscrevem em seus textos os princípios do Direito Privado, de modo que a autonomia privada observa não apenas a proteção do indivíduo, mas, também, da própria dignidade humana.

Necessário, diante das transformações de pensamento trazidas com o neconstitucionalismo, com a inserção da função social do e no direito privado, faz-se necessário reanalisar as estruturas deste direito, agora pautado pela elevação dos princípios da liberdade, igualdade e fraternidade.

Diante da inserção, decorrente do “neoconstitucionalismo”, de axiomas voltados para uma função social do direito privado, percebe-se que não se pode mais falar em uma separação absoluta de direito público e privado, havendo a proteção do indivíduo em si e de forma contextualizada (na comunidade) como uma missão também do direito público.

Surge, então, a necessidade de uma ampliação da intervenção estatal nas relações privadas, ocorrendo uma mudança de paradigma, surgindo de forma legitimada para o Estado Social.

O Código Civil é central, mas não total, surgindo, então, a necessidade da fragmentação do direito privado brasileiro em microcódigos, com a criação de microssistemas (e.g. Código de Defesa do Consumidor; Legislação trabalhista, etc.). Todo o sistema busca o equilíbrio das relações em que há desigualdade de condições entre as partes. Essa a lógica de qualquer sistema. (MARQUES; MIRAGEM, 2014)

As três diretrizes do Novo Código Civil são: eticidade, depreendido das cláusulas gerais; a socialidade, ultrapassando o caráter individualista até então existente; e a operabilidade, facilitando sua aplicação. (REALE, *apud* MARQUES; MIRAGEM, 2014)

O Código, em que pesem os avanços no sentido de ser mais social e dotado de cláusulas gerais que viabilizam a concretização de um direito privado mais solidário, funcional e protetivo que o anterior, é criticado pela doutrina como deficiente na proteção dos mais fracos.

Desta forma, a identificação da diferença, ao lado da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, é decisiva para definição do novo direito privado (pós-moderno).

Podemos ainda listar algumas tendências do novo direito privado apresentados na doutrina na proteção dos vulneráveis, na proteção dos desiguais, quais sejam MARQUES; MIRAGEM, 2014):

- i. uma nova igualdade, em face do pluralismo de sujeitos de direitos, de fontes, de vínculos e de métodos de proteção, identificando os grupos em que há uma unidade diferencial coletiva sem a sua supressão;
- ii. uma qualificação da vulnerabilidade em hipervulnerabilidade, ao identificar-se pessoas que são dotadas de mais um fator de vulnerabilidade, tais quais os idosos e consumidores, definição está já incorporada por nossa jurisprudência;
- iii. uma nova liberdade, prevendo a autonomia do mais fraco e a inclusão dos diferentes, tendo como norte a liberdade do outro, a liberdade do mais fraco, compensando fraquezas não apenas através da valorização da informação do direito, mas também pela inclusão do mais fraco na sociedade de forma que tenha um acesso mais igualitário aos bens, serviços e benesses da sociedade atual;
- iv. a construção de uma nova fraternidade na qual o direito privado representa uma garantia de direitos e um limite ao poder, ou seja, instrumento de proteção do indivíduo que evolui para um paradigma coletivo.

Diálogo das fontes e cooperação das normas de direito público para a realização de um direito privado solidário. Ou seja, reconhecer os limites possíveis do direito privado constitucionalizado, com a edição de leis que utilizam instrumentos do direito público.

2.2 A igualdade no novo direito privado

As pessoas são diferentes em sua personalidade, características físicas e econômica; pensar em igualdade, portanto, é pensar em uma ficção jurídica baseada em um axioma, axioma este supervalorizado pelo direito pós-moderno.

Alfred Marshall, economista inglês que desenvolveu estudou o direito do trabalho e igualdade já dizia, que:

“O problema”, disse ele, não é se, em última análise, todos os homens serão iguais, certamente que não o serão, mas se o progresso não pode prosseguir firmemente, mesmo que vagarosamente, até que, devido à ocupação ao menos, todo homem será um cavalheiro. Afirmo que pode e que isto acontecerá”. (MARSHALL, 1967)

Deve-se refletir, então, por que pensar em igualdade? Ela existe como elemento caro ao direito privado somente agora, quando da configuração de um novo direito privado? Seria fundamento do sistema ou fim?

Os questionamentos de forma alguma têm o condão de exaurir as nuances do conceito de igualdade, mas buscam tão somente auxiliar na análise das situações jurídicas em que há discriminação lícita e, com mais propriedade, nas situações em que há discriminação ilícita.

Cumprir ressaltar que igualdade não se confunde com isonomia, assim como igualdade não se limita a uma comparação quantitativa, pois somos seres humanos marcados também por nossas diferenças e liberdades.

A igualdade é uma determinação jurídica, de conceituação relacional (uma vez que implica comparação), cuja aplicação requer um indispensável esforço de interpretação, uma vez que visa à concretização da justiça.

É prevista em nosso ordenamento jurídico como um princípio jurídico fundamental, presente no art. 5º da Constituição Federal, bem como uma regra que, e.g., nos artigos 145, § 1º, e 150, II, ambos da CF vedando o tratamento desigual entre contribuintes, a proibição de diferença de salários, de exercício e funções¹.

