

JORGE CESA FERREIRA DA SILVA

ANTIDISCRIMINAÇÃO & CONTRATO

A INTEGRAÇÃO ENTRE PROTEÇÃO E AUTONOMIA

THOMSON REUTERS

**REVISTA DOS
TRIBUNAIS™**

ANTIDISCRIMINAÇÃO & CONTRATO

A INTEGRAÇÃO ENTRE PROTEÇÃO E AUTONOMIA

Nos últimos tempos, a antidiscriminação passou a ser tema recorrente nos mais diversos campos, incluindo o Direito Privado e, em particular, o Direito Contratual. Neste, por sua vez, a implementação de medidas antidiscriminatórias torna-se especialmente complexa, na medida em que o respeito à autonomia privada também envolve o respeito a espaços garantidos de escolhas livres. Qual a fronteira entre a garantia de exercício da liberdade contratual e a proteção antidiscriminatória? Quando decisões contratuais podem ser juridicamente censuradas por serem discriminatórias? Quais hipóteses de discriminação são vedadas e quais não o são?

O presente livro se volta a questões como essas. Para isso, o texto não se foca naqueles espaços já ocupados por normas expressas, mas, sim, naqueles casos em que não há uma resposta *a priori*. Para a solução destes casos, o estudo recusa o recurso a normas de perfil flexível ou muito abstratas, cuja interpretação pode gerar conclusões das mais diversas, mas se ocupa de verificar a compatibilidade entre a antidiscriminação e o Direito Contratual por meio da análise de elementos estruturais desses dois campos. Com isso, respeitam-se os diversos valores em jogo, assim como o aspecto sistemático do Direito Contratual.

Por meio de uma extensa análise comparatista, o texto apresenta-se único não só pela abordagem dogmática utilizada, mas especialmente por tratar de temas centrais do Direito Contratual poucas vezes analisados entre nós, como a igualdade e a justiça distributiva.

ISBN 978-65-5065-362-0



9 786550 653620



THOMSON REUTERS™

Ações afirmativas foram e, em alguma medida, seguem sendo objeto de acirrados debates sob os mais diversos aspectos, de filosóficos a ideológicos. Nada obstante, a possibilidade da adoção de ações afirmativas foi se consolidando nos ordenamentos ocidentais, sendo hoje genericamente aceita como mecanismo constitucionalmente compatível com a noção de igualdade já que destinadas a promovê-la, ainda que por meio de opções expressamente desigualitárias. Esse é o entendimento assentado nos Estados Unidos,¹⁸⁸ na Europa¹⁸⁹ e, mais recentemente, no Brasil¹⁹⁰.

Tendo-se em conta que as ações afirmativas, de um lado, não podem caracterizar um privilégio e, de outro, têm de respeitar os outros interesses em jogo, entende-se que as suas construções devem observar, pelo menos, dois requisitos.¹⁹¹ O primeiro deles é a previsão, expressa ou implícita, de sua limitação no tempo,

188. Sobre Direito estadunidense, cf. a análise ampla feita por RIOS, Roger Raupp. *Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 158 et seq. A Suprema Corte acolheu o regime de cotas em 1978, por meio do caso *University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978). Uma análise aprofundada deste caso do ponto de vista filosófico é feita por DWORKIN, Ronald. Ver DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 437 et seq.

189. No Direito europeu, o *leading case* é reconhecidamente o caso *Kalanke*, julgado pelo Tribunal de Justiça Europeu em 17.10.1995, caso C-450/93, *European Court Reports* 1995, I, p. 3051. Cf. DE SCHUTTER, Olivier. *Positive action*. In: SCHIEK, Dagmar; WADDINGTON, Lisa; BELL, Mark (Ed.). *Non-discrimination law*. Oxford, Portland: Hart Publishing, 2007. p. 757-869, em especial, p. 801. A Diretiva 76/207/CCE, de 09.02.1976, já tratava do tema, no tocante à relação entre homens e mulheres.

190. No Brasil, o STF tratou do tema em, pelo menos, cinco julgados relevantes: RMS 26.071-DF, sobre reserva de vagas para deficientes físicos, Rel. Min. Ayres Britto, Primeira Turma, j. em 13/11/2007 e, sobre o mesmo tema, ADC 41-DF, sobre reserva de vagas para negros em concursos públicos, Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, j. em 08.06.2017; ADPF 186-DF, sobre a viabilidade do regime de cotas em universidades públicas, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, j. em 26.04.2012 também sobre o mesmo tema, RE 597285 RG-RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, j. em 09/05/2012; ADI 3.330-DF, igualmente sobre acesso à universidade, mas considerando o programa PROUNI, Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, j. em 03.05.2012.

191. CALVÈS, op. cit., p. 33 et seq., sustenta existirem outros dois requisitos: a flexibilidade e a não-exclusividade. Considerando a maior vinculação destes ao Direito europeu, eles não serão abordados aqui. Também sobre requisitos, ver RIESENHUBER, Karl; FRANK, Jens-Uwe. *Das Verbot der Geschlechtsdiskriminierung beim Zugang zu Gütern und Dienstleistung*. *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht*, Heidelberg v. 6, n. 15, p. 245-250, 2005, em especial p. 248.

mesmo que esse período de ações afirmativas têm o desiderato contingente, de modo que a disposição especial per porcionalidade, visando a terceiros. Assim, ainda que algum grau de subjetividade na análise e a ponderação do t

2.4 Fundamentos, obje

O Direito da Antidiscriminação é um conjunto de normas com essa orientação teleológica. No caso do Direito Contratual, variamente estruturantes os objetivos perseguidos pela discriminação não se voltam para necessidades individuais (que de dinheiro), mas, sim, para a realização da expressão (pública) de uma pessoa não o que ocorre com o “bem” Antidiscriminação se aproxima-se de um “bem público” n

192. DE SCHUTTER, Olivier; WADDINGTON, Lisa; BELL, Mark (Ed.). *Non-discrimination law*. Oxford, Portland: Hart Publishing, 2007. p. 757-869, em especial, p. 801. A Diretiva 76/207/CCE, de 09.02.1976, já tratava do tema, no tocante à relação entre homens e mulheres.

193. GRÜNBERGER, Michael. *Das Verbot der Geschlechtsdiskriminierung beim Zugang zu Gütern und Dienstleistung*. *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht*, Heidelberg v. 6, n. 15, p. 245-250, 2005, em especial p. 248.

194. A origem dos estudos econômicos é atribuída ao economista Paul A. Samuelson. Ver Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Economics and the law: The new institutional economics*. Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2001.

mesmo que esse período de tempo tenha uma extensão considerável. Ações afirmativas têm o desiderato de atacar um dado estado de fato, presumivelmente contingente, de modo que, havendo a alteração fática pretendida, a existência da disposição especial perde a sua razão de ser.¹⁹² O segundo requisito é a proporcionalidade, visando a evitar que ela corresponda a um ataque a direitos de terceiros. Assim, ainda que o requisito da proporcionalidade sempre envolva algum grau de subjetividade na avaliação, ele traz consigo a vantagem de exigir a análise e a ponderação do tema, considerando-se os demais interesses em jogo.¹⁹³

2.4 Fundamentos, objetivos e meios do direito da antidiscriminação

O Direito da Antidiscriminação só se deixa compreender quando visto como um conjunto de normas orientadas à persecução de determinados objetivos. Essa orientação teleológica o distingue de outros campos jurídicos, como é o caso do Direito Contratual genericamente considerado, cujas normas – ordinariamente estruturantes – não visam à obtenção de particulares objetivos. Os objetivos perseguidos pelas estruturas e pelos institutos do Direito da Antidiscriminação não se voltam *diretamente* à obtenção de bens capazes de satisfazer necessidades individuais (por exemplo, a uma casa, sapatos ou uma quantidade de dinheiro), mas, sim, à realização de um “bem público” no significado econômico da expressão (*public good*), ou seja, como um bem não exclusivo, cuja fruição por uma pessoa não reduz a possibilidade de sua utilização por outra. E o que ocorre com o “bem” “segurança nacional”.¹⁹⁴ Nesse sentido, o Direito da Antidiscriminação se aproxima do Direito da Concorrência, que também persegue um “bem público” nessa mesma acepção, correspondente, de um modo

seguem sendo objeto de filosóficos a ideológicos. afirmativas foi se consolidadas. A existência de uma situação de igualdade já que ações expressamente destinadas aos Estados Unidos,¹⁸⁸ na Europa, não podem caracterizar interesses em jogo, em menos, dois requisitos.¹⁹¹ e sua limitação no tempo,

tr RIOS, Roger Raupp. Direito ações afirmativas. Porto Alegre: Cortes acolheu o regime reforma v. Bakke, 438 U.S. 265 de vista filosófico é feita por questão de princípio. São Paulo:

e o caso Kalanek, julgado pelo 0/93, European Court Reports action. In: SCHIEK, Dagmar; ination law. Oxford, Portland: T. A Diretiva 76/207/CCE, de tre homens e mulheres.

nco julgados relevantes: RMS os, Rel. Min. Ayres Brito, Pri-ADC 41-DF, sobre reserva de oberto Barroso, Tribunal Pleno, do regime de cotas em universal Pleno, J. em 26.04.2012; Min. Ricardo Lewandowski, mente sobre acesso à universi- n. Ayres Brito, Tribunal Pleno,

três dois requisitos: a flexibilidade de acesso ao Direito econômico, ver RIESENHUBER, requisitos, ver RIESENHUBER, skriminierung beim Zugang zu - und Steuerrecht, Heidelberg,

192. DE SCHUTTER, Olivier. Positive action. In: SCHIEK, Dagmar; WADDINGTON, Lisa; BELL, Mark (Ed.). *Non-discrimination law*. Oxford, Portland: Hart Publishing, 2007. p. 757-869, em especial p. 851 et seq. O tema foi expressamente abordado no voto condutor do acórdão do julgamento da ADPF 186-DF, pelo STF. Min. Ricardo Lewandowski, sob o título “transitoriedade das políticas de ação afirmativa”.
193. GRÜNBERGER, Michael. *Personale Gleichheit: Der Grundsatz der Gleichbehandlung im Zivilrecht*. Baden-Baden: Nomos, 2013. p. 708. O tema também foi expressamente abordado no voto condutor do acórdão do julgamento da ADPF 186-DF, sob o título “proporcionalidade entre meios e fins”.
194. A origem dos estudos econômicos sobre “*public goods*” é usualmente atribuída ao economista Paul A. Samuelson em seus escritos da década de 1950. Cf. MACKAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito*. Tradução de Rachel Szia-jn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 123; MERCURO, Nicholas; MEDMA, Steven G. *Economics and the law: from Posner to post-modernism and beyond*. 2nd ed. Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2006. p. 159.

amplo, à concretização de um mercado dotado de uma concorrência sadia. No caso do Direito da Antidiscriminação, o “bem” encontra-se em uma sociedade não discriminatória ou com graus decrescentes de discriminação.

Ocorre que, tal como se verifica com o Direito da Concorrência, ultrapassado um consenso mínimo acerca de sua teleologia geral, abre-se um expressivo leque de dúvidas não só em torno do significado real do objetivo, mas também, e, sobretudo, sobre o modo de realizar o(s) objetivo(s) considerado(s).¹⁹⁵

Com efeito, no caso da antidiscriminação, constata-se existir um relativo consenso no âmbito da moral social no sentido de que a discriminação é um mal e que, como tal, deve ser combatido.¹⁹⁶ O ato discriminatório é visto hoje, frequentemente e não só no Brasil, como uma grave falha moral e, por isso, pesados efeitos sociais são muitas vezes imputados àqueles que praticam atos assim considerados.¹⁹⁷ No entanto, a existência desse aparente consenso sobre o caráter maléfico da discriminação dissolve-se quando se busca aprofundar o estudo. Como se viu no primeiro capítulo,¹⁹⁸ não há um significado unitário de discriminação na linguagem comum, e uma mesma dissintonia se encontra quando se buscam esclarecer as bases justificatórias da proibição de condutas discriminatórias, ou os limites das respectivas proibições, ou as específicas finalidades a serem perseguidas e assim sucessivamente. Esse é o reino onde habitam confusões, dissensos e dúvidas.¹⁹⁹

195. Sobre o tema, SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 39 et seq.

196. “*The antidiscrimination principle rests on fundamental moral values that are widely shared in our society.*” [Trad. livre: O princípio antidiscriminatório baseia-se em valores morais fundamentais amplamente compartilhados pela nossa sociedade]. Assim iniciou Paul Brest a esclarecer aquilo que entendia ser o “antidiscrimination principle” em meados da década de 1970. Apesar do texto se voltar ao contexto estadunidense, é interessante notar como a abrangência dessa compreensão moral se desenvolveu e se estendeu geograficamente nesses mais de quarenta anos desde então. Cf. BREST, Paul. *The Supreme Court 1976 term. Foreword: in defense of the antidiscrimination principle*. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 90, n. 1, p. 1-55, Nov. 1976, p. 5.

