

DISCRIMINAÇÃO DE GÊNERO NOS CONTRATOS DE SEGUROS: UMA REALIDADE BRASILEIRA

GENDER DISCRIMINATION IN INSURANCE CONTRACTS: A BRAZILIAN REALITY

Vinícius Gabriel Silvério¹

Resumo

Este trabalho tem como objetivo principal o estudo dos efeitos da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações entre sujeitos privados, redirecionando ao contexto histórico e axiológico desses efeitos, suas principais características teóricas e dimensões práticas. Necessário traçar um diálogo entre todo o desdobramento do chamado *Drittwirkung*, que reflete hoje nas questões inerentes à igualdade de gênero nos contratos celebrados entre particulares em evidente tensão sobre os princípios da liberdade e da igualdade. Após o fenômeno da constitucionalização do Direito Privado, o tema teve uma crescente relevância no direito comunitário europeu, ensejando um desdobramento também no direito brasileiro em comparação com os demais países. Assim, diante da ausência de uma legislação nacional específica acerca do da problemática, bem como a omissão de boa parte da doutrina sobre o assunto, e considerando o crescimento de casos que abordam essa questão, o presente estudo pretende trazer um caminho simples sobre a discriminação de gênero no mercado de seguros no Brasil.

Palavras-chave: Direitos fundamentais; Igualdade de gênero; Contrato de seguros.

Abstract

This work has as main objective the study of the effects of the horizontal effectiveness of the fundamental rights in the relations between private subjects, redirecting to the historical and axiological context of these effects, its main theoretical characteristics and practical dimensions. It is necessary to draw a dialogue between the whole development of the so-called *Drittwirkung*, which today reflects the issues inherent in gender equality in contracts concluded between individuals in obvious tension on the principles of liberty and equality. After the phenomenon of the constitutionalization of private law, the theme was increasingly important in European Community law, resulting in an unfolding in Brazilian law in comparison with other countries. Thus, in view of the absence of specific national legislation on the problem, as well as the omission of much of the doctrine on the subject, and considering the growth of cases that address this issue, the present study intends to bring a simple path on discrimination insurance market in Brazil.

1 Mestrando no programa de Direitos Fundamentais e Democracia no Centro Universitário do Brasil – UniBrasil. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela UniCuritiba. Advogado. Email: vgs_adv@hotmail.com.

Key-words: Fundamental rights; Gender equality; Insurance contract.

INTRODUÇÃO

As constantes transformações sociais refletem uma demanda por novos anseios jurídicos que abranjam uma forma igualitária de tratamento entre os indivíduos incorporados pelo ordenamento em questão. A necessidade de uma proteção de longo alcance que demande a aplicação da lei a todos os indivíduos de forma justa e igual não é mais um sonho distante.

Vivemos um período onde já restam superados os objetivos da burguesia dominante do século XVIII durante o período pós Revolução Francesa, devido ao fenômeno das constitucionalizações dos Estados nacionais e uma nova perspectiva jurídica.

A (re)concentração do poder aos Estados emanou o surgimento de direitos sociais fundamentais, que primeiramente, vinculavam as ações estatais em prol dos particulares, até então protegidos de eventuais ameaças.

Com o tempo, a vulnerabilidade dos direitos fundamentais dos particulares mostrou-se em conflito com uma nova ameaça, os direitos fundamentais de um outro particular também sujeito de direito.

Essas novas demandas chegavam ao Judiciário, onde ainda, de forma inovadora, viu-se necessário estabelecer um novo conceito de soluções de conflitos. Estaria agora, o particular, também vinculado à obediência dos direitos fundamentais quando um outro particular se encontrasse protegido por tal norma.

A utilização da liberdade como premissa máxima, estava agora, dando vez à igualdade entre os sujeitos, em uma aplicação de horizontalidade dos direitos fundamentais, regulando assim, os contratos servidos pela *pacta sunt servanda*.

Não demorou para que a questão de igualdade de gênero incorporasse tal proteção, visto que a igualdade pelo reconhecimento social, civil e político, sempre foram anseios femininos conquistados ao longo da história na forma de lutas sociais.

Sendo assim, este estudo tem o objetivo de delimitar a aplicação dos direitos

fundamentais nas relações entre os particulares, mais precisamente em suas relações jurídicas que alcancem os contratos, estabelecendo através da análise da construção histórico-normativa do direito europeu sobre a dogmática para o princípio da igualdade de tratamento entre os gêneros. Em contraposição, pretende-se ainda fazer uma breve análise do que o mercado de seguros no Brasil tem praticado, com uma abordagem da principal doutrina e da atual jurisprudência.

1. OS EFEITOS DA EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS E A VEDAÇÃO À DISCRIMINAÇÃO

O fenômeno de constitucionalização dos Estados nacionais alavancaram, principalmente após o final da Segunda Grande Guerra, a formação do Estado Social e Democrático de Direito, que por sua vez, trouxe à baila do ordenamento jurídico a ideia de supremacia da Constituição, inerentes a todos os seus valores e princípios.