As relações jurídicas podem ser representadas pela figura de uma gangorra na qual as partes envolvidas, via de regra, são diferentes, seja pelo peso, altura, força. A igualdade,

¹ Para melhor compreensão sobre o princípio da igualdade tributária ver a obra de Humberto Ávila, *in* Teoria da Igualdade Tributária. São Paulo. 2ª ed. Malheiros.

portanto, vem com uma ficção jurídica, englobar esta relação e permitir que as partes possam “brincar”, se relacionar. Imaginem, p.ex., uma criança e um adulto, nesta relação caso não houvesse essa ficção, a criança jamais tocaria seus pés no chão e a relação restaria frustrada.

A análise da igualdade nas relações jurídicas é uma comparação complexa entre vários termos que se exerce pelo intermédio de um julgamento subjetivo, afirmação da qual extrai as seguintes conclusões (BERTIAU, 1999):

- I. o reconhecimento da igualdade, por ser essencialmente subjetivo, nos leva a reconhecer seu caráter evolutivo, pois o que é certo em um momento pode não parecer em um outro, motivo pelo qual permite uma perpétua evolução;
- II. não se deve tentar objetivar o seu conceito, assim como com o conceito de justiça, sob pena de gerar um erro;
- III. a igualdade não pode ser vista como um ponto estático e preexistente, pois aquilo que é igual para um poderá não ser igual para outro; e
- IV. a igualdade deve vincular contratantes bem como o equilíbrio das prestações que ele denomina de equidade.

Desta forma, a igualdade no direito privado se preocupa com as áreas em que possamos encontrar desigualdades, de forma, inclusive a classificar grupos de pessoas como vulneráveis.

A igualdade insere-se no ordenamento jurídico para equilibrar a autonomia privada, considerada “pedra angular” do Direito Privado por muitos anos, no qual as liberdades do homem foram exercidas de forma extrema, e que retratava um sujeito abstrato, o qual depositava a sua vontade no centro do ordenamento jurídico, estando, portanto, em consonância com o sistema capitalista e com o Direito Privado moderno que não se importava com o homem concreto.

Temos, assim, a dignidade da pessoa humana, a horizontalização de direitos fundamentais e, por conseguinte a igualdade e a solidariedade, dentre outros, como ferramenta de leitura e interpretação do Direito Privado como um todo de forma concreta.

Ainda que a igualdade formal e matéria seja um dos objetivos precípuos do direito privado, não se pode entender que ela não existia em momentos pretéritos.

A igualdade exerce múltiplas funções e usos no âmbito do direito privado. Sempre lembrando que a autonomia da vontade segue e deve seguir prestigiada, uma vez que as relações particulares são geridas por motivações variadas e livres, é que a eficácia do princípio da igualdade no direito privado deve ser “matizada (modulada) pela ponderação – estruturada no princípio da proporcionalidade – entre o princípio da igualdade e o princípio da

autonomia privada. Portanto, não necessariamente e sempre deve prevalecer, sem mais, o princípio da igualdade.” (STEINMETZ, 2011)

Por meio dessa incipiente pesquisa do tema, é possível ver duas funções do princípio da igualdade, incidindo tanto como fundamento, quanto como fim.

A Constituição fornece uma diretriz de uma igualdade, da qual se extraem conteúdos específicos, tais como proteção às mulheres, idosos, crianças, grávidas, trabalhadores, sendo, portanto fundamento do sistema, orientador do legislador e do governo para criação de leis e políticas públicas que reconheçam a desigualdade de forma a protegê-la.

Todavia, ao pensar na concretização desta norma jurídica através do judiciário, na função de dizer o direito, o fim a alcançar será sempre a proteção dos indivíduos. Vai atuar sobre as partes, da relação de direito material, como uma norma que deverá ser observada por eles. E também irá atuar sobre o juiz, como norma que deveria ter sido respeitada pelas partes, mas também um paradigma hermenêutico.

Portanto, estando prevista a igualdade em nossa Carta Magna, passa a ser fundamento do direito privado e demais normas, inclusive públicas, todavia quando analisadas do ponto de vista do trabalho realizados pelos juízes ao dizer o direito ou pelas partes no âmbito privado, esta deve ser um fim.

3. LIMITES DA IGUALDADE NO DIREITO PRIVADO.

Diante de todo o aparato valorativo, representado pelos novos princípios do direito contratual (pós Constituição Federal de 1988 e Código Civil de 2002), quais sejam: boa-fé objetiva, equilíbrio econômico e função social, juntamente aos princípios clássicos, a saber, liberdade contratual, obrigatoriedade dos pactos e relatividade dos efeitos contratuais, a pedra angular do direito privado que é a autonomia privada (liberdade contratual) passa a ser limitada pelo princípio da igualdade, seja como fundamento da Constituição e, portanto, dos demais ramos do ordenamento jurídico ou como fim para o direito privado e para a atuação jurisdicional.

O artigo 5º caput, que prescreve a igualdade como direito fundamental, juntamente ao art. 3º, IV - objetivos da República “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”, valida o instituto da igualdade como fundamento do ordenamento jurídico e, por conseguinte do ordenamento privado.

A reflexão, portanto, deve focar em discriminações autorizadas e desautorizadas, mesmo porque inexiste igualdade absoluta entre os homens.

Note-se que, nesta seara, é necessário ter cautela, uma vez que a ninguém é dado

revelar os motivos de suas escolhas prevalecendo critérios subjetivos, fazendo da possibilidade de discriminar o “reverso da autonomia privada”.