197. Apenas para lembrar um exemplo recente, o respeitado jornalista William Waack foi suspenso de suas atividades por seu empregador em razão de supostos comentários racistas feitos de forma privada, mas que acabaram sendo divulgados. Sobre o assunto, disponível em: <<http://cultura.estadao.com.br/noticias/televisao,william-waack-e-afastado-do-jornal-da-globo,70002077419>>. Acesso em 16 nov. 2017.

198. Ver tópico 1.

199. ARNESON, Richard. *Discrimination, disparate impact, and theories of justice*. In: HELLMAN, Deborah; MOREAU, Sophia (Hrsg.). *Philosophical foundations of*

2.4.1 Fundamento ge

Em um primeiro pla
to do Direito da Antidi
esse fundamento – o qu
encontrar-se-ia na igual

Sem dúvida alguma,
acerca dos fundamentos
doutrina, razão pela qua
discriminação e igualda
de um mesmo fenômen
partem disso. Segundo
desenvolver um estado o

discrimination law. C
te p. 87. No mesmo
mas. *Vertragsfreiheit u
Zivil- und Arbeitsrech
Thomas; HENSE, Ans
& Humblot, 2007, p. 9
variados os fundamen
posição de proibições
damentais e Justiça, F
p. 16.*

200. KHAITAN, Tarunabh.
Press, 2015, p. 6 et seq
and comparison. In: *F
foundations of discrim
Part I: What Makes Dis*

201. No campo legislativo,
natórias europeias, já n
to de “um quadro gera
leis europeias que, con
realização de um estad
_____. (Hrsg.). *Allge
aus europäischer Persp
p. 3-60, p. 37 et seq., c
tido, no Brasil, o art. 1
(Lei 12.288/2010), que
restrição ou preferênci
étnica” que desrespeite
incontável a produção o*

2.4.1 Fundamento geral do Direito da Antidiscriminação

Em um primeiro plano de discussão, coloca-se a questão sobre o fundamento do Direito da Antidiscriminação. Nesse domínio, discute-se, sobretudo, esse fundamento – o que evidentemente se reflete nos respectivos objetivos – encontrar-se-ia na igualdade, na liberdade ou na dignidade.²⁰⁰

Sem dúvida alguma, formam os “*igualitários*” a maioria das manifestações acerca dos fundamentos da antidiscriminação, tanto na legislação quanto na doutrina, razão pela qual merecem um pouco mais de atenção.²⁰¹ Trivialmente, discriminação e igualdade são compreendidas como termos vinculados, partes de um mesmo fenômeno, peças de uma mesma engrenagem, e os igualitários partem disso. Segundo eles, o objetivo do Direito da Antidiscriminação seria desenvolver um estado de coisas com um maior grau de igualdade entre certos

discrimination law. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 87-111, especialmente p. 87. No mesmo sentido, mas na visão de um civilista, ver LOBINGER, Thomas. *Vertraagsfreiheit und Diskriminierungsverbot*. Privatrecht und moderne Zivil- und Arbeitsrecht. In: ISENSEE, Josef (Hrsg.). *REPGEN, Timan; LOBINGER, Thomas; HENSE, Ansgar. Vertragsfreiheit und Diskriminierung*. Berlin: Duncker & Humblot, 2007, p. 99-180, em especial p. 119 et seq. Também sustentando serem variados os fundamentos, CANARIS, Claus-Wilhelm. *Considerações a respeito da posição de proibições de discriminação no sistema do direito privado*. *Direitos Fundamentais e Justiça*, Porto Alegre, v. 7, n. 22, p. 15-20, jan./mar. 2013, em especial p. 16.

200. KHAITAN, Tarunabh. *A theory of discrimination law*. Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 6 et seq. Mais aprofundadamente, REAUME, Denise. *Dignity, equality and comparison*. In: HELLMAN, Deborah; MOREAU, Sophia (Ed.). *Philosophical foundations of discrimination law*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 7-27. Part I: What Makes Discrimination Wrong?

201. No campo legislativo, apenas a título exemplificativo, ver as diretivas antidiscriminatórias europeias, já mencionadas repetidamente, que se referem ao estabelecimento de “um quadro geral de igualdade”. Essas diretivas detam ensino a uma série de leis europeias que, com frequência, referem expressamente como seus objetivos a realização de um estado de maior igualdade. Ver SCHIEK, Dagmar. *Ein Kommentar aus europäischer Perspektive*. München: Sellier, European Law Publishers, 2007b, p. 3-60, p. 37 et seq., com indicação de uma série de leis nacionais. No mesmo sentido, no Brasil, o art. 1º, parágrafo único, inciso I, do Estatuto da Igualdade Racial (Lei 12.288/2010), que define “discriminação racial” como “toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica” que desrespeite a “igualdade de condições”. Do ponto de vista doutrinário, é incontável a produção que liga a vedação de discriminação à igualdade.

grupos, colocando-os em um mesmo patamar social, de chances ou de oportunidades, com grupos historicamente mais beneficiados. A igualdade aqui considerada, no entanto, não seria apenas o dever de tratamento igualitário, no sentido formal da expressão. A igualdade é compreendida como “substancial”, vinculando-se a uma noção teleológica. Mais do que um tratamento igualitário, portanto, a igualdade em questão pressupõe um objetivo de se chegar a um estado de coisas socialmente mais equânime, de modo que, para se atingir esse objetivo, algumas desigualdades de tratamento seriam justificáveis. Nessa compreensão, a discriminação seria a contraface de, pelo menos, algumas desigualdades, de modo que, ao combatê-las, estar-se-ia promovendo uma maior igualdade, não meramente formal, mas entendida como “material” ou “substancial”.²⁰²

Apesar de ser essa compreensão de igualdade a usualmente mais aceita como fundamento da antidiscriminação, ela é questionável. Diversos autores que se voltam ao tema sustentam que, para que a igualdade possa ser acolhida como fundamento da antidiscriminação, ela teria de ser compreendida, pelo menos, com algumas ressalvas.²⁰³ A primeira delas relaciona-se ao método, haja vista que a antidiscriminação não envolve somente o dever de igualdade de tratamento, mas também, como visto, o dever de tratamento diferenciado. Ainda que o objetivo possa ser o mesmo, os mecanismos são distintos e, por conseguinte, os sentidos atribuídos à igualdade. Em alguns casos, ela envolve a igualdade de tratamento e, em outros, não. Em alguns casos, ela corresponde a uma igualdade de partida e, em outros, de chegada.²⁰⁴ Conquanto se possam

unificar essas distinções e a igualdade –, não se pode falar em bases distintas “juslegitimamente” distintos os seus campos

Além disso, se são distintas a discriminação, a própria igualdade que falta uma unidade (ou a própria igualdade. Paralelamente não seriam efetivamente os grupos, não abrangeriam teoricamente – demandas. Por fim, lembra-se que a qualidade do tratamento do em conta que o nível da igualdade.²⁰⁶

Por sua vez, para os (ou a) como fundamento das condições para o real exercida pelas normas arciais de certos grupos, p tratamento, teria um papo te fim.²⁰⁸ Hugh Collings f

202. SCHIEK, Dagmar. Systematische Darstellung. In: _____ et al. *Frauengleichstellungsgesetze des Bundes und der Länder: Kommentar für die Praxis zum Bundesgleichstellungsgesetz und den Gleichstellungsgesetzen, Gleichberechtigungsgesetzen und Frauenfördergesetzen der Länder*. 2. Aufl. Frankfurt: Bund, 2002b, p. 59-79, especialmente p. 59 et seq. (de forma mais sintética) e SCHIEK, Dagmar. *Differenzierte Gerechtigkeit: Diskriminierungsschutz und Vertragsrecht*. Baden-Baden: Nomos, 2000, p. 49 et seq. (de forma mais ampliada); BARNARD, Catherine; HEPPEL, Bob. Substantive equality. *Cambridge Law Journal*, Cambridge, v. 59, n. 3, p. 562-585, Nov. 2000, em especial p. 562 et seq.; GRÜNBERGER, Michael. *Personale Gleichheit: Der Grundsatz der Gleichbehandlung im Zivilrecht*. Baden-Baden: Nomos, 2013, p. 710 et seq.

203. Essas ressalvas não são recentes, como comprova o trabalho de Götz Hueck, dedicado ao princípio da igualdade de tratamento no Direito Privado. Cf. HUECK, Götz. *Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht*. München: C.H. Beck, 1958. Bd. 8, p. 20 et seq.

204. Ver tópico 4.3.

205. GARDNER, John. *Liberalism and the Law*. Oxford, v. 9, n. 1, p. 1-10, 1998. da igualdade de tratamento. Justiça, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 1-10, 1998. COLLINS, Hugh. *Discrimination*. Review, London, v. 66, n. 1, p. 1-10, 1998.

206. Entre outros, ver o instituto da igualdade de tratamento without equality. *Modern Law Review*, p. 191 et seq.

207. KHAITAN, Tarunabh. *Discrimination*. Press, 2015, p. 7.

208. COLLINS, Hugh. *Discrimination*. Review, London, v. 66, n. 1, p. 1-10, 1998. Richard. *Discrimination*. Deborah; MOREAU, Sophie. *Discrimination*. law. Oxford: Oxford University Press, 2015.

unificar essas distinções em uma mesma entidade mais geral e abrangente – “a” igualdade – , não se pode perder de vista que, para cada uma dessas situações, distintas bases “justificadoras” se fazem necessárias, considerando serem distintos os seus campos de aplicação.²⁰⁵

Além disso, se são diversas as noções de igualdade aplicáveis à antidis-
criminação, a própria igualdade acaba de claudicar como método, haja vista
que falta uma unidade (e, portanto, uma *igualdade*) acerca da aplicação da
própria igualdade. Paralelamente, alega-se que normas antidiscriminatórias
não seriam efetivamente igualitárias, na medida em que só se voltariam a cer-
tos grupos, não abrangendo necessariamente todos aqueles que – ao menos
teoricamente – demandam ou poderiam demandar tratamento igualitário.
Por fim, lembra-se que a igualdade, por si, não tem condições de garantir a
qualidade do tratamento a ser dispensado aos destinatários da proteção, ten-
do em conta que o nivelamento “para baixo” também é uma forma de atingir
a igualdade.²⁰⁶

Por sua vez, para os sustentadores da “*liberdade*” (amplamente conside-
rada) como fundamento da antidiscriminação, esta se destinaria a permitir
as condições para o real exercício da liberdade e da autonomia.²⁰⁷ A função
exercida pelas normas antidiscriminatórias seria melhorar as condições so-
ciais de certos grupos, para o que a igualdade, notadamente a igualdade de
tratamento, teria um papel instrumental de mecanismo para a realização des-
te fim.²⁰⁸ Hugh Collings fala em inclusão social como função dessas normas,

205. GARDNER, John. Liberals and unlawful discrimination. Oxford Journal of Legal Studies, Oxford, v. 9, n. 1, p. 1-13, 1989, p. 3 et seq.; NEUNER, Jörg. O princípio da igualdade de tratamento no Direito Privado Alemão. Direitos Fundamentais e Justiça, Porto Alegre, v. 2, n. 2, p. 78-92, jan./mar. 2008, especialmente p. 78 et seq.; COLLINS, Hugh. Discrimination, equality and social inclusion. The Modern Law Review, London, v. 66, n. 1, p. 16-43, jan. 2003.
206. Entre outros, ver o instigante ensaio de HOLMES, Elisa. Anti-Discrimination rights without equality. Modern Law Review, London, v. 68, p. 175-194, May 2005, espe- cialmente, p. 191 et seq.
207. KHAITAN, Tarunabh. A theory of discrimination law. Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 7.
208. COLLINS, Hugh. Discrimination, equality and social inclusion. The Modern Law Re- view, London, v. 66, n. 1, p. 16-43, jan. 2003, especialmente p. 16 et seq.; ARNESON, Richard. Discrimination, disparate impact, and theories of justice. In: HELLMAN, Deborah; MOREAU, Sophia (Hrsg.). Philosophical foundations of discrimination law. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 87-111.