Contudo, em um sistema normativo, pautado nesses valores e congruentes a esta hierarquização verticalizada de normas, devemos levar em conta que a constitucionalização dos ramos do direito em geral não enseja a “*hiperinterpretação*”² da Constituição Federal, com a conseqüente mitigação de regras de interpretação culturalmente aceitas de controle da cultura social sobre a atribuição de significado aos enunciados, de modo a gerar insegurança jurídica. Assim, a norma infraconstitucional deve ser interpretada com base no princípio da legalidade constitucional, que é um requisito imprescindível para uma uniformidade de interpretação, devendo ser afastada a simples referência aos códigos.³

Após esse fenômeno, outra discussão ganhou terreno no campo jurídico, a chamada eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas entre os particulares, partindo do chamado *Drittwirkung*, expressão oriunda do cenário normativo alemão.

Assim, segundo Marcelo Schenk Duque, podemos de pronto, levantar dois questionamentos específicos a certa da fundamentabilidade da eficácia dos direitos e garantias fundamentais, sendo que o primeiro questionamento gira em torno de como

2 PERLINGIERI, Pietro. Direito Civil Constitucional. In: **O Direito Civil na legalidade constitucional**. Maria Cristina De Cicco. (Org.). Rio de Janeiro: Renovar. 2008, p. 576.

3 PERLINGIERI, Pietro. Direito Civil Constitucional, p. 576.

uma norma de direito fundamental deve ser aplicada em uma relação jurídica entre particulares(?), derivando daí o segundo enfrentamento, que diz respeito a quais casos esses direitos vinculam os particulares (?).⁴

Primeiramente, é necessário reconhecer quais direitos fundamentais podem ser aplicados entre os sujeitos particulares de forma a vinculá-los no campo obrigacional, para tanto o autor remete o estudo ao caso alemão *Drittwirkung der Grundrechte*, que poderia ser compreendido como a eficácia dos direitos fundamentais perante terceiros.⁵

Duque explica ainda que, o ramo do direito que mais desenvolveu o *Drittwirkung* foi o campo do direito do trabalho, devido a peculiaridade de sua relação, onde temos um sujeito considerado mais forte (empregador) e outro mais fraco (empregado). Tais conceitos, também foram sendo incorporados por outros tipos de relações privadas, onde tal polarização é semelhante, ao exemplo das relações de consumo.⁶

Pelo efeito da proteção multidirecional dos direitos fundamentais e a concepção de valor como algo indivisível, justifica-se a aplicação desses direitos em todas as relações, inclusive as relações que ensejam autonomia privada, o que Marcelo Duque irá chamar de irradiação dos direitos fundamentais.⁷ Esse efeito vinculante condiciona o legislador privado a observar as diretrizes dos direitos fundamentais, bem como ao Juiz observar a aplicação de tais normas nos casos concretos.

A pessoa humana passa a ser fundamento do Estado, e nas palavras deste mesmo autor: “Tal constatação fundamenta, no mínimo, a necessidade de observância dos direitos fundamentais nos negócios privados e, particularmente, pelas suas peculiaridades, nos contratos de consumo.”⁸ Destarte, que este tratamento dado aos direitos fundamentais como uma ordem de valores objetiva, abriu caminho para o reconhecimento de sua eficácia nas relações privadas em geral.

4 DUQUE, Marcelo Schenk. Fundamentação em torno da chamada drittwirkung dos direitos fundamentais. In: **Direito privado, constituição e fronteiras**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014, p. 92.

5 DUQUE, Marcelo Schenk. Fundamentação em torno da chamada drittwirkung dos direitos fundamentais, p. 92-93.

6 DUQUE, Marcelo Schenk. Fundamentação em torno da chamada drittwirkung dos direitos fundamentais, p. 94-95.

7 DUQUE, Marcelo Schenk. Fundamentação em torno da chamada drittwirkung dos direitos fundamentais, p. 97.

8 DUQUE, Marcelo Schenk. Fundamentação em torno da chamada drittwirkung dos direitos fundamentais, p. 100.

Um dos maiores desafios dos juristas é tentar buscar o equilíbrio entre os institutos do direito público e privado, ao modo em que um não sobreponha o outro, mas sim, haja uma sintonia entre essas esferas, sem que nenhuma saia do controle e prejudique a racionalidade efetiva do direito.