Certos de que a discriminação poderá ser tanto lícita quanto ilícita, necessário a análise de alguns casos emblemáticos, já discutidos por nossos Tribunais Superiores. Decisões corrigindo discriminações ilícitas ocorridas nos fatos da vida, são mais comuns que outras em que as discriminações são confirmadas por entenderem os Tribunais que as discriminações foram lícitas. Elegeu-se, com base na relevância e repercussão dos julgados, alguns casos para exemplificar uma e outra situação.

3.1 Discriminações Ilícitas.

O caso trazido à baila diz respeito ao reconhecimento da união estável homoafetiva nos Tribunais Superiores teve um avanço significativo nos últimos anos. O mais importante caso foi julgado na ADI 4277, mas faço inicialmente referência aos casos precedentes de destaque sobre a igualdade de direito entre os companheiros de união estável homoafetiva e os companheiros de união estável heteroafetiva.

O Superior Tribunal de Justiça imprimiu importante interpretação sobre o princípio da igualdade ao julgar o Recurso Especial n. 1026981/RJ, em que dependente pediu pagamento de pensão decorrente do óbito do companheiro, beneficiário de plano de previdência privada. A negativa de pagamento se deu por invocação de “falta de amparo legal” uma vez que a legislação não contemplava – e ainda não o faz – a possibilidade de casamento ou reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo. Reconheceu-se, então, o direito do cônjuge homoafetivo sobrevivente a receber pensão.

No julgamento, foram **objeto de ponderação direta** os contornos jurídicos da união estável, a diversidade sexual, a igualdade jurídica, o emprego da analogia e o conceito de entidade familiar e **objeto de ponderação indireta** a fraternidade e a solidariedade e a vedação do enriquecimento sem causa da ré se deixasse de pagar a pensão.

A relatora, Min. Nancy Andrighi, fundamentou seu voto entendendo que a discriminação não pode ser justificada pelo argumento de “falta de amparo legal”, devendo prevalecer os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, sob pena de ofensa aos arts. 535 do CPC e 4º e 5º da LICC.

Em que pese estar a união estável despida de normatividade, ao Poder Judiciário cabe à sua tutela de forma que cabe ao Estado a proteção do humano afastando condutas preconceituosas, discriminatórias e estigmatizadas, forte nos princípios da dignidade da pessoa humana, igualdade, da liberdade, da autodeterminação, da intimidade, da não

discriminação, da solidariedade e da busca da felicidade. No caso, restou demonstrada a convivência entre duas pessoas do mesmo sexo, pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituição de família, merecendo, portanto, os efeitos dela advindos.

A relatora invocou a legislação estrangeira reconhecendo uniões entre pessoas do mesmo sexo (Dinamarca, Holanda, Noruega, Suécia, Finlândia, Islândia, França, Bélgica, Espanha, Alemanha, Croácia, Grã-Bretanha, Suíça e Portugal), a indicação do Supremo Tribunal Federal já no julgamento da ADI 3.300, em 2006, oportunidade em que o Min. Celso de Mello já afirmara ser *“relevantíssima a tese pertinente ao reconhecimento, como entidade familiar, das uniões estáveis homoafetivas”* (essa ADI não adentrou ao mérito por questões de ordem formal) e a outros julgados do próprio Superior Tribunal de Justiça reconhecendo a possibilidade de inscrição de parceiro de união homoafetiva em plano de assistência médica (Resp 238.715/RS) e permitindo a ação declaratória de união homoafetiva (Resp 820.475/RJ).

O julgamento também teve seu mais forte lastro o precedente do Recurso Especial 395.904/RS. Naquele recurso o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a mesma coisa, só que contra a Previdência Social. E, como bem acentuou a relatora, o caráter social da previdência é reconhecido ainda que seja uma previdência privada.

Relevante anotar que esse recurso foi manejado em ação civil pública interposta pelo Ministério Público Federal em Porto Alegre e que resultou, por força de decisão liminar do juiz de primeiro grau, na edição de Instrução Normativa n. 25/2000 a partir da qual o INSS admite, administrativamente, a possibilidade de concessão de benefício em razão da morte do segurado, bem como auxílio-reclusão aos companheiros em uniões homoafetivas.

A decisão ora analisada ocorreu em fevereiro de 2010. Em maio de 2011 foi a vez do Supremo Tribunal Federal de mostrar acelerado progresso no entendimento jurisprudencial ao julgar a ADI 4.277/DF de relatoria do Min. Ayres Britto, manifestando entendimento unânime, com divergência apenas de fundamentação.

A beleza dos debates ocorridos no curso desse julgamento reside em múltiplos aspectos, da profundidade do exame, da fixação das regras de interpretação constitucional, da invocação de valores como constitucionalismo fraternal, da invocação do pluralismo como valor sócio-político-cultural, da liberdade e autonomia das vontades dos indivíduos, dignidade e da igualdade.

Esse caso começou como uma arguição de descumprimento de preceito fundamental proposta pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro por entender que ocorria interpretação reducionista aos direitos de homoafetivos por decisões judiciais que não respeitam as decisões administrativas que equiparavam as uniões homoafetivas às uniões

estáveis. Com pedido subsidiário, para a hipótese de não cabimento da arguição, o que acabou ocorrendo em julgamento conjunto com outra ação direta, o Governador requereu o recebimento como ação direta de inconstitucionalidade para imprimir interpretação conforme a Constituição a dispositivos do Estatuto dos Servidores Públicos do Estado do Rio de Janeiro e ao artigo 1723 do Código Civil, tudo de forma a que resulte o mesmo tratamento jurídico à união estável homoafetiva que a dispensada à união estável heteroafetiva.