...ançes ou de oportu-
igualdade aqui con-
nento igualitário, no
como “substancial”,
tratamento igualita-
ativo de se chegar a
que, para se atingir
a justificáveis. Nessa
menos, algumas de-
movendo uma maior
“material” ou “subs-
alamente mais aceita
vel. Diversos autores
de possa ser acolhida
compreendida, pelo
cional-se ao método,
o dever de igualdade
amento diferenciado.
s são distintos e, por
ns casos, ela envolve
asos, ela corresponde
conquanto se possam

voltadas a pessoas que são privadas dos usuais benefícios da cidadania.²⁰⁹ Portanto, a referência à igualdade parece destituída de sentido. Do ponto de vista contratual, normas antidiscriminatórias teriam por função assegurar a realização de alguns pré-requisitos necessários ao efetivo exercício da autonomia privada.²¹⁰

Para os defensores da “*dignidade*”, a antidiscriminação fundar-se-ia no valor jurídico do ser humano e no dever de reconhecimento desse valor, a partir do qual decorreriam não só normas impositivas de tratamento igualitário, como também normas destinadas à promoção das condições sociais de certos grupos, sem o que a dignidade não se concretizaria.²¹¹ Além disso, a dignidade oferece um critério neutro, não vinculado ao sexo, ou à raça, ou à religião etc. e, desse modo, além de ser mais abrangente, mostra-se capaz de sustentar normas antidiscriminatórias sem os dilemas próprios da igualdade.²¹² Para alguns

209. COLLINS, Hugh. Discrimination, equality and social inclusion. *The Modern Law Review*, London, v. 66, n. 1, p. 16-43, Jan. 2003, em especial p. 16.

210. NEUNER, Jörg. Diskriminierungsschutz durch Privatrecht. *Juristische Zeitung*, Tübingen, v. 58, n. 1, p. 57-66, Jan. 2003, em especial p. 57.

211. RÉAUME, Denise. Dignity, equality, and comparison. In: HELLMAN, Deborah; MOREAU, Sophia (Ed.). *Philosophical foundations of discrimination law*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 7-27. Part I: What Makes Discrimination Wrong? Especialmente p. 22 et seq. Aceita a dignidade como um dos fundamentos da vedação de discriminação, também, CANARIS, Claus-Wilhelm. Considerações a respeito da posição de proibições de discriminação no sistema do direito privado. *Direitos Fundamentais e Justiça*, Porto Alegre, v. 7, n. 22, p. 15-20, jan./mar. 2013, em especial p. 16; NEUNER, Jörg. O princípio da igualdade de tratamento no Direito Privado Alemão. *Direitos Fundamentais e Justiça*, Porto Alegre, v. 2, n. 2, p. 78-92, jan./mar. 2008, em especial p. 80 et seq.; SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 91 et seq. Para referência bibliográficas complementares, ver SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. A proteção contra discriminação no direito contratual brasileiro. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, n. 1, p. 41-64, out./dez. 2014, especialmente p. 46, nota 20.

212. BAER, Susanne. Würde oder Gleichheit?: Zur angemessenen grundrechtlichen Konzeption von Recht gegen Diskriminierung am Beispiel sexueller Belästigung am Arbeitsplatz in der Bundesrepublik Deutschland und den USA. Baden-Baden: Nomos, 1995, p. 220. Destaca-se que a relação entre antidiscriminação e dignidade da pessoa humana não é aceita sem ressalvas. Nesse sentido, TIEDEMANN, Paul. *Menschenwürde als Rechtsbegriff: Eine philosophische Klärung*. 3. Aufl. Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag, 2012, p. 457, para quem a mera existência de discriminação não resultaria, necessariamente, em ataque à dignidade humana, haja vista que a

autores que sustentam ser a igualdade, a igualdade representa a dignidade, não propriamente a dignidade.

Como se constata, toda a discussão sobre a dignidade parece corresponder ao mesmo entendimento por “antidiscriminação”. No entanto, percebe-se um fundamento para o Direito. Essa incerteza e a relativa dificuldade de justificar certas parcelas do tema à luz dos estudos do tema à luz dos sugeridos fundamentos, conquanto não tenham conseguido de todo o conjunto.²¹³

As óbvias dificuldades de fundamentar a antidiscriminação encontram-se não só nos aspectos jurídicos, mas também nas dificuldades de encontrar um “ramo” jurídico ou, pelo menos, se realiza, sem dúvida, por uma compreensão dessa realidade atual e/ou em análises de conflitos de fundamentos diversos, ao mesmo tempo, a partir desses mesmos fundamentos.

2.4.2 Enfoques e perspectivas

Ao falar-se de antidiscriminação, logias, objetivos, métodos e virtuosos para orientar ações. Richard Wasserstrom, em uma década de 1970, dividiu o t

discriminação não gera ne- do discriminado consigo m

213. Nesse sentido, no Brasil, A da dignidade da pessoa hun São Paulo: Saraiva, 2004. p.

214. KHAITAN, Tarunabh. A th Press, 2015, p. 8.

autores que sustentam ser a dignidade humana o fundamento da antidiscri-minação, a igualdade representaria um valor-méio, um mecanismo para atingir-se a dignidade, não propriamente um valor-fim.²¹³

Como se constata, todos esses fundamentos se mostram razoáveis e parecem corresponder ao menos a uma significativa parcela daquilo que se pode entender por "antidiscriminação" e daquilo que, na prática jurídica, é coberto por ela. No entanto, percebe-se também que um claro, incontestoso ou unitário fundamento para o Direito da Antidiscriminação não se revela evidente. Essa incerteza e a relativa correção dos fundamentos apontados, ao menos para justificar certas parcelas do Direito da Antidiscriminação, têm conduzido muitos estudiosos do tema à adoção do pluralismo. Nessa compreensão, cada um dos sugeridos fundamentos sublinha aspectos relevantes da antidiscriminação, conquanto não tenham condições de oferecer, unitariamente, uma visão suficiente de todo o conjunto.²¹⁴

As óbvias dificuldades de uma visão multidimensional de fundamentos jurídicos encontram-se não só na ausência de clareza quanto aos objetivos, mas também nas dificuldades de se estabelecerem limites mais nítidos à atuação de um "ramo" jurídico ou, pelo menos, de um conjunto de normas cuja função se realiza, sem dúvida, por meio de atuações concretas. No entanto, uma compreensão dessa realidade auxilia inegavelmente em processos interpretativos ou em análises de conflito, na proporção em que admite a aplicabilidade de fundamentos diversos, ao mesmo tempo em que identifica a intensidade relativa desses mesmos fundamentos.

4.2.2 Enfoques e perspectivas de análise

Ao falar-se de antidiscriminação, confunde-se com muita frequência ideologias, objetivos, métodos e interesses, em um emaranhado indistinto e pouco frutuoso para orientar ações concretas. Em busca de uma maior clareza, Richard Wasserstrom, em um artigo seminal publicado na segunda metade da década de 1970, dividiu o tema geral, "antidiscriminação", em três distintos

13. Nesse sentido, no Brasil, AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. In: ———. Estudos e pareceres de direito privado. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 21.
14. KHAITAN, Tarunabh. A theory of discrimination law. Oxford: Oxford University Press, 2015. p. 8.

...e sentido. Do ponto de
...por função assegurar a
...ativo exercício da auto-

o fundar-se-ia no valor desse valor, a partir do entio igualitário, como sociais de certos grupos em disso, a dignidade raça, ou à religião etc. capaz de sustentar normalidade.²¹² Para alguns

clusion. The Modern Law
al p. 16.
Juristische Zeitung, Tu-

ELLMAN, Deborah; MO-
crimination law. Oxford:
s: Discrimination Wrong?
fundamentos da vedação
nsiderações a respeito da
to privado. Direitos Fun-

[illegible]

umana, haja vista que a

Por sua vez, quando fundada em fatos, a racionalidade se apresenta e, assim, há que se dividir entre aquelas decisões que são razoáveis e as que não são. Para tanto é que são identificados alguns critérios protegidos que, quando utilizados, indiciam a existência de discriminação. Uma decisão fundada nesses critérios será admissível, porém, quando fundada em um motivo justo e, para o caso, proporcional. A proibição de discriminação, nessa perspectiva, significa uma relativa proibição de diferenciação com base em determinados critérios.

A segunda perspectiva, estruturada a partir dos estudos de Owen Fiss, publicados na década de 1970,²²⁰ distingue-se da primeira por sua maior vinculação com a dinâmica de grupos sociais. Para ela, a discriminação tem de ser compreendida, e atacada, a partir da compreensão do modo como os grupos são vistos e “ordenados” socialmente, ou seja, a partir da hierarquização entre uns e outros.²²¹ Assim, não se mostra suficiente para debelar o problema da discriminação que uma proteção se limite aos aspectos individuais da questão. O indivíduo exerceria um papel de representante de um grupo, este, sim, o destinatário último – e, por outro lado, o motivador – do ato discriminatório. Mais do que isso, a proteção focada no indivíduo, deixando em segundo plano a dimensão coletiva da discriminação, acabaria por manter as antigas matrizes orientadoras das relações sociais, com a consequente permanência de processos discriminatórios.

Nessa perspectiva, os critérios protegidos são apenas pontos genéricos a partir dos quais os grupos efetivamente demandantes de tutela devem ser identificados. Não se busca proteger o sexo, mas, sim, as mulheres; não se busca proteger a “raça”, mas, sim, os negros; não se busca proteger a orientação sexual, mas, sim, os homossexuais e assim sucessivamente. Por isso, em muitas situações, a mera vedação de diferenciação a partir de determinados critérios,

ou a não utilização de certos critérios de proteção pode ser suficiente. Sendo a discriminação um fenômeno estrutural, as medidas antidiscriminatórias rompem com a ordem de sorte a garantir uma maior igualdade.

Como se pode constatar, os critérios são, em certo sentido, mutuamente antagônicos, as perspectivas são complementares.²²³ Cada uma delas, ao adotar uma perspectiva diferente, é legitimada pelo ordenamento em relação à redução social da desigualdade. A perspectiva sobre a melhor perspectiva a ser adotada, sob as perspectivas auxiliares na melhor das suas facetas e enfoques, é a que prioriza os grupos, como é o caso das ações afirmativas.

Tendo-se uma maior clareza sobre o modo de atuação, cabe buscar identificar como, e em que medida, o contrato se adaptam.

220. FISS, Owen M. Groups and the equal protection clause. *Philosophy and Public Affairs*, Princeton, v. 5, n. 2, p. 107-177, 1976. O artigo de Owen Fiss é contemporâneo ao de Paul Brest referido acima. Ambos se manifestam a favor da antidiscriminação, mas analisam o tema sob perspectivas diversas.

221. BAER, Susanne. *Würde oder Gleichheit?: Zur angemessenen grundrechtlichen Konzeption von Recht gegen Diskriminierung am Beispiel sexueller Belästigung am Arbeitsplatz in der Bundesrepublik Deutschland und den USA*. Baden-Baden: Nomos, 1995, p. 48 et seq. e 221 et seq.; SACKSOFSKY, Ute. *Das Grundrecht auf Gleichberechtigung: Eine rechtsdogmatische Untersuchung zu Artikel 3 Absatz 2 des Grundgesetzes*. 2. Aufl. Baden-Baden: Nomos, 1996, p. 312. No Brasil, desenvolve essa perspectiva MOREIRA, Adilson José. *União homoafetiva: a construção da igualdade na jurisprudência brasileira*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 216 et seq.

222. Nesse sentido, SACKSOFSKY, Ute. *Das Grundrecht auf Gleichberechtigung: Eine rechtsdogmatische Untersuchung zu Artikel 3 Absatz 2 des Grundgesetzes*. Baden-Baden: Nomos, 1996, p. 312. No Brasil, desenvolve essa perspectiva MOREIRA, Adilson José. *União homoafetiva: a construção da igualdade na jurisprudência brasileira*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 216 et seq.

223. SCHIEK, op. cit., p. 48.

ou a não utilização de certos critérios de modo a privilegiar os grupos demandantes de proteção pode determinar a manutenção do *status quo* discriminante. Sendo a discriminação um reflexo da hierarquização social, caberia às normas antidiscriminatórias romper com os processos que geram essa hierarquização, de sorte a garantir uma maior igualdade de chances.²²²

Como se pode constatar, apesar de representarem pontos de vista aparentemente antagônicos, as perspectivas acima referidas se mostram, em verdade, complementares.²²³ Cada uma enfoca ideais parcialmente distintos e sugerem a adoção de diferentes instrumentos, cujo uso em conjunto e desde que devidamente legitimado pelo ordenamento, pode corresponder a uma potencialização em relação à redução social de discriminações, ainda que ausente o consenso sobre a melhor perspectiva a ser adotada. De todo modo, a identificação dessas perspectivas auxilia na melhor compreensão do Direito da Antidiscriminação, das suas facetas e enfoques, bem como de alguns mecanismos que lhe são próprios, como é o caso das ações afirmativas.

Tendo-se uma maior clareza acerca do Direito da Antidiscriminação e do seu modo de atuação, cabe agora voltar os olhos para o Direito Contratual e buscar identificar como, e em que medida, antidiscriminação e Direito Contratual se adaptam.