Ainda analisando a obra de Duque, o referido autor alia a ideia de que os direitos fundamentais também cumprem um papel importante na proteção de um indivíduo em face de outro indivíduo. Na perspectiva constitucional alemã, existem duas teorias que explicam a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, prevalecendo àquela que defende uma aplicabilidade indireta, ou seja, imediata, de tais direitos nas relações entre particulares.⁹

Todo esse contexto está inserido no dever de proteção do Estado aos direitos fundamentais, entendendo-se como proteção, não somente na esfera estatal, mas também perante os sujeitos privados, sendo que “a ideia central é que no momento em que o Estado cria os pressupostos para manutenção da liberdade ele assume, com isso, a obrigação de manter e assegurar essa liberdade”.¹⁰

Desta forma, no contexto do Estado moderno, percebeu-se que o dever de proteção do Estado também deve ser aplicado em face das ameaças à liberdade da pessoa nas relações privadas, isto diante do caráter especial que se auferiu ao desenvolvimento da personalidade do indivíduo e a nova roupagem dada ao princípio da dignidade da pessoa humana, que não mais se confundia com o conceito limitado de capacidade jurídica antigamente previsto no BGB alemão e no Código Civil brasileiro de 1916.¹¹

Assim, este dado momento histórico foi o estopim jurídico para o desenvolvimento da teoria de proteção normativa contra a discriminação entre particulares. O estudo da discriminação, que é multifatorial, pois se evidencia tanto quanto a raça, credo, etnia, condição social, gênero e outros, é um tema que não se esgota facilmente.

Paulo Mota Pinto ensina que a discriminação pode se manifestar juridicamente

9 DUQUE, Marcelo Schenk. Fundamentação em torno da chamada drittwirkung dos direitos fundamentais, p. 110.

10 DUQUE, Marcelo Schenk. Fundamentação em torno da chamada drittwirkung dos direitos fundamentais, p. 111.

11 LUDWIG, Marcos de Campos. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade na Alemanha e possibilidades de sua aplicação no direito privado brasileiro. In: **A reconstrução do direito privado**. Judith Martins-Costa. (Org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 246.

em três diferentes aspectos, manifestando-se através de “situações de discriminação (ou diferenciação) ilícita (proibida), situações de discriminação lícita (permitida), e, mesmo, situações de discriminação imposta (devida).”¹²

Em casos de colisão entre princípios fundamentais em defesa de particulares, mesmo que um desses princípios envolvidos no conflito seja a igualdade, não poderia ela impor-se indistintamente perante a autonomia privada, “salvo em circunstâncias específicas, em que se deve afirmar a ilicitude da actuação discriminatória.”¹³

Neste viés, a proteção contra a discriminação, que não pertence exclusivamente apenas ao indivíduo, mas pode ser invocada para refutar ações de desigualdade perante uma coletividade, ensina Paulo Mota Pinto que “tal protecção deve ser autonomizada, (...) e esta protecção visa não só evitar a exclusão do acesso a prestação, mas também salvaguardar a integridade dos membros do grupo.”¹⁴

Estas notas são importantes para a sequência desse estudo, que pretende adentrar na questão específica da discriminação de gênero, nos contratos firmados entre particulares e seus atuais reflexos no mercado brasileiro de seguros.

Contudo, primeiramente será necessário realizar uma abordagem mais específica quanto ao tema no direito comparado, principalmente quanto ao chamado direito antidiscriminatório e suas concepções na doutrina internacional.

2. O DIREITO ANTIDISCRIMINATÓRIO NO DIREITO PRIVADO COMPARADO

O direito antidiscriminatório é variante decorrente do direito da diversidade,¹⁵ que aufere a necessidade de proteção contra todo tipo de discriminação, fenômeno muito estudado no direito comunitário europeu, pelas grandes proporções teóricas e práticas instauradas naquele continente e pelo esforço das diretivas comunitárias que abordam o

12 PINTO, Paulo Mota. Autonomia privada e discriminação: algumas notas. In: **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Ingo Wolfgang Sarlet. (Org.). 2. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006, p. 367.

13 PINTO, Paulo Mota. Autonomia privada e discriminação: algumas notas, p. 371.

14 PINTO, Paulo Mota. Autonomia privada e discriminação: algumas notas, p. 372.

15 Segundo Francisco J. Infante Ruiz, o direito da diversidade se considera como “un conjunto de valores y principios que se asienta sobre unas nuevas coordenadas de respeto de los sujetos y de la diversidad de las situaciones em que se encuentran.” INFANTE RUIZ, Francisco J. Igualdad, diversidad y protección contra la discriminación en el derecho privado. In: **Mujeres, contratos y empresa desde la igualdad de género**. Carolina Mesa Marrero. (Coord.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 191-192.

tema.

Com grande destaque no cenário europeu, a Diretiva 2000/43/CE, juntamente com a Diretiva 2000/78/CE e a Diretiva 2004/113/CE, foram marcos importantes, pois firmaram um conjunto de princípios que confere uma proteção mínima ao cidadão na União Europeia, contra a discriminação racial, religiosa, idade e orientação sexual, no caso da primeira, um tratamento igualitário no mercado de trabalho, no caso da segunda, e igualdade de tratamento entre homens e mulheres, na abordagem da terceira diretiva.¹⁶

A partir de então, diversas diretivas foram estabelecidas na comunidade europeia no sentido de conferir proteção ao cidadão, inclusive em relações entre particulares (abrangendo contratos, fornecimento de bens e serviços), sendo que esta normatização supranacional obrigou os Estados a incluírem em seu bojo legislativo, atos e regulamentações semelhantes que cumprissem essas diretivas.