Em razão da complexidade da causa, o relator admitiu ao processo 14 *amici curiae*, pluralizando o debate constitucional. Na conclusão de seu profundo voto foi taxativo para dizer:

(...) dou ao art. 1.723 do Código Civil interpretação conforme à Constituição para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como “entidade familiar”, entendida esta como sinônimo perfeito de “família”. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.”

A expressiva maioria das vozes trazidas ao debate e julgamento dessa causa invocou o princípio da igualdade. Reconhecendo que a discriminação leva ao ódio, o Relator advertiu poeticamente para a necessidade de superar a *“reação conservadora aos que, nos insondáveis domínios do afeto, soltam por inteiro as amarras desse navio chamado coração.”*

Ainda no voto do Relator destaque para a proteção constitucional do indivíduo independente da orientação sexual e da liberdade de se conduzir de acordo com essa orientação:

“Um tipo de liberdade que é, em si e por si, um autêntico bem de personalidade. Um dado elementar da criatura humana em sua intrínseca dignidade de universo à parte. Algo já transposto ou catapultado para a inviolável esfera da autonomia de vontade do indivíduo, na medida em que sentido e praticado como elemento da compostura anímica e psicofísica (...) do ser humano em busca de sua plenitude existencial. Que termina sendo uma busca de si mesmo, na luminosa trilha do “Torna-te que és”, tão bem teoricamente explorada por Friedrich Nietzsche. Uma busca da irrepetível identidade individual que, transposta para o plano da aventura humana como um todo, levou Hegel a sentenciar que a evolução do espírito do tempo se define como um caminhar na direção do aperfeiçoamento de si mesmo (...). Afinal, a sexualidade, no se notório transitar do prazer puramente físico para os colmos olímpicos da extasia amorosa, se põe como um plus ou superávit de vida. Não enquanto um minus ou déficit existencial. Corresponde a um ganho, um bônus, um relato da natureza, e não a uma subtração, um ônus, um peso ou estorvo, menos ainda a uma reprimenda dos deuses em estado de fúria ou de alucinada retaliação perante o gênero humano.” (no original está negrito)

Destacou também o Relator que das digressões e fundamentações decorre o:

“óbvio reconhecimento de que todos são iguais em razão da espécie humana de que fazem parte e das tendências ou preferências sexuais que lhes ditar, com exclusividade, a própria natureza, qualificada pela nossa Constituição como autonomia da vontade. Iguais para suportar deveres, ônus e obrigações de caráter

público-positivo, igual para titularizar direitos, bônus e interesses também juridicamente positivados.” (com negritos no original)

O Ministro Luiz Fux ressoou a percepção da comunidade jurídica ao reconhecer que *“Esta Corte pode, aqui e agora, firmar posição histórica e tornar público e cogente que o Estado não será indiferente à discriminação em virtude da orientação sexual de cada um; ao revés, será o primeiro e maior opositor do preconceito aos homossexuais em qualquer de suas formas.”* E, também poeticamente, assentou que toda família deve ser reconhecida como família, respondendo ao que constituiu uma família com as seguintes palavras:

*“O que faz uma família é, sobretudo, o amor – não a mera afeição entre os indivíduos, mas o verdadeiro **amor familiar**, que estabelece relações de afeto, assistência e suporte recíprocos entre os integrantes do grupo. O que faz uma família é a **comunhão**, a existência de um projeto coletivo, permanente e duradouro de vida em comum. O que faz uma família é a **identidade**, a certeza de seus integrantes quanto à existência de um vínculo inquebrantável que os une e que os identifica uns perante os outros e cada um deles perante a sociedade.”*

Luiz Fux trouxe aditamento ao voto, quando consignou acerca do princípio da igualdade, citando Ronald Dworkin:

*“O Governo deve tratar todos aqueles que se sujeitam ao seu domínio como detentores de igual status, mora e político; deve tentar, de boa-fé, tratá-los com igual consideração e deve respeitar quaisquer liberdades individuais, indispensáveis a esses fins, incluindo, mas não limitado a elas, as liberdades mais especificadamente designadas na Emenda Constitucional americana (...).
(...)
Verifica-se, portanto, que, sob o prisma da igualdade, o reconhecimento da sociedade homoafetiva é um consectário dos ditames constitucionais; é um respeito que se tem de ter pelas cláusulas pétreas constitucionais.”*

O Ministro Joaquim Barbosa também adicionou brilho ao julgamento invocando o pensador israelense Aaron Barak para lembrar que *“as Cortes Supremas e Constitucionais devem fazer a ponte entre o mundo do Direito e a Sociedade”* e a doutrina do professor Daniel Sarmiento para quem o não-reconhecimento da união homoafetiva *“encerra também um significado muito claro: ele simboliza a posição do Estado de que a afetividade dos homossexuais não tem valor e não merece respeito social”*, violando o princípio da dignidade da pessoa humana.