222. Nesse sentido, SACKSOFSKY, Ute. Das Grundrecht auf Gleichberechtigung: Eine rechtsdogmatische Untersuchung zu Artikel 3 Absatz 2 des Grundgesetzes. 2. Aufl. Baden-Baden: Nomos, 1996, p. 312; SCHIEK, Dagmar. Differenzierte Gerechtigkeit: Diskriminierungsschutz und Vertragsrecht. Baden-Baden: Nomos, 2000, p. 37; NIC-KEL, Rainer. Gleichheit und Differenz in der vielfältigen Republik: Plädoyer für ein erweitertes Antidiskriminierungsrecht. Baden-Baden: Nomos, 1999, p. 86.

223. SCHIEK, op. cit., p. 48.

ade se apresenta e, assim, zováveis e as que não são. otégidos que, quando uti-na decisão fundada nesses um motivo justo e, para essa perspectiva, significa determinados critérios.

studos de Owen Fiss, pu-eira por sua maior vincu-discriminação tem de ser do modo como os grupos r da hierarquização entre a debelar o problema da os individuais da questão. e um grupo, este, sim, o - do ato discriminatório. xando em segundo plano manter as antigas matrizes permanência de proces-

enas pontos genéricos a de tutela devem ser iden-s mulheres; não se busca proteger a orientação se-ente. Por isso, em muitas e determinados critérios.

. Philosophy and Public Af-Owen Fiss é contemporâneo favor da antidiscriminação.

enen grundrechtlichen Kon-rexueller Belästigung am Ar-USA. Baden-Baden: Nomos. s Grundrecht auf Gleichbe-rtikel 3 Absatz 2 des Grund-No Brasil, desenhove essa a: a construção da igualdade et seq.

último do Direito Privado,¹⁰⁶ assim como o fundamento legitimatório da aplicação da justiça distributiva no Direito Privado.¹⁰⁷ Alguns trabalhos sustentam a necessidade da introdução de normas de caráter distributivo no Direito Contratual, baseando-a nos mais diversos fundamentos, desde um dever de solidariedade social aplicável aos contratos e ancorado na Constituição, até a necessidade de uma interpretação solidária de cláusulas gerais ou princípios contratuais, como a boa-fé objetiva.¹⁰⁸ Outros, repudiam, também sob diversos fundamentos, o caráter distributivo do Direito Contratual.¹⁰⁹

Essas e outras abordagens são remissíveis a discussão em torno da aplicação de uma forma de justiça que se poderia considerar “distributiva” e, assim, poderiam remeter ao tema do presente tópico.¹¹⁰ Todavia, essa mitidade de opiniões, teses, razões, explicações e fundamentos, que vão da filosofia prática à ideologia, passando pela dogmática jurídica e pela economia, apenas interessam tangencialmente ao foco da análise que aqui se faz necessária. O que se busca por ora não é discutir a correção ou a oportunidade das normas de justiça distributiva aplicáveis aos contratos e, tampouco, apreciar filosoficamente as formas de justiça particular em Aristóteles. O intuito encontra-se em identificar o modo como essas normas atuam. É isso que informará o perfil do princípio antidiscriminatório que se pretende entender.

106. WEINRIB, Ernest Joseph. The idea of private law. Cambridge: Harvard University Press, 1995. Em certa medida, essa também é a preocupação de GORDLEY, James. Foundations of private law: property, tort, contract, unjust enrichment. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 7 et seq. No Brasil, o tema foi analisado, mais recentemente, em DRESCHE, Rafael de Freitas Valle. Fundamentos do direito privado: uma teoria da justiça e da dignidade humana. São Paulo: Atlas, 2013.
107. NOZICK, Robert. Anarquia, Estado e utopia. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
108. NEGREIROS, Teresa. Teoria do contrato: novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002; KONDER, Carlos Nelson; RENTERIA, Pablo. A funcionalização das relações obrigacionais: interesse do credor e patrimonialidade da prestação. In: TEPELINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). Diálogos sobre direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, v. 2, p. 265-297, em especial p. 265 et seq.
109. TIMM, Luciano Benetti. O novo direito civil: ensaios sobre o mercado, a reprivatização do direito civil e a privatização do direito público. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. E, do mesmo autor, Direito contratual brasileiro, ver TIMM, Luciano Benetti. Direito contratual brasileiro: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
110. Um apanhado das mais diversas posições sobre o tema foi realizado por MUNOZ, Maria Paula Costa Bertran. Justiça e contrato: entre comutar e distribuir. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2015, p. 188 et seq.

ntos privados, havendo
antidiscriminação. Ao
entes no ordenamento
ante a algumas normas
da igualdade subjetiva
discriminação, alguns
de vedações ao uso de
regimes tendem a re-
ela vontade das partes,
plicada, mas, sim, uma
e se afastar da norma o
tra semelhanças com a
das diferenciadoras são
alidade.
Direito Privado e, mais
etabilidade de, ao me-
ente voltadas a vedação
distributiva no Direito
antidiscriminação tam-

Para tanto, inicialmente será promovida uma descrição explicativa da noção de justiça particular aristotélica e, depois, analisada a atuação da justiça distributiva no Direito Contratual.

4.5.1 *As justiças particulares aristotélicas: notas explicativas sobre as justiças distributiva e comutativa*

Para uma apreensão das noções de justiça distributiva e comutativa relevantes para o presente estudo, cabe abordar o modo como ambas são compreendidas e as naturezas, formal ou material, que elas possuem.¹¹¹

4.5.1.1 *Caracterização das justiças particulares*

De uma forma ampla, a justiça em Aristóteles é divisível em *geral* e *particular*.¹¹² A justiça *geral* pode ser entendida a partir da noção de virtude, apesar de com ela não se confundir. A justiça *geral* corresponde à noção de virtude e, de fato, Aristóteles afirma que a justiça é a “completude da virtude”.¹¹³ O que é distintivo na justiça em relação às virtudes é que ela, a justiça, olha para a ação requerida pelas demais virtudes (coragem, temperança etc.) sob o aspecto do impacto que o ato virtuoso tem no outro. Assim, a ação de um soldado covarde

111. As explicações de Aristóteles acerca da sua compreensão de justiça particular são vagas e, não por acaso, deram esteio a tantas discussões a respeito do tema ao longo dos séculos. Entre as discussões, encontra-se a questão terminológica a descrever o que aqui se está referindo como “justiça comutativa”, muitas vezes referida como “justiça corretiva” e se as formas de justiça particular se dividiram em apenas duas ou se envolveriam outras formas. Com relação à terminologia, destaca-se que Aristóteles, ao descrever essa forma de justiça particular, valeu-se de um exemplo vinculado à recomposição de dano causado, razão pela qual o termo “corretiva” se apresenta mais adequado. No entanto, como a ideia de “correção” não remete diretamente aos contratos e pelo fato de a designação “justiça comutativa” ser mais usual no Brasil, será ela utilizada. Além disso, não se entrará na discussão sobre a existência de mais espécies da justiça particular, haja vista a desnecessidade para o presente estudo. Sobre o tema, ver MICHELON, Claudio. *The virtuous circularity: positive law and particular justice*. *Ratio Juris*, Oxford, v. 27, n. 2, p. 271-287, June 2014, especialmente p. 273. Também não se entrará aqui na distinção entre as subclasses da justiça comutativa procedida por Aristóteles. Sobre o tema, ver DEL VECCHIO, Giorgio. *Lezioni di filosofia del diritto*. 3a ed. Roma: Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, 1936, p. 32 et seq.

112. ARISTÓTELES. *Ética a nicômacos*. Tradução de Mário da Gama Kury. 4. ed. Brasília: Editora UnB, 2001, em especial 1130a14 / 1131a9.

113. *Ibid.*, 1129b.

que abandona o escudo apenas em seu próprio (gem), mas também no (dados (e para a cidade q se focam primariamente temperança, coragem et uma relação com o outr em seu conteúdo, como para serem aplicadas a distancia da virtude, na intersubjetivo.

Por sua vez, a justiça se dedica às “alocações”. mas também relações qu deveres etc., a justiça pa destes “bens” aos memb tanto, as atribuições a ur de honras a ônus, de dire Quando se atribui algu É aqui que entra em cen tativa. Cada uma corres essas atribuições.¹¹⁶

A justiça distributiva v no âmbito de uma socied pessoas envolvidas. A no só a méritos em sentido e cessidades, a pendores na buscado em maior grau o objeto da alocação. Em ú critérios vinculados à pes

114. WEINRIB, Ernest Josep p. 211-226, Dec. 1989, e swissenschaft und Rech

115. GORDLEY, James. *Found ment*. Oxford: Oxford U

116. ARISTÓTELES. *Ética a n DF: Editora UnB, 2001,*

que abandona o escudo e foge do campo de batalha possui um impacto não apenas em seu próprio destino (ele demonstra não possuir a virtude da coragem), mas também no destino dos outros, já que o perigo para os demais soldados (e para a cidade que procuram defender) aumenta. Enquanto as virtudes se focam primariamente no indivíduo que pratica a ação (em sua prudência, temperança, coragem etc.), a noção de justiça não é individual, mas pressupõe uma relação com o outro.¹¹⁴ Nesse sentido, a justiça geral pode ser entendida, em seu conteúdo, como as "virtudes" reconhecidas em uma dada sociedade para serem aplicadas a ela própria. Porém, em sua atuação, a justiça geral se distancia da virtude, na medida em que seu foco é um processo de interação intersubjetivo.

Por sua vez, a *justiça particular*, que é parte da justiça geral, é aquela que se dedica às "alocações". Como a vida humana envolve não somente virtudes, mas também relações que dizem respeito a coisas, honrarias, ônus, direitos e deveres etc., a justiça particular se ocupa dos critérios relativos à atribuição destes "bens" aos membros da sociedade.¹¹⁵ Por "alocações", entende-se, portanto, as atribuições a um sujeito de tudo aquilo que pode ser predicado a ele, de honras a ônus, de direitos a deveres, de bens a encargos.

Quando se atribui algo a alguém, faz-se em razão de determinados critérios. E aqui que entra em cena a distinção entre *justiça distributiva* e *justiça comutativa*. Cada uma corresponde a modelos racionais distintos de realizarem-se essas atribuições.¹¹⁶

A *justiça distributiva* volta-se à repartição das honras, direitos, cargas e ônus no âmbito de uma sociedade com base em critérios voltados aos "méritos" das pessoas envolvidas. A noção de "mérito" é ampla, podendo corresponder não só a méritos em sentido estrito, mas também à capacidade contributiva, a necessidades, a pendores naturais etc. Sendo assim, aquele que possui o mérito buscado em maior grau ou, conforme o caso, em grau suficiente, receberá o objeto da alocação. Em última instância, o que determinará a atribuição serão critérios vinculados à pessoa do seu (possível) destinatário.

descrição explicativa da noção usada a atuação da justiça explicativas sobre as

ativa e comutativa relevantes no ambas são compreendidos em.¹¹¹

es

divisível em geral e particular a noção de virtude, apesar onde a noção de virtude e, "onde da virtude".¹¹³ O que é a justiça, olha para a ação (etc.) sob o aspecto doção de um solidado covarde

ção de justiça particular são variedade do respeito do tema ao longo dos terminológica a descrever o que tantas vezes referida como "justiças" dividiram em apenas duas ou se gita, destaca-se que Aristóteles, e de um exemplo vinculado à o "corretiva" se apresenta mais o remete diretamente aos com "ser mais usual no Brasil, será sobre a existência de mais espécies o presente estudo. Sobre o ity: positive law and particular ne 2014, especialmente p. 273. obclasses da justiça comutativa CCHIO, Giorgio. Lezioni di filosofia del Diritto, 1936, da Gama Kury. 4. ed. Brasília,

114. WEINRIB, Ernest Joseph. *Aristotle's forms of justice*. Ratio Juris, Oxford, v. 2, n. 3, p. 211-226, Dec. 1989, em especial p. 212; HORN, Norbert. Einführung in die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie. 4. Aufl. München: C. F. Müller, 2007, p. 158.
115. GORDLEY, James. *Foundations of private law: property, tort, contract, unjust enrichment*. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 8.
116. ARISTÓTELES. *Ética a nicômacos*. Tradução de Mário da Gama Kury. 4. ed. Brasília, DF: Editora UnB, 2001, especialmente 1130b / 1131a.