Esses movimentos ensejaram a criação, mesmo que de forma não expressa, de um princípio geral que compreende a proibição de discriminar na União Europeia, que pode também ser extensível ao direito privado.¹⁷ Porém, cada país membro, dentro de sua esfera de competência deveria regular a introdução deste princípio geral em seu ordenamento, de forma que conciliasse com os valores e regras já instituídas naquela sociedade.

Tomando como partida o direito alemão, Francisco J. Infante Ruiz, explica que a inserção do princípio antidiscriminatório no direito nacional alemão, foi uma das introduções mais intensas entre os países da União Europeia, que após as diretivas comunitárias, passou a adotar tal princípio, principalmente por causa do polêmico debate criado por um projeto de lei abrangente que inclui uma variedade de campos e disciplinas (AGG/2006), sendo uma lei que se preocupa com certa lógica para sistematizar os temas de directivas e torná-los aptos para o direito nacional alemão.¹⁸

Esta referida lei interna foi dividida em sete capítulos, sendo um capítulo para disposições gerais, três para setores afetados como o trabalhista, seguridade social, direito civil e dos servidores públicos, outro capítulo de cunho processual, um capítulo

16 INFANTE RUIZ, Francisco J. Igualdad, diversidad y protección contra la discriminación en el derecho privado, p. 198.

17 INFANTE RUIZ, Francisco J. Igualdad, diversidad y protección contra la discriminación en el derecho privado, p. 205.

18 INFANTE RUIZ, Francisco J. Igualdad, diversidad y protección contra la discriminación en el derecho privado, p. 206.

sobre as funções da Administração Federal e o último capítulo conclusivo e de disposições finais.

Dentro do primeiro capítulo, é fornecido o conceito de discriminação direta e indireta. A discriminação direta existe quando uma pessoa, por causa de um dos motivos mencionados na lei, recebe tratamento menos favorável que outra pessoa que esteja em situação equivalente. A lei especifica expressamente que a discriminação direta por causa do sexo existe supondo um tratamento desfavorável a uma mulher em caso de gravidez ou maternidade, por exemplo. Já uma discriminação indireta existiria segundo a lei (§ 3, II, AGG) quando, medidas ou ações tomadas pelo agente causador, que apesar de sua aparência neutra pode prejudicar certas pessoas por algum dos motivos de discriminação abrangidos na lei. Ou seja, o objetivo seria impedir as discriminações que não estejam unidas a medidas ou acordos que se refiram diretamente às características proibidas, mas que, por meio de tais medidas ou acordos, sejam igualmente discriminadas pessoas que possuem um dos motivos de discriminação proibidos pela lei.¹⁹

Contudo, o autor faz o alerta, ressaltando que no direito privado a proibição de discriminar não é absoluta, demandando sempre uma razão objetiva para que haja a diferenciação. A doutrina alemã entende que essa razão objetiva existe para estabelecer um tratamento diferenciado no contrato quando pautada no interesse legítimo que se persegue pelo contratante e que o mesmo seja necessário. Se não existir essa razão objetiva na justificação, a diferenciação será ilícita. Uma dessas exceções do caráter absoluto da vedação de discriminação seria encontrada nos contratos de seguros privados, permitindo a lei alemã, que a seguradora possa utilizar de tratamentos diferenciados com relação ao gênero, quando exista um fator determinante para evolução dos riscos, seja ele matemático ou estatístico (excetuados casos que envolvam a maternidade). No caso da raça e etnia, a proibição, aí sim, seria absoluta.²⁰

Segundo o autor, foi necessário estabelecer entre os países membros da União Europeia, um acordo ou quadro comum de referência, chamado de *Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, com o intuito de padronizar a aplicação dos princípios e das regras pertinentes às legislações e contratos de objetivo antidiscriminatório no continente. Em

19 INFANTE RUIZ, Francisco J. Igualdad, diversidad y protección contra la discriminación en el derecho privado, p. 209.

20 INFANTE RUIZ, Francisco J. Igualdad, diversidad y protección contra la discriminación en el derecho privado, p. 214.

seu capítulo segundo aparecem os dispositivos contra a discriminação, como ao exemplo do direito que todo contratante tem de não ser discriminado por motivos de raça, sexo e etnia, em relação aos contratos ou atos jurídicos que tenham por objeto o acesso e fornecimento de bens, ou outros serviços que se coloquem à disposição do público em geral. Traz também a sua própria definição de discriminação direta e indireta, que se assemelha com aquela disposta na AGG.²¹

Na esfera jurídica, o DCFR é importante, pois prevê as aplicações dos chamados remédios, assim como o dever de indenizar, que deverá guardar relação com a proporção da lesão e uma espécie de inversão do ônus da prova, em favor do demandante. Os remédios jurídicos encontrados no DCFR são: Nulidade dos contratos ou cláusulas contrários à proibição de discriminar, que sejam contrários aos princípios fundamentais; Remédio frente ao descumprimento do contrato por causa de um comportamento discriminatório, e; Direito de exigir a conclusão do contrato frente à negativa do contrato.²²

Todos esses esforços internacionais geraram grande repercussão nos países membros, porém em alguns casos específicos, como no da Espanha, ocorreram de forma apressada e imprecisa ou não muito clara, como define Francisco J. Infante Ruiz em seu texto.²³

A lei espanhola se assemelha muito ainda com a lei alemã no que tange ao conceito de discriminação direta, indireta e quanto aos remédios contra a discriminação, tornando ineficazes os contratos ou cláusulas que contenham termos discriminatórios em razão do sexo, responsabilização civil e possibilidade de indenizações, bem como prevendo sanções preventivas desse tipo de conduta.