Destaca-se, para terminar o relato breve dessa bela mudança de paradigma jurisprudencial (em decisão de mais de duzentas páginas), com as palavras consignadas pelo Ministro Celso de Mello:

“Parece-me irrecusável, desse modo, considerado o objetivo fundamental da República de “promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” 9CF, ar. 3º, IV), que o reconhecimento do direito à busca da felicidade, enquanto idéia-força que emana, diretamente, do postulado constitucional da dignidade da pessoa humana, autoriza, presente o contexto em exame, o rompimento dos obstáculos que impedem a pretendida qualificação da união civil homossexual como entidade familiar.”

Em outro relevante caso envolvendo a imposição para que instituições financeiras adotassem o método Braille nos contratos bancários de adesão celebrados com pessoas portadoras de deficiência visual, o Superior Tribunal de Justiça julgou o recurso especial 1315822/ RJ de relatoria do Min. Marco Aurélio Bellizze. Nessa situação as discussões não precisaram ser tão múltiplas como no caso da ação em que se discutiu os contornos jurídicos da união estável homoafetiva, mas foi uma boa e bem aproveitada oportunidade para o Superior Tribunal de Justiça aplicar o princípio da igualdade.

O julgamento teve por **objeto de ponderação direta** o direito do consumidor, a indivisibilidade do direito tutelado a não discriminação, o tratamento igualitário (diferenciado na proporção de sua desigualdade) e como **objeto de ponderação indireta** a dignidade da pessoa humana.

As razões recursais buscavam a negativa da necessidade de observância do diploma legal (Lei 4.169/62) que tornou obrigatório no território nacional o uso do método oficial de escrita e leitura do cego, por parte do Banco do Brasil.

Todavia, em bom alinhamento com a melhor doutrina, a decisão foi no sentido de que há dever legal de utilização do método Braille nas relações contratuais bancárias estabelecidas com consumidores portadores de deficiência visual, recai sobre a existência de normatividade constitucional e legal, pois o princípio da dignidade humana, norteador do Estado Democrático de Direito é suficiente ao estabelecimento da conduta. Entendimento diverso impediria o exercício de direitos básicos do consumidor.

Restou sintetizado na ementa que:

“ainda que não houvesse, como de fato há, um sistema legal protetivo específico das pessoas portadoras de deficiência (Leis ns. 4.169/62, 10.048/2000, 10.098/2000 e Decreto n. 6.949/2009), a obrigatoriedade da utilização do método braille nas contratações bancárias estabelecidas com pessoas com deficiência visual encontra lastro, para além da legislação consumerista in totum aplicável à espécie, no próprio princípio da Dignidade da Pessoa Humana.”

Referido Decreto promulgou a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência que já havia sido assinado em Nova York em 2007 e que buscou assegurar a igualdade, garantindo o exercício pleno e equitativo dos direitos pelas pessoas portadoras de deficiência.

O julgamento, constatando a

“relutância da instituição financeira demandada em utilizar o método Braille nos contratos bancários de adesão estabelecidos com pessoas portadoras de deficiência visual, conferindo-se-lhes tratamento manifestamente discriminatório, tem o condão de acirrar sobremaneira as inerentes dificuldades de acesso à comunicação e à informações essenciais dos indivíduos nessa peculiar condição, cuja prática, para além de consubstanciar significativa abusividade contratual, encerrar verdadeira

afronta à dignidade do próprio grupo, coletivamente considerado”, também fixou indenização e multa diária por eventual descumprimento.

Nesse caso quarto caso, julgado já há duas décadas, um cidadão brasileiro trabalhou por trinta e quatro anos para a Air France, aqui no Brasil. Em reclamação trabalhista, requereu aplicação do princípio da igualdade para que se lhe aplicassem as regras remuneratórias estabelecidas no Estatuto de Pessoal da empresa francesa. A recusa dos tribunais inferiores apoiou-se na circunstância do reclamante não ser cidadão francês, além do Tribunal Superior do Trabalho também ter levantado um óbice formal para conhecimento do recurso, alegando que a matéria envolvia exame de provas.

Em sede de recurso extraordinário, o RE 161.243, de relatoria do Ministro Carlos Velloso, a decisão foi modificada, primeiro por reconhecer de pronto que a questão era puramente jurídica (e não matéria de prova), qual seja, aquilatar se houve ou não ofensa ao princípio isonômico; segundo, porque superada essa questão, era possível adentrar o mérito, conforme entendimento da maioria; e, terceiro, porque concluíram os julgadores que de fato o princípio da igualdade não tinha sido obedecido.

Foi **objeto de ponderação direta**, portanto, o princípio da igualdade, que impede a discriminação ilícita e **objeto de ponderação indireta**, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Razões recursais relativas à isonomia ponderaram especialmente que não há como se privilegiar determinado empregado em razão de sua nacionalidade, sem qualquer diversificação objetiva, quer seja de produtividade, quer de local de prestação de serviço ou outra.

Reiterou-se que a prática da igualdade está em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, tal como ensinava Aristóteles. A discriminação, portanto, não deve ser gratuita ou fortuita, merecendo uma adequação racional entre o tratamento diferenciado construído e a razão diferencial. *In casu*, constatou-se que o estatuto do empregador conferia vantagens aos empregados de nacionalidade francesa e não aos brasileiros, sem nenhum outro critério balizador, ou seja, mesmo que no desempenho das mesmas funções com igual presteza o salário seria diferenciado, não havendo conexão lógica ou racional, portanto.

