

# Proibição de discriminação de preço por gênero nos contratos de seguro: análise econômica da decisão do Tribunal da União Européia

THIAGO PENIDO\*

JAMILE BERGAMASCHINE MATA DIZ\*\*

Resumo: O trabalho tem por objetivo analisar a extensão da eficácia do princípio da igualdade e a consequente proibição de discriminação no âmbito das relações jurídicas privadas, verificando, especificamente, as externalidades negativas e ineficiências econômicas decorrentes da decisão proferida pelo Tribunal da União Européia que proibiu a discriminação de gênero como fator na avaliação de risco nos contratos de seguro, a partir do estudo da Directiva 2004/113/CE e das legislações existentes em Alemanha, Portugal, Espanha.

Palavras chaves: direito constitucional, eficácia do direito fundamental à igualdade nas relações jurídicas privadas, discriminação por gênero, contrato de seguro, autonomia privada, liberdade contratual, livre iniciativa, direito e economia, análise econômica do direito constitucional.

\* Abogado general del Municipio de Belo Horizonte/MG, Brasil. Master en Derecho Privado por la Facultad de Derecho Milton Campos (2010). Especialista en Derecho Público por la Facultad de Derecho Milton Campos (2008). Licenciado en Derecho por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Minas Gerais (2007). Profesor de cursos de grado y postgrado en Derecho en la Pontificia Universidad Católica de Minas Gerais y del Instituto Novos Horizontes. Correo electrónico: thiagopenido@yahoo.com.br

\*\* Doctora en Derecho Público/Derecho Comunitario por la Universidad Alcalá de Henares - Madrid. Asesora Jurídica del Sector de Asesoría Técnica Secretaria del MERCOSUR - Montevideo (periodo: 2008-2009). Maestría en Derecho por la UAH, Madrid. Master en Instituciones y Políticas de la UE - UCJC/Madrid. Correo electrónico [jmatadiz@ono.com] Fecha de recepción: 3 de junio de 2012. Fecha de aceptación: 27 de agosto de 2012.

*Prohibition of price discrimination by gender in insurance contracts: an economic analysis of the Court of the European Union*

Abstract: This study analyzes the effects of the application of principle of equality - and the consequent prohibition of discrimination - in private legal relationships, verifying, specifically, economic externalities and inefficiencies arising from the decision of the Court of the European Union that banned the price discrimination by gender in insurance contracts, based on Directive 2004/113/CE and German, Portuguese and Spanish law.

Keywords: constitutional law, equality in private legal relations, discrimination by gender, insurance contract, private autonomy, contractual freedom, free enterprise, law and economics, economic analysis of constitutional law.

## 1. INTRODUÇÃO

A teoria dos direitos fundamentais, enquanto importante elemento da ciência jurídica, encontra-se em constante processo de evolução para se adequar aos anseios e demandas de uma sociedade em rápida expansão. A historicidade e mutabilidade inerentes aos direitos fundamentais tornam incessante e infundável seu processo de evolução. O tempo passará, a sociedade passará por profundas transformações, novos direitos surgirão, direitos existentes serão reinterpretados e conformados às novas realidades sociais.<sup>1</sup>

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

Diante deste quadro, os direitos fundamentais necessitam ser observados sob uma nova perspectiva, com o desiderato de conferir-lhes maior efetividade na árdua tarefa de proteger os indivíduos e a sociedade. A partir deste novo enfoque, busca-se ampliar o lastro protetivo atribuído aos indivíduos, pois os direitos fundamentais deixam de ser concebidos exclusivamente como limites à atuação

<sup>1</sup> Conforme BILBAO UBILLOS, "conviene insistir en la radical historicidad de los derechos fundamentales: éstos han experimentado y siguen experimentando profundas transformaciones porque la realidad socio-política en la que se insertan cambia". J. M. BILBAO UBILLOS, *La eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales en el ordenamiento español*. In: MONTEIRO, A. P. et al. (Orgs.). *Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado*. Coimbra, Almedina, 2007, p. 147.

do poder público, para também imporem limites aos particulares, no âmbito de suas relações jurídicas privadas.