Em sequência, o autor aborda mais especificamente o contexto da diversidade quanto à perspectiva do gênero feminino, ressaltando a importância das mulheres na

21 INFANTE RUIZ, Francisco J. Igualdad, diversidad y protección contra la discriminación en el derecho privado, p. 219.

22 INFANTE RUIZ, Francisco J. Igualdad, diversidad y protección contra la discriminación en el derecho privado, p. 222-226.

23 O autor cita duas leis espanholas que discorrem sobre o princípio da igualdade de tratamento e não discriminação, a lei 62/2003 que envolve medidas administrativas e da ordem social, e a lei orgânica 3/2007, que evidencia a igualdade entre homens e mulheres em todos os setores do ordenamento jurídico. Esta última, também de aplicação ao direito privado, segue os critérios de concretização, de forma análoga, aos já estabelecidos no direito comunitário, quando da disposição de bens e serviços anunciados ao público em geral. Na lição do autor, a normativa espanhola não chega a ser tão precisa como a lei alemã, mas atende todos os anseios da comunidade europeia. Cf. INFANTE RUIZ, Francisco J. Igualdad, diversidad y protección contra la discriminación en el derecho privado, p. 227.

construção da diversidade social e de cidadania, que por constituírem metade da população, na verdade não constituem uma minoria que precisaria de um tratamento protetivo específico, mas foi uma metade que ficou de fora da construção da sociedade e do direito ao longo dos séculos.²⁴

É válido ainda, resgatar o conceito de igualdade no início do Estado Liberal, que refletia apenas a igualdade formal, abrangendo apenas o cidadão burguês. Posteriormente, após diversas lutas dos movimentos feministas, as mulheres foram conquistando visibilidade na sociedade, com participação política, jurídica e patrimonial, que por sua vez, conferiram importantes avanços nas entidades familiares, o controle sobre o próprio corpo e também autonomia nas relações laborais.

Esses reflexos foram sendo enfraquecidos ao longo da história, contudo em diversos setores da sociedade ainda remanescem de forma obscura.

Em se tratando de discriminação nas contratações privadas de seguros e pessoas, especialmente nos casos de seguros de saúde e de vida, existem situações que se traduzem a práticas imorais de cobranças mais elevadas pela própria condição de ser mulher, ou uma maior dificuldade de concessão de crédito pela condição de gestação ou de trabalho a tempo parcial, por exemplo. Assim, hoje em dia, o desafio maior do feminismo é a construção de uma cidadania efetiva das mulheres, objetivando alcançar a igualdade através da diversidade.²⁵

Essa diversidade não se consegue exclusivamente mediante o direito antidiscriminatório, necessário também que existam medidas políticas com ações legislativas e administrativas, criando assim, uma feminização do direito, incluindo o direito privado.

Infante Ruiz enumera algumas medidas que podem fazer parte de um programa de transformação social, sendo as principais delas, a equiparação da mulher e do homem nos cuidados dos filhos e dependentes; ações afirmativas em favor do gênero feminino; maior inclusão política das mulheres; uma normatização da discriminação diretamente por razões de sexo com a inversão do ônus da prova em favor do sujeito discriminado e uma tutela judicial com tramitação preferencial e sumária, em favor das vítimas de tais

24 INFANTE RUIZ, Francisco J. Igualdad, diversidad y protección contra la discriminación en el derecho privado, p. 237.

25 INFANTE RUIZ, Francisco J. Igualdad, diversidad y protección contra la discriminación en el derecho privado, p. 242.

discriminações.²⁶

De forma conclusiva, o autor revela que não podemos nos dar por satisfeitos com o trabalho realizado e afirmar que as atuais normas que buscam a igualdade de tratamento no direito em geral dos contratos estão estruturadas de uma maneira ótima, enquanto refletem normas meramente centralizadas na proibição das formas intoleráveis de discriminação. Assim, ele propõe que se deve ir muito mais além, sendo o caminho transformar a diversidade na pedra angular do sistema e não um mero recurso dialético, ocupando o direito antidiscriminatório um papel estruturante.²⁷

3. A IGUALDADE DE GÊNERO NOS CONTRATOS DE SEGUROS NO BRASIL

O mercado de seguros constitui uma ferramenta importante de proteção e garantia para o desenvolvimento econômico, tendo sua natureza protetiva contra eventuais infortúnios da vida rotineira, uma segurança dos particulares.