Ao questionamento não explicitado no acórdão, mas que poderia ter sido invocado pela reclamada, acerca da existência de outras regras nacionais que pudessem tornar o contrato com os brasileiros no Brasil mais onerosos que os realizados na França, o Supremo Tribunal, no voto do Ministro Maurício Corrêa, respondeu que

“(…) o tom da nossa Constituição é de igualdade de tratamento, não podendo haver desigualdade entre iguais, razão pela qual quem aqui se instala há que obedecer ao nosso ordenamento legal, máxime no que diz respeito aos ditames ordenados pela Constituição Federal. Tanto mais que essa discriminação que foi feita não se coaduna com a razoabilidade, e muito menos não se coaduna com o ordenamento constitucional brasileiro.”

3.2 Discriminações lícitas

Examina-se, no primeiro caso, aqui o caso que versa sobre a recepção de norma infraconstitucional prevista no art. 384 da CLT² que prevê a concessão de intervalo de 15 minutos para mulheres entre jornada normal e jornada extraordinária de trabalho.

Por relatoria do Ministro Dias Toffoli, o Supremo Tribunal Federal reconheceu repercussão geral no Recurso Extraordinário 658.312 cujos debates e julgamento foi então alçado ao Plenário. Destaca-se a seguir os objetos de ponderação, o resultado do julgamento, tudo com a finalidade de indicar, como nos casos anteriores, os caminhos trilhados pelos Tribunais Superiores. Todavia, a decisão ainda não transitou em julgado e certamente sofrerá modificação ao menos quanto aos fundamentos, pois foram interpostos embargos de declaração com efeitos infringentes cujo julgamento ainda não foi finalizado. Após o voto do Relator, Ministro Dias Tóffoli, em 14/09/2016, negando provimento ao recurso extraordinário, houve pedido de vista pelo Ministro Gilmar Mendes e seu voto ainda não foi apresentado para finalização do julgamento.

Foram analisadas questões de discriminação lícita, com a averiguação de correlação lógica entre situação de discriminação e tratamento desigual. Contemplando um tratamento constitucional diferenciado.

Em razões recursais, sustentou-se que a Constituição de 1988 iguala homens e mulheres, logo o art. 384 da CLT não teria sido recepcionado e que a manutenção da diferenciação poderia estimular a discriminação no trabalho entre iguais e que a recomposição da fadiga é igual para homens e mulheres.

Em sede de julgamento, destacou-se que as diferenças entre a capacidade física das mulheres com relação aos homens são de constatação científica, estando presente no ordenamento jurídico laboral outros artigos que compartilham desse entendimento, tal qual o que prevê impedimento de contratar mulheres em empregos que demande emprego de força muscular superior a 20kg ou 25kg a depender da frequência. Refere-se, por outro lado,

² A denominada Reforma Trabalhista introduzida pela Lei 13.467/17 exclui o disposto no art. 384 da CLT, entretanto, não se pode olvidar deste importante julgado para a análise da igualdade.

inexistir dados sociológicos ou estatísticos a amparar a tese de que o dispositivo em questão dificultaria ainda mais a inserção da mulher no mercado de trabalho. Restou consignado que o *discrímen* na espécie não viola a universalidade dos direitos do homem, na medida em que o legislador vislumbrou a necessidade de maior proteção a um grupo de trabalhadores de forma justificada e proporcional.

A conclusão da decisão foi no sentido de estabelecer a “fixação das teses jurídicas de que o art. 384 da CLT foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988 e de que a norma se aplica a todas as mulheres trabalhadoras.”

Todavia, o julgamento não foi unânime. As divergências, ressalte-se, não ocorreram por entendimento de não ser a mulher merecedora de proteção, mas porque dar diferente proteção significaria, nessa linha de raciocínio, discriminar indevidamente a mulher, resultando em consequências desastrosas para esse gênero. Explicitou o voto de marco Aurélio que a discriminação vedada pela Constituição de que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” só admite as exceções previstas na própria Constituição. E, adverte, que o

“artigo 384 da Consolidação das Leis do Trabalho não é norma de proteção, e, se pudesse apontar um sexo forte, apontaria que é o feminino, mesmo porque, no lar, tenho um matriarcado, a começar pela Sandra [sua esposa] que é juíza e juíza na área criminal!

Não posso (...) concluir que se coaduna com os ares democráticos da Carta de 1988 o que se contém no artigo 384 em exame. Não posso desconhecer que esse artigo gera algo que a Carta afasta, a discriminação, e no mercado de trabalho, no que as mulheres buscam a fonte do próprio sustento e a realização pessoa, profissional.

Por isso, reafirmando que não vejo o artigo como protetor, mas como prejudicial às mulheres, acompanho a divergência, provendo o recurso e assentando a inconstitucionalidade do artigo 384 da Consolidação das leis do Trabalho, já que incompatível, a mais não poder, com a Carta de 1988.”

Todavia, prevaleceu o entendimento do relator, acompanhado, entre outros por Celso de Mello e da Cármen Lúcia, de cujos votos destacado alguns fundamentos.