Nesse sentido, um herói de guerra pode receber, em razão do seu heroísmo em batalha, uma condecoração ou um posto mais elevado no exército, bem como alguém com especial capacidade contributiva pode receber, em razão dessa capacidade, uma carga tributária maior. Aristóteles fala da existência, aqui, de uma “justiça geométrica”.¹¹⁷ Ela é “geométrica” na medida em que envolve, pelo menos, quatro elementos: (i) a participação de “A” no bem e (ii) o mérito de “A”, (iii) a participação de “B” no bem e (iv) o mérito de “B”. A participação de “A” no bem tem de ser equivalente ao mérito de “A”, ao passo que a participação de “B” no mesmo bem tem de ser equivalente ao mérito de “B”, sendo que as participações de “A” e de “B” têm de ser proporcionais entre si, respeitando a relevância relativa dos respectivos méritos. Em outras palavras, a participação de “A” no bem está para a participação de “B” no mesmo bem assim como o mérito de “A” está para o mérito de “B”.¹¹⁸

Por sua vez, a *justiça comutativa* é a justiça da troca ou da equivalência.¹¹⁹ É o que ocorre na troca de uma soma de dinheiro por uma casa, ou no ressarcimento do dano causado pelo seu respectivo valor pecuniário. Nessas hipóteses, o que é considerado é a equivalência entre a casa e o dinheiro, ou entre o dano e a sua reparação. A justiça comutativa se volta, portanto, ao equilíbrio entre prestações ou entre coisas, não entrando em questão as qualidades subjetivas dos indivíduos envolvidos. Admitindo-se, por hipótese, que a responsabilidade civil seja gerenciada pela noção de justiça comutativa, então nenhuma diferença fará se o causador do dano é um probo e valoroso cidadão, e a vítima, um notório velhaco perdulário. O dano causado à vítima tem de ser recomposto ao lesado pelo seu equivalente, independentemente das particularidades subjetivas das partes envolvidas.¹²⁰ Daí porque se refere Aristóteles a uma “justiça aritmética”. Nesses casos, a justiça atua para restaurar uma igualdade original que foi atingida.¹²¹ Não há uma figura geométrica formada. Não há ângulo, mas apenas uma linha a vincular um bem a outro, uma prestação a outra, um ressarcimento a um dano e assim por diante.

117. ARISTÓTELES. *Ética a nicômacos*. Tradução de Mário da Gama Kury. 4. ed. Brasília, DF: Editora UnB, 2001, em especial 1131b.

118. WEINRIB, Ernest Joseph. Aristotle's forms of justice. *Ratio Juris*, Oxford, v. 2, n. 3, p. 211-226, Dec. 1989, especialmente p. 214.

119. HORN, Norbert. *Einführung in die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie*. 4. Aufl. München: C. F. Müller, 2007, p. 159.

120. ARISTÓTELES. *Ética a nicômacos*. Tradução de Mário da Gama Kury. 4. ed. Brasília, DF: Editora UnB, 2001, em especial 1132a.

121. WEINRIB, 1989, loc. cit.

Como se cons...
com base em uma...
tos relacionados a...
critério é assenta...
como também se...
não implica um...
referiu que o dan...
civil for governad...
regulada jurídica...
total ou parcialm...
perfeitamente pos...
nada ordem juríd...
de pagar uma qua...
minorado ou maj...

Ao menos na d...
um conteúdo mate...

4.5.1.2 O fo... cont...

A ausência de...
zir a, pelo menos,

O primeiro mo...
são de que, não h...
isso, o relevo não...
que determina o...
de Kelsen, desenv...
as espécies de jus...
determinar o que...
essa resposta depe...
ção. Lembre-se q...

122. MICHELON, C...
Ratio Juris, Ox...
RIB, Ernest Jos...
226, Dec. 1989

123. KELSEN, Hans...
Berkeley: Univ...
seq.

Como se constata, enquanto que, na justiça comutativa, a atribuição é feita com base em uma relação de equivalência extra-subjetiva, vale dizer, em aspectos relacionados aos objetos em questão, na justiça distributiva, ao contrário, o critério é assentado exatamente na pessoa vinculada à atribuição. Além disso, como também se constata, a distinção entre as espécies de justiça particular não implica um dado conteúdo a compor cada uma delas. Não por acaso se referiu que o dano será recomposto pelo seu equivalente se a responsabilidade civil for governada pela justiça comutativa. Mas nada impede que uma relação regulada juridicamente no âmbito da responsabilidade civil seja governada, total ou parcialmente, por critérios de justiça distributiva. Nesse caso, seria perfeitamente possível que, em razão de normas particulares de uma determinada ordem jurídica, um dano causado por um ato negligente acarrete o dever de pagar uma quantia a um dado grupo necessitado, ou que o valor possa ser minorado ou majorado conforme o grau da culpa do causador.

Ao menos na discussão de Aristóteles sobre a justiça, não se mostra encontrável um conteúdo material a determinar cada uma das formas de justiça particular.¹²²

4.5.1.2 O formalismo das modalidades de justiça particular e sua contribuição ao tema

A ausência de um conteúdo nas espécies de justiça particular pode conduzir a, pelo menos, três modos de utilização dessas estruturas conceituais.

O *primário modo* é o ceticismo sobre essa utilidade, ou seja, a compreensão de que, não havendo conteúdo próprio, qualquer conteúdo serviria e, por isso, o relevo não poderia ser dado à forma, oca por natureza, mas, sim, aquilo que determina o conteúdo a ser inserido nela. Essa, em síntese, é a posição de Kelsen, desenvolvida em um de seus estudos sobre a justiça.¹²³ Para ele, se as espécies de justiça particular de Aristóteles não estabelecem critérios para determinar o que é justo ou não em um dado caso concreto, haja vista que essa resposta depende do Direito positivo aplicável, então elas não teriam função. Lembra-se que Kelsen é um relativista moral e que qualquer senso de

122. MICHELON, Claudio. The virtuous circularity: positive law and particular justice. *Ratio Juris*, Oxford, v. 27, n. 2, p. 271-287, June 2014, em especial p. 274-275; WEIN- RIB, Ernest Joseph. Aristotle's forms of justice. *Ratio Juris*, Oxford, v. 2, n. 3, p. 211-226, Dec. 1989, em especial p. 214.
123. KELSEN, Hans. Aristotle's doctrine of justice. In: KELSEN, Hans. What is justice? Berkeley: University of California Press, 1957. p. 110-136, especialmente p. 110 et seq.

razão do seu heroísmo evado no exercício, bem pode receber, em razão tes fala da existência, "ica" na medida em que ção de "A" no bem e (ii) (iv) o mérito de "B". A mérito de "A", ao passo quivalente ao mérito de ser proporcionais entre éteritos. Em outras pala- ção de "B" no mesmo "B".¹¹⁸

ou da equivalência.¹¹⁹ E ma casa, ou no ressarci- nário. Nessas hipóteses, inheiro, ou entre o dano into, ao equilíbrio entre as qualidades subjetivas e, que a responsabili- va, então nenhuma dife- tem de ser recomposto as particularidades sub- rístóteles a uma "justiça uma igualdade original rmada. Não há ângulo, a prestação a outra, um

to Juris, Oxford, v. 2, n. 3, fi und Rechtsphilosophie, Gama Kury. 4. ed. Brasília,

um dever-ser objetivo só pode ser derivado de uma pressuposição (a norma fundamental) que é, ela mesma, uma escolha subjetiva do cientista. O projeto kelseniano afirma que qualquer conteúdo moral objetivo, inclusive os critérios aristotélicos de justiça, é impossível de ser acolhido.

O segundo modo de utilização dessas estruturas conceituais é por meio da atribuição a elas dos conteúdos que elas não possuem. Em outras palavras, a utilização se dá pela organização dos critérios materiais de justiça a serem incorporados, depois, às formas. É o que fazem os autores que desenvolveram teorias da justiça. Para citar apenas duas entre as mais conhecidas, lembram-se as teorias de Rawls e Nozick.¹²⁴

Para Rawls, a distribuição de liberdades e direitos políticos deve ser feita a todos igualmente (“princípio da liberdade”). Esses “bens”, que compõem o seu primeiro princípio, são mais vinculados ao Direito Público e à organização do Estado. O seu segundo princípio é mais voltado aos bens no sentido do Direito Privado, governando a distribuição destes. Por esse segundo princípio, todos os bens devem ser distribuídos igualmente, a não ser que a desigualdade se justifique pelo fato de gerar maiores benefícios à sociedade como um todo (“princípio da diferença”).¹²⁵

Por sua vez, para Nozick, as alocações devem se estabelecer entre as pessoas em razão da produção da riqueza. Para ele, aquele que produz a riqueza tem direito a ela. As atribuições são feitas inicialmente com base nesse labor e, a partir disso, podem ser trocadas entre os sujeitos. Nesse sentido, se alguém mistura o seu trabalho com algo no mundo e, por causa disso, não só altera o que havia, como também gera valor, este valor adicional (gerado) deve ser atribuído a essa pessoa.¹²⁶

Esses dois exemplos teóricos da justiça oferecem critérios que se podem chamar de “materiais” para a realização de alocações e, portanto, para julgamentos valorativos sobre alocações feitas.¹²⁷ Com base neles, pode-se avaliar

124. Uma análise particularizada dessas teorias em seus desdobramentos na teoria dos contratos, com especial referência à justiça distributiva, foi feita por KRONMAN, Anthony Townsend. *Contract law and distributive justice*. The Yale Law Journal, New Haven, v. 89, n. 3, p. 472-511, Jan. 1980.

125. Cf. RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 57 et seq.

126. NOZICK, Robert. *Anarquia, Estado e utopia*. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 191 et seq.

127. Concepções materiais de justiça não se esgotam nesses dois autores, cujas obras se dedicam a oferecer critérios de justiça. Estes também são postulados parcialmente

se, em um caso respostas que capazes de dar

O terceiro modo de utilização dessas estruturas conceituais é por meio da atribuição a elas dos conteúdos que elas não possuem. Em outras palavras, a utilização se dá pela organização dos critérios materiais de justiça a serem incorporados, depois, às formas. É o que fazem os autores que desenvolveram teorias da justiça. Para citar apenas duas entre as mais conhecidas, lembram-se as teorias de Rawls e Nozick.

Desses três modos de utilização, aqui se faz. Os critérios materiais de justiça são mais vinculados ao Direito Público e à organização do Estado. O seu segundo princípio é mais voltado aos bens no sentido do Direito Privado, governando a distribuição destes. Por esse segundo princípio, todos os bens devem ser distribuídos igualmente, a não ser que a desigualdade se justifique pelo fato de gerar maiores benefícios à sociedade como um todo (“princípio da diferença”).

Entendidas assim, as estruturas conceituais, mais, o seu valor é atribuído a elas. As atribuições são feitas inicialmente com base nesse labor e, a partir disso, podem ser trocadas entre os sujeitos. Nesse sentido, se alguém mistura o seu trabalho com algo no mundo e, por causa disso, não só altera o que havia, como também gera valor, este valor adicional (gerado) deve ser atribuído a essa pessoa.

em manifest James, quando a person has the ability to enable him to Cf. GORDLEY, Jurisprudenc

128. Essa compreensão de Claudio. The Oxford, v. 27, n. 1 of justice. Ra

se, em um caso concreto, uma ação é justa ou não. Esses critérios, portanto, dão respostas que as meras referências às distinções feitas por Aristóteles não são capazes de dar.

O terceiro modo de utilização dessas estruturas conceituais se verifica a partir da compreensão das respectivas intuições, mas não como formas em busca de conteúdo, mas sim – e tão só – como formas entendidas apenas como formas. Nesse terceiro modo, as justas comutativas e distributivas são visualizadas como estruturas racionais que pressupõem uma dada interação. Sem um determinado complemento, elas são incapazes de indicar o caminho a ser seguido. Porém, havendo esse complemento, elas são capazes de indicar a estrutura racional a ser seguida para que não se perca o caminho, e, assim, o uso de qualquer critério de justiça possa fazer sentido.¹²⁸

Desses três modos, é este o que traz elementos relevantes a abordar que aqui se faz. Os dois anteriores são, em essência, filosóficos e, ainda que envolvam relevantes efeitos práticos, esses efeitos não chegam a atingir o tema ora analisado. O ceticismo kantiano para em si mesmo; os conteúdos materiais de justiça vão longe demais. Nenhum deles oferece elementos construtivos para o tema que aqui se busca. No entanto, o mesmo não pode ser dito em relação ao terceiro modo. Este sim oferece aspectos de racionalidade próprios das formas de justiça particular a serem observados.

Entendidas as formas de justiça particular aristotélicas como estruturas formais, o seu valor se encontra na interação que elas envolvem. Essa interação se dá, em primeiro lugar, entre elas próprias. A distribuição só faz sentido na medida em que há comutação e esta, por sua vez, pressupõe uma distribuição prévia. Mas, além disso, as justas particulares pressupõem uma interação externa, ou seja, com o Direito positivo. E aqui é que elas servem ao técnico como ferramentas racionais para compreender – e para criticar – a racionalidade

em manifestações sobre as espécies de justiça particular. É o caso de GORDLEY, James, quando sustenta que “the object of distributive justice is to ensure that each person has the wealth he needs to acquire them. The object of commutative justice is to enable him to obtain them without unfairly diminishing other people's share of wealth.” Cf. GORDLEY, James. The moral foundations of private law. The American Journal of Jurisprudence, Notre Dame, v. 47, n. 1, 2002, p. 1-24, em especial p. 2.