Para o Direito Civil, mais especificamente nos artigos 757 a 802 do Código Civil, o contrato de seguro deve observar o princípio da boa-fé, constituindo um contrato típico, bilateral, oneroso, consensual, de adesão, aleatório numa visão individual, mas comutativo se considerado no todo.²⁸

Assim, a seguradora por sua vez deve levar em consideração uma análise de riscos, que de acordo com a natureza do contrato, revela que:

O risco é o elemento essencial ao contrato de seguro e base precípua da técnica securitária, pois a seguradora irá verificar se aceitará eventual risco existente e aceitando, irá precificá-lo. A cláusula perfil traz características do proponente do seguro, mas também os seus hábitos. Com o decorrer dos anos, as perguntas relativas ao condutor do veículo, se homem, ou mulher, se solteiro, casado ou viúvo, qual a idade e profissão, foram se aprofundando e evoluindo para o que hoje denominamos cláusula perfil.²⁹

26 INFANTE RUIZ, Francisco J. Igualdad, diversidad y protección contra la discriminación en el derecho privado, p. 242-244.

27 INFANTE RUIZ, Francisco J. Igualdad, diversidad y protección contra la discriminación en el derecho privado, p. 245.

28 KRIEGER FILHO, Domingos Afonso. **Seguro no Código Civil**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2005. p. 26.

29 FORIGO, Camila Rodrigues; MOTTA, Carolina Elisabete Puehringer Miguez de Senna. Da possibilidade de cobrança de prêmio unissex nos contratos de seguros automotivos: uma análise comparada a partir da proibição de discriminação de gênero na União Europeia. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**. Belo Horizonte, n. 68, jan/jun 2016, p. 191-219.

É nítido que o gênero é um fator relevante nas estatísticas de determinação do risco de diversos tipos de seguros. No seguro de automóvel, por exemplo, estatisticamente as mulheres têm menores taxas de sinistralidade, o que proporcionam, em geral, em comparação ao público masculino, preços finais mais baixos. Contudo, na área de seguro de saúde são oferecidos produtos que cobrem as doenças ou eventos mais comuns das mulheres, ao exemplo de fatores gravídicos, o que pode influenciar no preço final. Além disso, conforme notórias estatísticas as mulheres vivem mais do que os homens, sendo que este fator também é considerado no caso dos seguros de vida.³⁰

Paulo Mota Pinto lembra também, que a discriminação pode vestir uma roupagem omissiva, ou seja, quando se evidencia a recusa de contratar em face do motivo de *discrímen*.³¹

Destarte, é possível questionar se tais critérios de diferenciação em razão do gênero, para o compromisso de seguro estariam de acordo com a premissa básica do princípio da igualdade insculpida no artigo 5º, I da Constituição Federal, e ainda, se constituem o objetivo legítimo de diferenciação conforme o direito comunitário europeu dispõe.

Entretanto, deve-se levar em consideração que os contratos não possuem mais a vitaliciedade de sua concepção tradicionalista, que praticamente instituía a vontade das partes com força superior a própria lei. A própria submissão do direito privado às disposições constitucionais serviram, não somente para proteger o indivíduo mais fraco da relação contratual, mas também para se curvar aos efeitos da dignidade da pessoa humana em todos os seus aspectos, mesmo que esse fator implique na liberdade contratual e na *pacta sunt servanda*.

Esta imposição parece ser um ótimo preço a se pagar quando falamos em restrição à liberdade contratual, até mesmo porque em contratos de adesão, quando em um lado do balcão temos a empresa prestadora e oferecedora de serviços e do outro o consumidor, que muitas vezes, está adstrito apenas a aceitar todos os termos e

30 Os dados empíricos foram levantados pelo 2º Estudo Mulheres no mercado de seguros no Brasil. Cf. MONTEIRO, Maria Helena; GALIZA, Francisco. **2º Estudo Mulheres no mercado de seguros no Brasil**. Rio de Janeiro: Escola Nacional de Seguros. out. 2016. Disponível em: <https://www.funenseg.org.br/arquivos/estudos_sobre_seguros_31_2_edicao_mulheres_no_mercado_de_seguros_no_brasil_1.pdf>. Acesso em: 30 de ago. 2017.

31 PINTO, Paulo da Mota. Autonomia privada e discriminação: algumas notas, p. 377.

condições do contrato como ele é apresentado pela empresa, e em via de regra, sequer tem o conhecimento adequado para impugnar qualquer cláusula abusiva, por exemplo, se mostra ainda mais importante essa submissão das relações privadas aos princípios e garantias fundamentais.