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

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

O fenômeno da constitucionalização, no qual se encontra inserida a temática da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares, trouxe importantes reflexos e influxos para o ordenamento jurídico, conferindo-lhe sistematicidade e unidade. Em razão deste fenômeno, as normas constitucionais se tornaram fundamento de toda e qualquer norma infraconstitucional integrantes dos diversos segmentos do direito, o que acarretou a própria relativização da dicotomia entre direito público e direito privado.<sup>3</sup>

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

Nesse diapasão, o artigo tem o objetivo precípuo realizar minucioso e pormenorizado estudo acerca da temática da eficácia dos direitos fundamentais nas

2 Interessante é a constatação tecida por FACHIN, segundo o qual "O reconhecimento da possibilidade de os direitos fundamentais operarem sua eficácia nas relações interprivadas é, talvez, o cerne da denominada constitucionalização do Direito Civil." L. E. FACHIN, *Direitos Fundamentais, Dignidade da Pessoa Humana e o Novo Código Civil: uma análise crítica*. In: SARLET, I. W. (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, 2.<sup>a</sup> ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003, p. 100.

3 Para TEPEDINO, estaríamos no contexto "em que, progressivamente, supera-se a dicotômica distinção entre o direito público e o direito privado, destacando-se a ampla admissão da aplicação direta das normas constitucionais nas relações privadas." G. TEPEDINO, *Normas constitucionais e relações privadas na experiência das cortes brasileiras*. Revista Themis, Curitiba, Centro Acadêmico Hugo Simas, 2008, p. 23.

relações jurídicas privadas, especificamente, da eficácia do direito fundamental à igualdade no âmbito das relações jurídicas privadas contratuais, com o intuito de contribuir para o desenvolvimento dos debates existentes, na tentativa de encontrar proposições adequadas e capazes de conciliar a necessidade de promoção da igualdade e de combate às práticas discriminatórias e, ao mesmo tempo, garantir a proteção da autonomia privada e liberdade contratual,<sup>4</sup> corolários do direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade.

## 2. EFICÁCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À IGUALDADE NAS RELAÇÕES JURÍDICAS ENTRE PARTICULARES

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

No âmbito do ordenamento jurídico europeu diversos estudiosos tem se dedicado a analisar a polêmica e relevante questão da aplicabilidade do direito fundamental à igualdade às relações jurídicas privadas<sup>5</sup>, especialmente em decorrência da edição pela União Européia de diversos instrumentos normativos<sup>6</sup> disciplinando a aplicação do princípio constitucional da igualdade nas relações jurídicas privadas contratuais, como mecanismo de combate à discriminação no

<sup>4</sup> Assim “poderemos afirmar com relativa segurança, que, hoje, um dos temas mais nobres da dogmática jurídica diz respeito às imbricações complexas da irradiação dos direitos fundamentais constitucionalmente protegidos (*Drittwirkung*) e do dever de proteção de direitos fundamentais por parte do poder público em relação a terceiros (*Schutzpflicht*) na ordem jurídica dos contratos”: J. J. G. CANOTILHO, *Estudos sobre Direitos Fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 192.

<sup>5</sup> Neste sentido vide AGUILERA RULL, INFANTE RUIZ, CARBONELL, BILBAO UBILLOS, MC CRORIE, GÁLVEZ CRIADO, GÁLVEZ MUÑOS, GRACIELA CAYUSO, ALFARO ÁGUILA-REAL, REY MARTÍNEZ, ALONSO GARCÍA, VIEIRA ANDRADE, BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, SUAY RINCÓN, GARCÍA RUBIO, DE CASTRO Y BRAVO, CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE.

<sup>6</sup> Cite-se a Directiva 2000/43/CE, de 29 de junho de 2000, que disciplina a aplicação do princípio da igualdade no tratamento das pessoas, independentemente de sua origem racial ou étnica; a Directiva 200/78/CE, de 27 de novembro de 2000, relativa ao estabelecimento de um marco geral para a igualdade de tratamento nas relações de emprego e ocupação; a Directiva 2002/73/CE, de 23 de setembro de 2002, que disciplina a aplicação do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que se refere ao acesso ao emprego, a formação e promoção profissionais e condições de trabalho; e por último, a mais relevante para o presente estudo, a Directiva 2004/113/CE, de 13 de dezembro de 2004, que disciplina a aplicação do princípio da igualdade no tratamento de homens e mulheres no que tange ao acesso de bens, serviços e seu fornecimento.