Para Celso de Mello, que faz uma linha cronológica do movimento feminista, desde a década de 1960 às conclusões da Conferência sobre Direitos Humanos promovida pela ONU em 1993

“(...) a mística feminina, enquanto sinal visível de um processo de radical transformação de nossos costumes, teve a virtude, altamente positiva, consideradas as adversidades enfrentadas pela mulher, de significar uma decisiva resposta contemporânea a gestos de profunda hostilidade, alimentados por uma irracional sucessão de fundamentalismos – tanto os de caráter teleológico quanto os de índole política ou, ainda, os de natureza cultura -, todos eles impregnados da marca da intolerância, que culminaram, em determinada etapa de nosso processo social, por subjugar, injustamente, a mulher, ofendendo-a em sua inalienável dignidade e marginalizando-a como pessoa investida de plenos direitos, em condições de igualdade com qualquer representante de gênero distinto.”

Invoca também em seu voto, apoiado em Canotilho, a cláusula que proíbe o retrocesso em matéria social, para acompanhar integralmente o voto do relator.

A ministra Cármen Lúcia, então recém-chegada de um Encontro de Magistradas de Tribunais Constitucionais, falando na primeira pessoa do plural diz

Trata-se, o segundo caso, de Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.364-SC, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, ajuizada em face de Lei Complementar Estadual que fixa piso salarial para certas categorias. Tem como suporte argumentativo a violação ao art. 5º, caput, art. 7º, inciso V, e art. 114, § 2º, da Constituição.

A ação, ajuizada pela Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo – CNC, foi conhecida pela unanimidade de votos e julgada procedente pela maioria de votos, nos termos do voto do Relator. Segundo a requerente, a lei complementar questionada fixara valores aleatórios sem qualquer vinculação à extensão e complexidade do trabalho, ao criar quatro categorias de piso salarial regional.

Restou consignado pelo Supremo Tribunal Federal ausência de aleatoriedade na fixação das faixas de piso salarial definidas no diploma questionado, não havendo violação ao art. 7, V, da Lei Maior. Muito pelo contrário, o estabelecimento dos vetores de pisos salariais foram designadas por consenso, em nada violando o princípio da igualdade.

A fundamentação foi melhor explicitada ao julgar os embargos de declaração, nos seguintes termos postos na ementa:

“(…) o piso salarial fixado pela legislação estadual, em razão da limitação contida na Lei Complementar Federal nº 103/2000 e conforme ressalva expressa no art. 3º da lei estadual questionada, não incidirá sobre as profissões que tenham convenção ou acordo coletivo de trabalho, preservando-se e ressaltando-se os pisos salariais assim definidos. Por sua vez, em relação aos trabalhadores não abrangidos por nenhuma forma anterior de negociação coletiva, o piso salarial estadual incidirá, passando a ser esse, portanto, o patamar mínimo legalmente assegurado à categoria, e não mais o “salário mínimo nacional”.”

Ademais, o objetivo da fixação de pisos salariais diferenciados tem como objetivo assegurar àquelas classes de trabalhadores menos mobilizadas (*cerca de 400 mil trabalhadores catarinenses de baixa renda, conforme afirmação do Estado de Santa Catarina*) e, portanto, com menor capacidade de organização sindical um patamar mínimo de salário, visando, portanto, a realização do princípio da igualdade material, de forma a reduzir desigualdades sociais. Ocorreu, nessa toada, discriminação lícita.

O terceiro caso analisado versa sobre cláusula contratual que prevê reajuste de mensalidade de plano de saúde em decorrência exclusiva de mudança de faixa etária do segurado. Essa situação foi decidida diversas vezes, tendo o Superior Tribunal de Justiça

reiterado o entendimento da Quarta Turma, ao julgar o recurso especial n. 1.280.211-SP, no sentido de que o encarecimento do plano não se traduz em ato discriminatório, porquanto não decorre de preconceito contra o idoso, e sim do maior custo resultado de mais cuidados e serviços por ele demandados.

Vejamos com mais vagar os fundamentos do julgado, porque eram divergentes as decisões entre as Terceira e Quarta Turmas, levando o relator a levantar questão de ordem para afetar o julgamento desse recurso à Segunda Seção do Tribunal Superior.

De fato, enquanto a Terceira Turma assentava ser abusiva a cláusula contratual prevendo aumento da mensalidade de plano de saúde em decorrência unicamente da mudança de faixa etária, a Quarta Turma afirmava exatamente o contrário, sendo necessário uniformizar a resposta a ser dada em casos similares pela Corte.

Sob a premissa de ser o Código de Defesa do Consumidor e especificamente pela Lei 9.656/98, as normas que regem os contratos de serviços de assistência à saúde, concluiu o relator pela possibilidade de variação das mensalidades, circunstância que, a seu ver, não restou alterada pela Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso).

As normas pretéritas ao Estatuto do Idoso, acima referidas, bem como a Resolução CONSU 6 de 3/1/1998 detalharam as faixas etárias e os critérios de variação das contraprestações pecuniárias possíveis para os planos de saúde, em razão da idade do segurado.

Pacificado na jurisprudência a aplicação imediata sobre todas as relações jurídicas de trato sucessivo, prosseguiu o relator, é de se verificar qual a vedação à discriminação do idoso posta no artigo 15, §3º, que estaria ferido pelo reajuste em razão da idade e que invocado para viabilizar o recurso especial.

Essa vedação, na conclusão do relator que foi acompanhada pela maioria dos julgadores, significa que é vedada “a prática de ato tendente a impedir ou dificultar o seu acesso [do idoso] ao direito de contratar por motivo de idade”.