Sobre este assunto, Enzo Roppo leciona que:

No sentido em que ao aderente está, de facto, vedado o exercício de uma real autodeterminação, em ordem aos aspectos fundamentais em que se articula o poder de autonomia privada. Ele não é livre [...] de discutir e contribuir para determinar o conteúdo do regulamento contratual; mas não é livre, sequer, na alternativa de contratar ou não contratar, porque quando a adesão ao contrato standard constitui o único meio de adquirir bens ou serviços essenciais e indispensáveis á vida de todos os dias, trata-se, na realidade, de uma escolha obrigada; e, muitas vezes, por fim, não é livre, nem mesmo na individualização do parceiro com quem quer contratar: isto acontece todas as vezes que tais bens ou serviços são oferecidos ao público por uma empresa em posição de monopólio. [...] a liberdade contratual de uma das partes expande-se e potencia-se, por assim dizer, à custa da liberdade contratual da outra: e a substancial compressão da liberdade contratual desta última tem a sua causa directa no mais completo e não contrariado exercício da liberdade contratual que a contraparte, graças à sua posição economicamente, tem o poder de desenvolver. Como bem se compreende, o caso é completamente diferente daqueles em que a restrição da autonomia privada emerge de vínculos formalmente impostos a ambos os contraentes por uma fonte que lhes é estranha, constituindo expressão do poder público: a lei, o juiz, a autoridade administrativa.³²

Dentro da concepção de igualdade, necessário ainda estabelecer critérios para auferir se a discriminação em uma relação contratual é lícita e justificável. Essas regras, conforme explica Paulo Mota Pinto, constituem o que se pode chamar de exigências morais mínimas ou limites estabelecidos entre a barreira do possível e do não permitido, para verificar se o critério diferenciador é justo.³³

Ainda sobre a importância de se estabelecerem tais critérios ponderadores, Mota Pinto esclarece que a proteção contra a discriminação deve ter sempre como objetivo fornecer condições de segurança para as possibilidades das mais diversas formas de

32 ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 1988. p. 318.

33 PINTO, Paulo da Mota. Autonomia privada e discriminação: algumas notas, p. 391.

participação na sociedade de indivíduos e grupos segregados, evitando-se assim, o que poderia ser encarado como um colapso das condições para a integração social.³⁴

Evidente que os critérios aduzidos pelas empresas seguradoras com o intuito de estabelecer preços distintos em razão do sexo servem de base para determinar o risco securitário conforme estatísticas. Contudo, o risco securitário também está sujeito as previsões legais, bem como deve obedecer a regras de moralidade contendo justificativas plausíveis que dê azo para o fator discriminatório.

Assim, muito embora os motivos alegados pelas empresas seguradoras para cobranças de preços diferentes em razão do gênero se baseiem em estatísticas, é fato que tais dados nem sempre são claros, precisos, fixos e de conhecimento de todos, visto ainda que são fomentados pelas próprias empresas, o que torna na realidade, tais critérios meramente estabelecidos subjetivamente pelas empresas de seguros.

Neste aspecto, defende Celso Antônio Bandeira de Mello que:

Então, no que atina ao ponto central da matéria abordada procede afirmar: é agredida a igualdade quando o fator diferencial adotado para qualificar os atingidos pela regra não guarda relação de pertinência lógica com a inclusão ou exclusão no benefício deferido ou com a inserção ou arredamento do gravame imposto. (...) Cabe, por isso mesmo, quanto a este aspecto, concluir: o critério especificador escolhido pela lei, a fim de circunscrever os atingidos por uma situação jurídica - a dizer: o fator de discriminação - pode ser qualquer elemento radicado neles; todavia, necessita, inarredavelmente, guardar relação de pertinência lógica com a diferenciação que dele resulta. Em outras palavras: a discriminação não pode ser gratuita ou fortuita. Impende que exista uma adequação racional entre o tratamento diferenciado construído e a razão diferencial que lhe serviu de supedâneo. Segue-se que, se o fator diferencial não guardar conexão lógica com a disparidade de tratamentos jurídicos dispensados, a distinção estabelecida afronta o princípio da isonomia.³⁵

Não são poucos os casos legais em que a própria lei, e até mesmo a Constituição, prevêm a possibilidade de conceder um tratamento diferenciado para homens e mulheres, aos exemplos de tempo diferenciado para aposentadoria, licença maternidade maior que a licença paternidade, cumprimento de serviço militar obrigatório apenas para os homens, dentre outros.

Entretanto, tais critérios possuem e guardam relação com motivos justificadores que estão inseridos em elementos não visíveis no texto da lei, que retratam lutas sociais e

34 PINTO, Paulo da Mota. Autonomia privada e discriminação: algumas notas, p. 392.

35 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1995, p. 37-38.

superação de desigualdades vivenciadas pelas mulheres ao longo da história, ou até mesmo a simples justificativa biológica, como é o caso da licença maternidade.

Sem embargo, após a eficácia horizontal dos direitos fundamentais ser aplicada nas relações entre particulares, conforme descrito em linhas pretéritas, tal fenômeno abrangeu em seu melhor, os contratos e seus termos.

Não é incomum notar na doutrina aqueles que defendem a inconstitucionalidade de práticas por parte das seguradoras, que fazem a distinção de preços em razão do gênero, quando não exista fundamentação lógica que justifique de forma clara tais motivos.