128. Essa compreensão das espécies de justiça particular é encontrada em MICHELON, Claudio. The virtuous circularity: positive law and particular justice. Ratio Juris, Oxford, v. 27, n. 2, p. 271-287, June 2014 e WEINRIB, Ernest Joseph. Aristotle's forms of justice. Ratio Juris, Oxford, v. 2, n. 3, p. 211-226, Dec. 1989.

suposição (a norma do cientista. O projeto inclusive os critérios

Em outras palavras, situações é por meio da de justiça a serem s que desenvolveram

deve ser feita a todos mpõem o seu primeiro nização do Estado. O o Direito Privado, go- todos os bens devem justifique pelo fato de “tipo da diferença”).¹²⁵

decer entre as pessoas produz a riqueza tem base nesse labor e, a e sentido, se alguém a disso, não só altera al (gerado) deve ser rterios que se podem portanto, para julga- neles, pode-se avaliar

ramentos na teoria dos feita por KRONMAN, The Yale Law Journal, ro Pisetta e Lenita M. R. tins Fontes, 2011, p. 191 s autores, cujas obras se postulados parcialmente,

Direito positivo.¹²⁹ Elas

racionalidade, não de

rente dessa interação,

tica – da racionalidade

de “exclusividade”¹³⁰.

atribuição, que pressu-

o um bem é atribuído

rio (seja ele qual for)

didada em que todos os

quando o bem (carga,

re todos os demais se

ga, ônus etc.) será da

Se não houver essa

. Ter-se-á algo incom-

as pode não o ser, ou,

A”, mas isso pode ser

e verifica é que o pro-

-o-se pendente.

o sistema acaba

funciona respeitando

respeito à exclusivi-

ura racional entra em

e sentido. Trata-se de

envolvem um trabalha-

adquirir o automóvel e

bastada, detentora de

alhe por teóricos da pro-

ne da discussão e sobre

reito de propriedade, ver

onto Law Journal, 2008,

a noção de exclusividade

audio. What has Private

th, n. 22.3, p. 329 et seq.

alguns veículos e para quem o conserto do automóvel causará alguns transtornos, mas nenhuma dificuldade financeira. A pessoa desprovida de recursos foi a causadora do acidente por negligência e, para ela, o valor da indenização que terá de pagar lhe será de grande falta.

Nesse caso, é negável que existam bons motivos, tanto para uma atribuição do dever de ressarcir ao trabalhador que deu causa ao acidente por sua negligência, seguindo-se um critério de comutação, quanto para alocar a perda ao não-causador, o rico detentor de vários carros. Além disso, nenhum desses dois critérios se mostra, em si e por si, suficiente para decidir o caso, de sorte que a adoção de um em detrimento do outro só pode ser feita na medida em que se introduz um outro critério, que estabeleça o modo de realizar a atribuição. No caso do Direito, esse critério é dado pelo Direito positivo. É o Direito positivo que estabelece a prevalência do critério de justiça particular específico.

A partir do critério estabelecido pelo Direito positivo (seja ele qual for), a distribuição inicial é realizada e, depois dela, será a justiça comutativa que governará as demais atribuições. Voltando-se ao exemplo acima e admitindo-se aplicável o sistema de atribuição geral baseado no critério da propriedade e, em caso de dano causado por negligência, o dever de indenizar baseado no dano sofrido ao lesado, a resposta sobre a “justiça” da decisão está devidamente dada. O processo atributivo se encerra no dever de pagamento, pelo esforçado trabalhador ao rico hedonista, do valor correspondente ao dano causado.¹³¹

Por certo que essa decisão pode ser criticada pela adoção de qualquer outro critério alocativo. Com efeito, qualquer decisão baseada em um critério de comutação pode ser criticada sob outro critério de distribuição. Mas, se assim se fizer, estar-se-á criticando o resultado de uma forma que é, em si mesmo, racionalmente criticável. Como bem expôs Weinrib lapidariamente, “*the emptiness of these two forms of justice is each its own emptiness and not others*”.¹³²

Se não for respeitado o processo de atribuição, distribuição e comutação entram em choque, passando uma forma de justiça a fazer o papel da outra ou servindo uma como o fator revisor da outra, em um procedimento que se eterniza. O sistema, nesse caso, tende à paralisiação. Porém, importa notar: tal sistema não deixa de se fazer aplicável. A paralisiação aqui referida não é da operação

131. MICHELON, Claudio. The virtuous circularity: positive law and particular justice. Ratio Juris, Oxford, v. 27, n. 2, p. 271-287, June 2014, especialmente p. 281 et seq.

132. WEINRIB, Ernest Joseph. Aristotle's forms of justice. Ratio Juris, Oxford, v. 2, n. 3, p. 211-226, Dec. 1989, em especial p. 220. [Trad. livre: A condição de vazia de cada uma dessas formas de justiça é a sua condição própria, não a da outra].

do sistema, mas, sim, da sua capacidade de dar consistência aos padrões de justiça aplicáveis. É uma paralisação da capacidade do sistema de oferecer uma legitimação valorativamente consistente de suas decisões. Uma paralisação, em última instância, dos padrões de justiça aplicáveis – sejam eles quais forem.

Veja-se nesse sentido, que, se por motivos distributivos, for estabelecido que um trabalhador tenha direito a décimo-terceiro salário ao fim de um ano de trabalho, esse direito só se realiza na medida em que, quando chegar o momento do pagamento, nenhuma outra prioridade da empregadora se antepuser sobre ele. Se, sob a alegação de uma momentânea, mas imperiosa necessidade econômica do empregador, este se entender no direito de suspender o pagamento, o processo atributivo não se concretizará. Por sua vez, se a alegação do empregador for acolhida judicialmente, não mais se saberá qual é o critério aplicável em relação ao pagamento do décimo-terceiro salário.

Da mesma forma, se, em procedimentos de insolvência e por motivos distributivos, uma determinada vantagem foi atribuída a uma dada classe de credores, essa vantagem somente será realizada na medida em que ela excluir as demais classes de credores. Se, por exemplo, créditos trabalhistas preferem créditos não trabalhistas em certa medida, esse benefício somente se concretizará se, posteriormente, outra classe de créditos não passe à frente dos trabalhistas em razão de uma rediscussão sobre o critério de alocação que deve ser aplicado no caso. Admitindo-se que créditos trabalhistas preferem créditos não trabalhistas, uma rediscussão do critério retirará a preferência, e o processo de atribuição não se completará.

Por fim, se, por motivos distributivos, um determinado poder de decisão tiver sido atribuído aos contratantes para livremente decidirem sobre determinados temas e, posteriormente, com base em outros critérios distributivos – igualmente justos e socialmente desejáveis, mas que não correspondentes aos inicialmente deliberados – esse poder for cerceado, alterado ou restringido, o processo atributivo do poder de decisão não se completará. Mais do que isso, conquanto justificável o critério posterior, é razoável supor que a sua aplicação corresponderá a um ato injusto. Não por um critério material de justiça, mas porque a racionalidade da justiça não se completará.

Em síntese, a distribuição só poderá ocorrer se a comutação garanti-la e para que isso ocorra, os critérios adotados de distribuição e comutação têm de ser levados até o fim.¹³³

133. MICHELON, Claudio. The virtuous circularity: positive law and particular justice. *Ratio Juris*, Oxford, v. 27, n. 2, p. 271-287, June 2014, em especial p. 284.

Como refe
justiça acarre
maior insegur
os critérios ra
é plenamente
discutir.

Sobre ele s
suspender aq
distributiva m

4.5.2 A just

Antes de a
Contratual, c
lise que se s
uma norma d
a qualquer in
ensajo a verd
autorizado et
no sentido fo
no plano da r
apenas oferec
é devido. Des
fundamental
certas norma
de justiça dis

Para tanto
tiça distribut
cularidades d

4.5.2.1

Como refe
com base em
so, como “ma
partir de suas
Uma é o que
modo, a utili
distributiva”
a adoção de

permita que ambas sejam individualizáveis. Em outras palavras, um padrão que permita identificar o espaço próprio ocupado por cada uma, sem que se faça necessária a remessa, sempre, ao espaço ocupado pela outra.

Nesse sentido, diversos são os critérios válidos de distinção. Weinrib, por exemplo, vale-se daquele referido expressamente por Aristóteles e distingue as espécies de justiça particular conforme a estrutura da relação abordada, ou seja, se essa estrutura envolve uma “geometria” ou uma “aritmética”.¹³⁴ Esse critério tem a enorme virtude da sua fonte, mas tem o grande defeito da sua dificuldade de aplicação prática. Em argumentos mais abrangentes, de matiz filosófica, o critério é operativo, mas, para distinguir situações concretas, as dificuldades se mostram bastante claras.

Em um artigo especificamente dedicado a analisar a discriminação indireta e sua conexão com uma das formas de justiça particular aristotélica, Andrew J. Morris refere que cada uma das espécies se relaciona com esferas diferentes das relações sociais. A justiça comutativa envolve “geralmente” relações entre duas partes, ao passo que a justiça distributiva envolve relações continuadas de atribuição entre os membros de um grupo, conforme critérios de mérito. O critério da justiça distributiva seria aplicado, assim, a todos do grupo e não apenas àqueles particularmente envolvidos em uma dada relação.¹³⁵ Como se constata, esse modo de distinção, ainda que contenha a ressalva de ser útil para a generalidade dos casos, não pode ser aceito. Ocorre que relações entre dois indivíduos também podem ser guiadas pela justiça distributiva, bastando que contenham a estrutura geométrica referida por Aristóteles.

Canaris, por sua vez, utiliza-se do critério da referência à pessoa, alegando ser este o critério atualmente mais adotado na literatura mais recente.¹³⁶ Segundo ele, a justiça comutativa seria identificável por ser aquela em que aspectos pessoais dos envolvidos não são levados em conta. A atribuição é feita por razões alheias a elementos pessoais, como inteligência, dotes, capacidades.

134. WEINRIB, Ernest Joseph. Aristotle's forms of justice. *Ratio Juris*, Oxford, v. 2, n. 3, p. 211-226, Dec. 1989, em especial p. 215.

135. MORRIS, Andrew J. On the normative foundations of indirect discrimination law: understanding the competing models of discrimination law as aristotelian forms of justice. *Oxford Journal of Legal Studies*, Oxford, v. 15, n. 2, p. 199-228, 1995, em especial p. 204 et seq.

136. CANARIS, Claus-Wilhelm. Die Bedeutung der iustitia distributive im deutschen Vertragsrecht. München: Bayerische Akademie der Wissenschaften, 1997b, p. 11. O critério foi recentemente reafirmado pelo autor em Considerações a respeito da posição de proibições de discriminação, p. 16.

necessidade oposto. Nel fatores de at cias pessoais, a i (os “mérito sua simplic

No entar plicidade ab contratual, a dependerá c sa dificulda dos têm de

Ao se ar justiça part a que mistu como se un tivo perseg confunde o a explicar.

A justiça buto das co tiça distrib mas essa vi uma ordem dizer a prio à justiça d pessoais do relação de que determ a uma ou a concretame

137. Ibid., p.

138. Com fr tiça dis justice. especia

necessidades etc. Por sua vez, a justiça distributiva envolveria exatamente o oposto. Nela, as condições pessoais dos envolvidos são determinantes como fatores de atribuição. Assim, se o fator de alocação disser respeito a circunstâncias pessoais, a justiça é distributiva. Se não levar em conta as circunstâncias pessoais, a justiça é comutativa. Esse critério tem coerência com a sua origem (os "méritos" referidos por Aristóteles) e também a facilidade decorrente da sua simplicidade. Por isso, será ele o aqui utilizado.

No entanto, destaca-se que da simplicidade do critério não decorre uma simplicidade absoluta na sua aplicação. Em alguns casos, notadamente no campo contratual, a identificação sobre serem, ou não, considerados aspectos pessoais dependerá da interpretação e não se dará de plano.¹³⁷ Independentemente dessa dificuldade, que se realiza *no atacado* das aplicações concretas, dois cuidados têm de ser tomados *no varejo* da análise dessas normas.

Ao se analisar uma norma com o intuito de identificar-se a espécie de justiça particular que a orienta, devem-se evitar duas confusões correntes: (i) a que mistura o tema abordado com uma dada espécie de justiça particular, como se um correspondesse normalmente à outra, e (ii) a que mistura o objetivo perseguido com o mecanismo normativo utilizado para obtê-lo e, assim, confunde o fim buscado com a espécie de justiça particular. É o que se passa a explicar.