4 CONCLUSÃO

Pensa-se, por exemplo, que justiça é igualdade – e de fato é, embora não o seja para todos, mas somente para aqueles que são iguais entre si; também se pensa que a desigualdade pode ser justa, e de fato pode, embora não para todos, mas somente para aqueles que são desiguais entre si.

Ainda que restrita a amostragem prática sobre a vedação de discriminação ilícita no nosso ordenamento, é possível concluir que estando o direito à igualdade enraizado em nossa Constituição Federal, deve permear os demais ramos jurídicos, bem como suprir, quando necessário, lacunas legislativas a fim de viabilizar sua concretização.

Os Tribunais Superiores pátrios tem assumido o papel de assegurar a eficácia horizontal aos direitos fundamentais como visto nas diversas situações da vida reguladas pelo direito privado nos casos analisados nesse estudo.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto . “**Neoconstitucionalismo**”: entre a “**Ciência do Direito**” e o “**Direito da Ciência**”. In Revista brasileira de Direito Público, Belo Horizonte, ano 6, n. 23, p. 9-30, out./dez. 2008.

_____. **Teoria da igualdade tributária**. São Paulo. 2ª ed. Malheiros.

BARZOTTO, Luciane Cardoso. **Igualdade e discriminação no ambiente de trabalho**. In. *Trabalho e Igualdade: tipos de discriminação no ambiente de trabalho*. Coord. Luciane Cardoso Barzotto, Porto Alegre. Ed. Livraria do Advogado. Escola Judicial do TRT da 4ª Região. 2012. 367p.

BERTHIAU, Denis. **Le principe d'égalité et le droit civil des contrats**. Paris: LGDJ, 1999

_____. CANARIS, Claus-Wilhelm Canaris. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra. Almedina. fevereiro 2006.

CRORIE, Benetida Ferreira da Silva Mac. **A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais**. Coimbra: Almedina, junho 2005.

KASER, Max. **Direito Privado Romano**. Lisboa. 2ª Edição.2001.

LARENZ, Karl. **Derecho Justo. Fundamentos de Ética Jurídica**. Trad.: Luis Díez-Picazo. Madrid: Editorial Civitas

LOUREIRO, Carlos Gabriel da Silva. **Liberdade Contratual e Discriminação em Função do Sexo: a Lei nº 14/2008**. Revista de Estudos Politécnicos, Barcelos, v. VIII, n. 13, p. 241-255, 2010, disponível em:

[HTTP://www.scielo.gpeari.mctes.pt/scielo.php?script=sci_serial&pid=1645-9911&Ing=en](http://www.scielo.gpeari.mctes.pt/scielo.php?script=sci_serial&pid=1645-9911&Ing=en).

Acesso em 09/04/2016

MARTINS-COSTA, Judith. **Reflexões sobre o Princípio da Função Social dos Contratos**. Revista *GVLaw*. São Paulo, v. 1, nº 1, p. 41-66, maio 2005, p. 45-47

MARQUES, Claudia Lima e MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2014.

MODENESI, Pedro. **Função social dos contratos: questões polêmicas na doutrina e na jurisprudência do STJ** <http://francesconilemos.com.br/artigos/rtdc39.pdf> <acesso em 10/04/2016>

MOTA PINTO, Paulo. **Autonomia Privada e Discriminação: algumas notas**. In: SARLET. Ingo Wolfgang (coord.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 361-404

NEUNER, Jörg. **O princípio da igualdade de tratamento no direito privado alemão**. In: *Direitos fundamentais & justiça*, Porto Alegre, v.2, n.2, p. 78-92, 2008.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **A proibição de discriminação nos contratos no direito brasileiro em face da experiência européia**. In *Direitos fundamentais & Justiça – ano 8, nº 28*, p. 52-81, Jul./Set. 2014 (www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/28_Doutrina_Nacional_01.pdf acesso em 09/04/2016)

RUIZ, Francisco Infante. **La Protección contra la Discriminación mediante el Derecho Privado**. *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*. Barcelona, p. 2-17, abr. 2008. Disponível em: http://www.indret.com/pdf/540_es.pdf <acesso em 06 ago. 2016>

_____. **Discriminación Directa e Indirecta**. *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*. Barcelona, p. 2-17, abr. 2008. Disponível em: <file:///C:/Users/User/Downloads/124341-172324-1-PB.pdf> Acesso em: 05 ago. 2016.

_____. **Prohibición de Discriminación y Libertad de Contratación**. *In Dret. Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, p. 2-30, fev. 2009. Disponível em: <http://www.indret.com/pdf/618_es.pdf>. Acesso em: 05 ago. 2016.

REALE, Miguel. **Visão geral do novo Código Civil**. *Revista de Direito privado*. vol. 9. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 5. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 382-383.

SILVA, Clóvis do Couto e. **O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

MONTEIRO, António Pinto; NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Uma Perspectiva de Direito Comparado. Coimbra: Almedina, 2007, p. 389-416.

STEINMETZ, Wilson. **A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. **As Relações de Consumo e a Nova Teoria Contratual**. In: *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 199-215.

TIMM, Luciano Benetti. **O novo direito civil: ensaios sobre o mercado, a reprivatização do direito civil e a privatização do direito público**. Porto Alegre Editor: Livraria do Advogado 2008.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Trad. Botelho Hespanha. Lisboa: F. Gulbenkian, 1980.