Neste sentido, com a finalidade de identificar se tais critérios são ou não justificáveis, Paulo Mota Pinto descreve que, primeiramente deve-se apontar o motivo genuíno e substancial que justifique a própria discriminação, sendo que a razão substancial pode excluir a ilicitude do tratamento diferenciado.³⁶

Além disso, o autor revela que se faz necessário ainda um segundo elemento, chamado de exigências de proporcionalidade. Tal critério estabelece que o fim que se pretende alcançar com o tratamento desigual seja legítimo frente os valores constitucionais, exemplificando que a distinção feita pelo sexo do condutor, sem o levantamento de outros dados, seria proibida para o cálculo de prêmios e outras prestações no contrato de seguro.³⁷

Desta forma, sobre tudo o que foi exposto, é possível perceber que no conflito entre a autonomia privada das instituições de seguro em geral e o princípio antidiscriminatório em razão, não somente do gênero, mas também de outras características humanas, deve prevalecer sempre aquele que atender os critérios justificadores, observar as disposições constitucionais, bem como, a boa-fé contratual.

CONCLUSÃO

Viu-se que a chamada eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares é um marco regulatório no direito privado, alcançando sua

36 PINTO, Paulo da Mota. Autonomia privada e discriminação: algumas notas, p. 399.

37 PINTO, Paulo da Mota. Autonomia privada e discriminação: algumas notas, p. 400.

SILVÉRIO, Vinícius Gabriel. Discriminação De Gênero Nos Contratos De Seguros: Uma Realidade Brasileira . In: ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET. Curitiba-PR. Ano X, n. 17, jul/dez-2017. ISSN 2175-7119.

fundamentabilidade de maneira imediata nessas relações, mesmo que parem dúvidas acerca dos seus limites, sendo o reflexo do chamado efeito irradiante dos direitos fundamentais.

Vale lembrar ainda, que esse efeito vinculante condiciona os três poderes em todas as esferas da Federação.

Aliado a esta temática, os avanços no campo do direito antidiscriminatório e no direito da diversidade, concebem uma proteção contra todo tipo de discriminação em suas mais variadas formas, servindo o histórico do direito comparado para uma correta aplicação dessa vertente também no caso do direito nacional.

O combate a todo tipo de discriminação, principalmente em questões que abordam a distinção realizada pelo gênero, ganham terreno inclusive nas relações entre particulares.

Dentro desta concepção, a igualdade é relativamente ponderada pelos critérios de justificação de uma situação discriminatória. Somente é possível a diferença de tratamento, seja pelo gênero, raça ou qualquer outro motivo, quando a discriminação que se pretende legitimar possuir uma finalidade moralmente legítima no ímpeto social, somando-se a isto a passagem sobre um filtro invisível que trace critérios de ponderação do caso em concreto que cumpra com as exigências de proporcionalidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DUQUE, Marcelo Schenk. Fundamentação em torno da chamada drittwirkung dos direitos fundamentais. In: **Direito privado, constituição e fronteiras**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014.

FORIGO, Camila Rodrigues; MOTTA, Carolina Elisabete Puehringer Miguez de Senna. Da possibilidade de cobrança de prêmio unissex nos contratos de seguros automotivos: uma análise comparada a partir da proibição de discriminação de gênero na União Europeia. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**. Belo Horizonte, n. 68, jan/jun 2016, p. 191-219.

INFANTE RUIZ, Francisco J. Igualdad, diversidad y protección contra la discriminación en el derecho privado. In: **Mujeres, contratos y empresa desde la igualdad de género**. Carolina Mesa Marrero. (Coord.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 191-192.

KRIEGER FILHO, Domingos Afonso. **Seguro no Código Civil**. Florianópolis: OAB/SC

SILVÉRIO, Vinícius Gabriel. Discriminação De Gênero Nos Contratos De Seguros: Uma Realidade Brasileira . In: ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET. Curitiba-PR. Ano X, n. 17, jul/dez-2017. ISSN 2175-7119.

Editora, 2005.

LUDWIG, Marcos de Campos. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade na Alemanha e possibilidades de sua aplicação no direito privado brasileiro. In: **A reconstrução do direito privado**. Judith Martins-Costa. (Org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1995.

MONTEIRO, Maria Helena; GALIZA, Francisco. **2º Estudo Mulheres no mercado de seguros no Brasil**. Rio de Janeiro: Escola Nacional de Seguros. out. 2016. Disponível em:

<https://www.funenseg.org.br/arquivos/estudos_sobre_seguros_31_2_edicao_mulheres_no_mercado_de_seguros_no_brasil_1.pdf>. Acesso em: 30 de ago. 2017.

PERLINGIERI, Pietro. Direito Civil Constitucional. In: **O Direito Civil na legalidade constitucional**. Maria Cristina De Cicco. (Org.). Rio de Janeiro: Renovar. 2008.

PINTO, Paulo Mota. Autonomia privada e discriminação: algumas notas. In: **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Ingo Wolfgang Sarlet. (Org.). 2. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 1988.