A justiça distributiva não está "nas coisas em si". Não se trata de um atributo das coisas, a justiça distributiva não faz parte do DNA das coisas. A justiça distributiva pode ser identificada como a justiça que visualiza a pessoa, mas essa visualização só se estabelece a partir de certa ordem (por hipótese, uma ordem regulatória acerca de contratos). É nesse sentido que não se pode dizer *a priori* que, por exemplo, regras sobre salário mínimo correspondam à justiça distributiva ou à comutativa.¹³⁸ Sem dúvida, elas miram aspectos pessoais dos envolvidos. Porém, também sem dúvida, elas enfocam aspectos da relação de prestação e contraprestação, estabelecendo um piso de preço. O que determinará se particulares normas sobre salário mínimo correspondem a uma ou a outra forma de justiça dependerá da ordem regulatória tomada concretamente.

137. Ibid., p. 13.

138. Com frequência, normas sobre salário mínimo são utilizadas como exemplo de justiça distributiva. Ver KRONMAN, Anthony. *Contract law and distributive justice*. The Yale Law Journal, New Haven, v. 89, n. 3, p. 472-511, Jan. 1980, em especial p. 473.

alavras, um padrão que per-

de distinção. Weinrib, por
or Aristóteles e distingue
a da relação abordada, ou
uma "aritmética".¹³⁴ Esse
n o grande defeito da sua
ais abrangentes, de matiz
situações concretas, as

r a discriminação indireta
cular aristotélica, Andrew
na com esferas diferentes
geralmente" relações entre
olve relações continuadas
orme critérios de mérito.
n, a todos do grupo e não
dada relação.¹³⁵ Como se
a ressalva de ser útil para
re que relações entre dois
distributiva, bastando que
óteles.

ferência à pessoa, alegan-
literatura mais recente.¹³⁶
el por ser aquela em que
conta. A atribuição é feita
ência, dores, capacidades,

Ratio Juris, Oxford, v. 2, n. 3,

f indirect discrimination law:
n law as aristotelian forms of
; n. 2, p. 199-228, 1995, em

distributive im deutschen Ver-
schaften, 1997b, p. 11. O cri-
derações a respeito da posição

Além disso, a justiça distributiva não está no fim último perseguido por uma norma. Mesmo “fins distributivos”, assim entendidos aqueles que visem a distribuir renda ou a melhorar as condições econômicas de parcelas menos favorecidas, podem ser atingidos tanto por normas vinculadas à justiça distributiva quanto à justiça comutativa. Uma ordem jurídica que persiga tais objetivos de forma consistente, pode atingi-los por distintos meios, independentemente da espécie de justiça particular aplicável.¹³⁹ De uma forma simples: objetivos distributivos não correspondem, necessariamente, à justiça distributiva.

É com base no critério referido e adotando os cuidados indicados que se pode voltar os olhos ao Direito Contratual e buscar, nele, a compreensão de como se articulam normas que levam em conta, como fatores de distribuição, as características pessoais dos envolvidos.

4.5.2.2 Atuação da justiça distributiva nos contratos

Partindo-se do que foi referido acima, o que se observa, desde logo, é que, conquanto não se trate de uma lista de poucos exemplos, são relativamente restritos os campos em que critérios subjetivos são utilizados por normas contratuais como razões de atribuição de direitos, deveres, ônus, direitos potestativos, estados de sujeição e assim sucessivamente. Um dos campos em que esses critérios subjetivos são nitidamente utilizados é aquele ocupado pelo Direito do Trabalho. Nele, são as características particulares do trabalhador que são especialmente levadas em conta. É dela que decorre a especial proteção trabalhista, do que decorreu, por sua vez, uma especialização técnica que chegou a constituir, ao menos no Brasil, um ramo jurídico próprio. Algo semelhante, mas com intensidade reduzida, ocorre com o Direito do Consumidor, que, porém, segue sendo entendido como parte do Direito Civil.

A vinculação do Direito do Consumidor a uma justiça baseada em critérios pessoais resta clara pelo primeiro passo necessário à identificação da aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos casos concretos. A pergunta preliminar que sempre se impõe em casos em que a aplicabilidade do Direito do Consumidor se faz possível é: trata-se ou não de uma relação de consumo? Para a resposta, são as características pessoais das partes, notadamente a do consumidor, que são levadas em conta. O consumidor será aquele que se caracteriza como “destinatário final”. Ainda que se possa discutir sobre o que seja “destinatário final” e ainda que a jurisprudência altere o seu entendimento

139. CANARIS, Claus-Wilhelm. Die Bedeutung der iustitia distributive im deutschen Vertragsrecht. München: Bayerische Akademie der Wissenschaften, 1997b, p. 13.

acerca do tema¹⁴⁰ que estabelecerão a defesa do Consumidor final se encontra criado. É por isso interpretado em como coloquem em como assim sucessivamente

Nem todo mic justiça distributiva. A possa decorrer de não se organiza a tura das relações entre prestações, 8.245/91, artigos butiva é chamada de extinção contraciais, asilos, estabe pelo Poder Público (...). Além disso, ou por período in retomar o imóvel “(...) para uso pro cial de ascendente ou companheiro. Como fica claro, nenhuma relação

Outro exemplo contratuais do de particular devido quece-se a equiva dor em recuperaç determinar o pla de pagamento do

140. PASQUALOTTI, consumidor na Faculdade Min

acerca do tema¹⁴⁰, invariavelmente serão as características de uma das partes colocadas em condição desfavorável, ou ter um especial regime para a lesão e interpretado em seu benefício, ou encontrar a nulidade de cláusulas que lhe são desfavoráveis. E por isso que o consumidor, e só o consumidor, pode ver o contrato final se encontra a de "vulnerabilidade", decorrendo dela o tratamento diferenciado do Consumidor ou pelo Código Civil. Por detrás da noção de destinatário que estabelecerá se o contrato em questão será regulado pelo Código de Defesa do Consumidor ou pelo Código Civil. Nada obstante, em certos pontos, a justiça distributiva é chamada a atuar. Assim, por exemplo, o seu art. 53 reduz as hipóteses de extinção contratual em benefício de "(...) hospitais, unidades sanitárias oficiais, asilos, estabelecimentos de saúde e de ensino autorizados e fiscalizados pelo Poder Público, bem como por entidades religiosas devidamente registradas (...)". Além disso, se a locação tiver fins residenciais e for ajustada verbalmente ou por período inferior a trinta meses, o locador terá maiores dificuldades para retomar o imóvel, mas poderá fazê-lo se comprovar a necessidade do imóvel para uso próprio, de seu cônjuge ou companheiro, ou para uso residencial de ascendente ou descendente que não disponha, assim como seu cônjuge ou companheiro, de imóvel residencial próprio" (art. 47, III da Lei 8.245/91). Como fica claro, o critério de alocação do direito em questão não se baseia em nenhuma relação de troca, mas sim na condição pessoal do beneficiário.

Outro exemplo de justiça distributiva encontra-se na regulação dos créditos contratuais do devedor em recuperação judicial. Esta, que decorre da condição particular de devedor, altera o conteúdo do crédito. Ao menos parcialmente, esquece-se a equivalência entre prestação e contraprestação e atribui-se ao devedor em recuperação uma condição especial: seus débitos serão pagos conforme determinará o plano, que levará em conta, sobretudo, as particulares condições de pagamento do devedor (art. 59, Lei 11.101/2005).

140. PASQUALOTTO, Adalberto de Souza; CARVALHO, Volgane Oliveira. O conceito de consumidor na jurisprudência do STJ: crônica de uma jornada inacabada. Revista da Faculdade Mineira de Direito PUC Minas, v. 18, p. 1-25, 2015, p. 1 et seq.

no perseguido por uma
queles que visem a dis-
e parcelas menos favo-
as a justiça distributiva
versiga tais objetivos de
independentemente da
simples: objetivos dis-
a distributiva.

os indicados que se pode
compreensão de como se
e distribuição, as carac-

erva, desde logo, é que,
tipos, são relativamente
izados por normas con-
es, ônus, direitos potes-
um dos campos em que
aquele ocupado pelo Di-
ares do trabalhador que
e a especial proteção tra-
ação técnica que chegou
próprio. Algo semelhante,
lo Consumidor, que, po-
vil.

tica baseada em critérios
identificação da aplicabi-
s concretos. A pergunta
aplicabilidade do Direito
ma relação de consumo?
ares, notadamente a do
or será aquele que se ca-
essa discutir sobre o que
liere o seu entendimento

istributive im deutschen Ver-
schalten, 1997b, p. 13.

A justiça distributiva também é identificável na regulação dos planos de saúde, que estabelecem critérios de cobrança baseados na idade do contratante (art. 15, §3º, do Estatuto do Idoso – Lei 10.741/2003). Igualmente, no §2º, do art. 228, do Código Civil, que estabelece que “a pessoa com deficiência poderá testemunhar em igualdade de condições com as demais pessoas, sendo-lhe assegurados todos os recursos de tecnologia assistiva”. Assim também no art. 46, da Lei 12.288/2010 (Estatuto da Igualdade Racial), que determina que certos órgãos e entes da administração direta e indireta “(...) deverão incluir cláusulas de participação de artistas negros nos contratos de realização de filmes, programas ou quaisquer outras peças de caráter publicitário”. Com efeito, normas antidiscriminatórias servem de campo fértil à aplicação da justiça distributiva, considerando que são as características pessoais dos envolvidos que, usualmente, determinam o fator de atribuição.¹⁴¹

A lista de exemplos, evidentemente, não se encerra aqui, mas as indicações feitas são suficientes para que se encontrem, nelas, algumas particularidades dessas espécies de normas e do modo como se dá a interação delas na regulação dos contratos.

Ao se ocupar exatamente do tema, Canaris levanta três perguntas fundamentais: (i) em que medida as partes estão vinculadas a mandamentos decorrentes da justiça distributiva?; (ii) como se comporta o ordenamento contratual em relação às exigências da justiça distributiva?; (iii) em que medida normas contratuais devem ser utilizadas para a realização de específicos objetivos distributivos?¹⁴² As respostas a essas perguntas se interconectam, e os argumentos que servem à resposta de uma também se aplicam à das outras.

À partida, o que se verifica da identificação de exemplos de aplicação da noção de justiça distributiva é que as normas a ela vinculáveis se colocam, em uma relação de regra-exceção, na condição de exceção. Como regra, vigora a justiça comutativa.¹⁴³ Ou seja, o Direito Contratual, inclusive o brasileiro, assenta-se sobretudo, em normas que não levam em conta, diretamente, as características particulares dos envolvidos. Ou seja, baseia-se em normas cujo foco se encontra

na relação entre
relação entre o
(art. 114, Código

É importante
determinada co
mentais sobre
sencial do próp
e a correlata res
privada que não
pluralismo socia
portanto, um ra
ção entre justic
pecto valorativo
regra-exceção. I
particulares, as
distributiva, con

A questão qu
distributiva se
sua vez, não po
da sociedade co
articula com ou
tiva, como é o
sucessivamente
feito – ou que n
ras da justiça di
será atribuída a
muitos desses c
referida.

No entanto,
no Direito Cont

141. CANARIS, Claus-Wilhelm. Considerações a respeito da posição de proibições de discriminação no sistema do direito privado. *Direitos Fundamentais e Justiça*, Porto Alegre, v. 7, n. 22, p. 15-20, jan./mar. 2013, p. 15 et seq.

142. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Die Bedeutung der iustitia distributive im deutschen Vertragsrecht*. München: Bayerische Akademie der Wissenschaften, 1997b, p. 34.

143. *Ibid.*, p. 120.

144. CANARIS, 1

145. NEUNER, J.
(Hrsg.). *Dis*
Publisher, 20

146. Nesse sentid
justice. The
cialmente p.

na relação entre prestação e contraprestação e/ou de seus correlatos, como a relação entre o benefício intencionado e o efetivado nos contratos benéficos (art. 114, Código Civil).

É importante perceber que essa relação de regra-exceção porta em si uma determinada compreensão de autonomia privada. Por ela, as decisões fundamentais sobre os destinos individuais são entendidas como competência essencial do próprio indivíduo. Cabe a ele o papel de orientador do seu destino e a correlata responsabilidade por suas escolhas. É essa a noção de autonomia privada que não só estrutura o Direito Contratual, mas também que garante o pluralismo social e a multiplicidade de suas influências.¹⁴⁴ Aqui se estabelece, portanto, um raciocínio em espiral: a confirmação da relação de regra-exceção entre justiça comutativa e distributiva traz consigo um determinado aspecto valorativo que, quando aplicado, exige a manutenção dessa relação de regra-exceção. Decorre disso a compreensão de que, salvo em circunstâncias particulares, as partes contratuais não estão vinculadas aos ditames da justiça distributiva, conforme aqui descrita.

A questão que se levanta é saber em que situações a aplicação da justiça distributiva se faz possível, desejável ou aconselhável. A resposta a ela, por sua vez, não pode ser dada aprioristicamente, pois depende das condições da sociedade concreta. Entra em cena, aqui, o modo o Direito Contratual se articula com outros mecanismos típicos de concretização da justiça distributiva, como é o caso do Direito Tributário, do Direito Orçamentário e assim sucessivamente.¹⁴⁵ Caberá ao Direito Contratual o papel que não possa ser feito – ou que não possa ser *tao bem* feito – por outras instâncias concretizadas da justiça distributiva.¹⁴⁶ Por certo, uma parte das demandas distributivas será atribuída ao Direito dos Contratos que, por sua vez, terá de se valer, em muitos desses casos, de regras vinculadas à justiça distributiva, conforme aqui referida.

No entanto, o que se pode apontar é que a realização de justiça distributiva no Direito Contratual também tem um preço, e um preço que ordinariamente

144. CANARIS, 1997b, loc. cit.

145. NEUNER, Jörg. Vertragsgleichheit und Gleichbehandlungsgrundsatz. In: LEIBL, Stefan (Hrsg.). Diskriminierungsschutz durch Privatrecht. München: Sellier European Law Publisher, 2006. p. 73-91, em especial p. 80.

146. Nesse sentido, ver KRONMAN, Anthony Townsend. Contract law and distributive justice. The Yale Law Journal, New Haven, v. 89, n. 3, p. 472-511, Jan. 1980, especialmente p. 472 et seq.

ulação dos planos de igualmente, no 82º, do com deficiência poderá necessos, sendo-lhe as- m também no art. 46, determina que certos serão incluir cláusulas zação de filmes, pro- Com efeito, normas la justiça distributiva, envolvidos que, usual- qui, mas as indicações s particularidades des- delas na regulação dos

res perguntas funda- mandamentos decor- denamento contratual n que medida normas específicos objetivos dis- tam, e os argumentos outras. os de aplicação da no- s se colocam, em uma regra, vigora a justiça brasileiro, assenta-se, ente, as características cujo foco se encontra

ção de proibições de dis- mentais e justiça, Porto

buaive im deutschen Ver- ten, 1997b, p. 34.

não é pago pela sociedade como um todo, mas sim pelos sujeitos diretamente envolvidos na relação.¹⁴⁷

Tome-se o caso do fornecedor de uma empresa que, depois de cumprir perfeitamente a sua custosa prestação, é surpreendido com o anúncio de que a sua contraparte, aquela a quem acabara de realizar a sua prestação, deu início a procedimento de recuperação judicial. Seguramente esse fornecedor se sentirá injustiçado, pois somente receberá – se algo receber – à luz do plano de recuperação, moldado a partir das capacidades de pagamento do devedor. Tome-se também o caso do locador de imóvel destinado a abrigar um hospital e que tenta retomar o imóvel, mas encontra dificuldades para tanto. É provável que este locador se sinta injustiçado por não poder se valer da sua propriedade da forma que gostaria. Tome-se ainda o caso do locatário que, depois de se acostumar, ele e sua família, com o local onde passaram a residir, teve de deixar o imóvel porque ele foi requerido pelo locador para uso de um descendente. É também provável que o locatário se sinta injustiçado por ter de devolver o imóvel, sobretudo se entender que as suas dificuldades são maiores do que as do descendente em questão.

Em qualquer uma dessas situações, há um preço que terá de ser pago por uma das partes envolvidas para que a justiça distributiva se realize. É o preço para que se garantam condições à manutenção de empresas, ou de hospitais abertos, ou mesmo do uso do objeto da propriedade pelo proprietário. Em muitos desses casos, aliás, esse preço será regido pelo imponderável, pelo imprevisível e pelo ingovernável. Trata-se do “caráter accidental” da aplicação da justiça distributiva que, como bem salienta Canaris, muito vezes implica a imposição de suas respectivas cargas com base, exclusivamente, na aleatoriedade.¹⁴⁸

Diante dessas circunstâncias, a inclusão de normas classificáveis como de justiça distributiva, nos termos acima, demanda um maior ônus argumentativo àquele que as introduz no sistema. Há que se demonstrar, de um lado, que há justificados motivos para a sua inclusão e, de outro, que não há formas menos gravosas de se realizar o mesmo objetivo.¹⁴⁹

147. CANARIS, Claus-Wilhelm. Die Bedeutung der iustitia distributive im deutschen Vertragsrecht. München: Bayerische Akademie der Wissenschaften, 1997b, p. 127.

148. CANARIS, Claus-Wilhelm. Die Bedeutung der iustitia distributive im deutschen Vertragsrecht. München: Bayerische Akademie der Wissenschaften, 1997b, p. 34.

149. Ibid., p. 128.

4.5.3 Conclusão

O que se identifica no Direito Contratual, da justiça distributiva, particular correção subjetivas de, pe, especial cuidado.

Por um lado, a aplicação ao critério de justiça distributiva, acarreta a aplicação, com a consequência, com a consequência, circunstâncias mais justificadas. Não se justificam. Não muitas das quais não é difícil aceitar uma. O exemplo do acidente, uma iniquidade na vida do trabalhador, se trata de coerência sistêmica, mostrando a aplicação. Como referido, trata-se de uma exclusão, perderá, juntamente.

Por outro lado, a restrição da autonomia (circunstâncias), a aplicação de modo aleatório a eles. Trata-se do princípio distributivo, mais solidário, que, com frequência de indivíduos) para o resultado, por sua vez, seus custos diretos.

Decorre das circunstâncias, mas também um fato. No Direito Contratual, o juiz do caso concreto. Ou caberia ao legislador.

4.5.3 Conclusões parciais

O que se identifica da abordagem feita acima é que o uso, pelo Direito Contratual, da justiça distributiva – assim entendida como aquela espécie de justiça particular correspondente a critérios atributivos vinculados às características subjetivas de, pelo menos, uma das partes – deve ser feito com parcimônia e especial cuidado.

Por um lado, a escolha por critérios de justiça distributiva em substituição ao critério de justiça comutativa que, na ordem natural das coisas, deveria ser aplicado, acarreta um descompasso de racionalidade no uso de padrões de justiça, com a consequente perda de sustentação valorativa. Por certo que, em circunstâncias mais agudas, a sobreposição de critérios racionais de justiça pode se justificar. Não fosse assim, dificilmente evoluções sociais se processariam, muitas das quais não só justificáveis quanto desejáveis. No entanto, mostra-se difícil aceitar uma sobreposição *tout court* de um padrão de justiça por outro. O exemplo do acidente do automóvel é expressivo: por mais que se possa ver uma iniquidade na imposição do dever de ressarcimento ao esforçado e honesto trabalhador, se este dever não se concretizar, dificilmente se poderá encontrar coerência sistemática para seguir-se aplicando normas que, apesar de se mostrarem aplicáveis, podem ser questionadas em seus critérios de atribuição. Como referido, todas as normas atributivas, em maior ou menor grau, implicam uma exclusão. Sem que se aceite isso, a coerência valorativa do sistema se perderá, juntamente com os seus padrões de racionalidade.

Por outro lado, a utilização da justiça distributiva implica, para além de uma restrição da autonomia privada (o que é plenamente compreensível em certas circunstâncias), a imposição a alguns indivíduos que, em tese, não precisariam arcar com eles. Trata-se do preço a ser pago por uma sociedade possivelmente mais equitativa, mais solidária, mais acolhedora etc., mas, de todo modo, de um custo que, com frequência, é atribuível ao indivíduo (ou a um particular conjunto de indivíduos) para que se obtenha um resultado social mais vantajoso. Esse resultado, por sua vez, será fruído não apenas por aqueles que arcam com os seus custos diretos, mas por todos os membros da sociedade.

Decorre das tintas acima descritas não só um especial dever de cautela, mas também um forte indicativo acerca da competência para a introdução, no Direito Contratual, de normas remissíveis à justiça distributiva. Caberia ela ao juiz do caso concreto? Caberia ao acadêmico, em sua atividade de intérprete? Ou caberia ao legislador?

Os sujeitos diretamente envolvidos na prestação de serviços, após a conclusão da prestação, recebem – à luz do plano de pagamento do devedor, o hospital a abrigar um hospital para tanto. É provável valer da sua propriedade catário que, depois de se m a residir, teve de deixar uso de um descendente. O por ter de devolver o des são maiores do que as que terá de ser pago por utiva se realize. É o preço empresas, ou de hospitais de pelo proprietário. Em pelo imponderável, pelo er acidental” da aplicação aris, muito vezes implica exclusivamente, na aleato- nas classificáveis como de maior ônus argumentativo nstrar, de um lado, que há que não há formas menos

ta distributive im deustichen ssenschaften, 1997b, p. 127.
ta distributive im deustichen ssenschaften, 1997b, p. 34.

A resposta parece se encontrar no legislador. Cabe essencialmente a ele a definição de novos padrões de justiça distributiva aplicável ao Direito Contratual.¹⁵⁰ Ao intérprete, seja ele juiz ou acadêmico, cabe o papel de identificar se, em um determinado espaço, normas remissíveis à justiça distributiva já se fazem aplicáveis. Essas normas podem advir, por exemplo, da própria igualdade. Além disso, cabe também ao intérprete, em especial à doutrina¹⁵¹, a identificação dos limites em que normas remissíveis à justiça distributiva e que não possuam uma delimitação mais precisa de seu suporte fático, sejam aplicáveis aos casos concretos.

É o que ocorre com aquilo que se chamou, aqui, de princípio antidiscriminatório, cujo perfil se busca densificar. Em linha com a noção aqui exposta de justiça distributiva, cabe identificar em que medida a discriminação indireta poderia ser exigível no âmbito dos contratos, ou adaptações razoáveis, ou o assédio deveria ser vedado, ou mesmo quais seriam os limites de normas antidiscriminatórias fundadas na igualdade, como a vedação de discriminação direta.

4.6 O perfil dogmático do princípio

A caracterização dogmática do princípio contratual antidiscriminatório corresponde ao compromisso entre as demandas veiculadas pelo Direito da Antidiscriminação e as possibilidades, e também necessidades, do Direito Contratual. Para tanto, há que se identificar o espaço do Direito da Antidiscriminação que o Direito Contratual é capaz de acolher, sem que disso resultem quebras sistemáticas ou risco de ataque aos seus valores.

Do ponto de vista do Direito da Antidiscriminação, tendo em conta as descrições feitas no Capítulo 2, três temas merecem especial atenção: (i) os grupos passíveis de proteção; (ii) os instrumentos de proteção acolhíveis (discriminação

150. CANARIS, Claus-Wilhelm. Considerações a respeito da posição de proibições de discriminação no sistema do direito privado. *Direitos Fundamentais e Justiça*, Porto Alegre, v. 7, n. 22, p. 15-20, jan./mar. 2013, em especial p. 15 et seq.

151. Ver MARTINS-COSTA, Judith. A Autoridade e Utilidade da Doutrina: a construção de Modelos Doutrinários. In: _____. (ed) *Modelos de Direito Privado* São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 9-32; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Dogmática e crítica da jurisprudência (ou da vocação da doutrina em nosso tempo). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 99, n. 891, p. 65-106, jan. 2010; MICHELON, Claudio. A Inferência à melhor explicação e a autoridade da doutrina. In: BENETTI, Giovana; CORRÊA, André Rodrigues; FERNANDES, Márcia Santana; NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro; PARGENDLER, Mariana; VARELA, Laura Beck (Org.). *Direito, cultura e método: leituras da obra de Judith Martins-Costa*. Rio de Janeiro: GZ, 2019. p. 3-26.

direta, indireta, ass...
institucional. São e...
vem ser analisados...
dade e das particul...
justiça distributiva...
para a preservação...
palavras, se é corre...
mandas, não menos...

São esses os tem...
necessárias alguma...

Antes de tudo, ...
síveis de proteção ...
do, reconhecer os c...
“função de veto” ca...
ponto de vista prá...
a possibilidade de “...
abordagem dos inst...
ciona-se ela à vedaç...
fim, necessário tam...
não se faz fundame...
as considerações fei...
encontráveis nos Di...
o Direito brasileiro.

4.6.1 Grupos prot...

Como se identifi...
ternacional quanto ...
de discriminação.¹⁵³
leiro, podem-se iden...

No que concern...
guintes documentos

152. Ver tópico 1.3 e 2

153. Ver tópico 2.2.1.

154. Cumpre esclarece...
a Constituição de...
das leis estaduais...
doutrinárias.