âmbito privado, bem como em razão da incorporação destes instrumentos normativos por ordenamentos jurídicos dos Estados integrantes da União Européia, tal como ocorreu em Alemanha, Espanha e Portugal.<sup>7</sup>

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

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

Nem mesmo autores que sustentam a máxima eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas se olvidam da necessidade de se assegurar espaços para o livre exercício da autonomia e liberdade, pois a aplicação irrestrita e incondicionada do direito fundamental à igualdade certamente acarretará situações jurídicas absurdas e insuportáveis, decorrente a planificação do agir humano.<sup>8</sup> Essa controvérsia e a relevância da questão estão claramente representadas nas palavras de Bilbao Ubillos<sup>9</sup>, segundo o qual:

Nem mesmo aqueles que advogam pela máxima eficácia dos preceitos constitucionais negam que essas áreas de imunidade ou autonomia existem. Ao fim e ao cabo, a abolição dessa esfera privada é um dos sinais de identificação do totalitarismo. A

7 Dentre as principais legislações que incorporaram os preceitos das directivas comunitárias, cite-se a Lei Geral de Tratamento Igualitário (*Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz - AGG*), que entrou em vigor em 14 de agosto de 2006, em Alemanha; a Lei Orgânica 3/2007, de 22 de março de 2007, em Espanha, e a Lei 18 de 11 de maio 2004, em Portugal.

8 Nesse sentido "É duvidoso que o direito privado, no qual os indivíduos actuam uns com os outros livre e arbitrariamente, seja espaço jurídico para se impor uma moral oficial." B. F. da S. MC CRORIE, *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*, Coimbra, Almedina, 2005, p. 45.

9 J. M. BILBAO UBILLOS, op. cit, p. 394.

existência dessas válvulas de escape, desses espaços de vida privada nos quais alguém atua sem ter que dar explicações, marca a diferença entre uma sociedade livre e uma sociedade ocupada pelo Estado. Estender ao âmbito das relações jurídico-privadas o princípio constitucional da igualdade, uma regra alheia a este mundo, pode acarretar conseqüências absurdas e insuportáveis.

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

A questão adquire relevância ao se considerar que a discriminação é, antes de jurídico, um fenômeno social, que se manifesta em todo tecido social, não estando restrito às relações jurídicas entre indivíduos e os poderes públicos. Assim, por se caracterizar muito mais como uma prática sistemática e generalizada, pauta de conduta social implícita, decorrente de estereótipos arraigados, o combate à discriminação se faz necessário em todas as espécies de relações jurídicas, em nome da máxima eficácia do direito fundamental à igualdade. Restringir a aplicabilidade do princípio da igualdade às relações jurídicas entre os indivíduos e o poder público comprometeria a efetividade de quaisquer políticas públicas de eliminação ou redução da discriminação. Conforme Aguilera Rull.<sup>10</sup>

La extensión de la prohibición de discriminación a los sujetos de derecho privado tiene en cuenta que la discriminación no es en el fondo un problema de abuso de poder por parte del Estado. El fenómeno de la discriminación no tiene tanto que ver con la relación del individuo con una corporación como con la relación entre dos sujetos diferentes. La discriminación es un fenómeno en el que la sociedad civil juega el papel central. No es posible erradicar la discriminación limitándose a garantizar unas relaciones entre el individuo y los poderes públicos basadas en el principio de no discriminación.

Ressalte-se, contudo, que de igual modo, a garantia a cada indivíduo de espaços privados de decisão e atuação livres e imunes a aplicabilidade do direito fundamental à igualdade, permitindo-lhes agir de forma autônoma, é corolário da existência de uma sociedade livre e democrática. Obviamente, que a garantia desses espaços privados de livre decisão e atuação aos indivíduos não pode transformá-los em espaços institucionalizados de legitimação à prática de atos de discriminação baseados em motivos de raça, cor, origem, sexo ou etnia. Assim, verifica-se que a

<sup>10</sup> A. AGUILERA RULL, *Prohibición de discriminación y libertad de contratación*, Barcelona, Facultad de Derecho de la Universidad Pompeu Fabra. Revista para el análisis del Derecho, 2009, p. 19.

solução para a questão da eficácia do direito fundamental à igualdade nas relações jurídicas entre particulares não se encontra na defesa de entendimentos extremos, mas sim, dependerá das especificidades e peculiaridade do caso concreto.<sup>11</sup>

Mc Crorie, ao analisar a questão da eficácia do direito fundamental à igualdade nas relações jurídicas privadas, destaca que nas relações laborais a eficácia do princípio da igualdade é possível, uma vez tratarem-se de relações em que predomina o desequilíbrio entre os sujeitos<sup>12</sup>. Contudo, no que concerne às relações jurídicas não laborais, sustenta que os sujeitos "já não deverão estar vinculados a este princípio, sobretudo se se tratar de uma relação contratual que esteja intimamente ligada com a sua esfera privada", e cita as relações de emprego doméstico, de locação de bens imóveis, as de natureza associativa, como outros exemplos de relações jurídicas privadas em que a aplicabilidade direta do princípio da igualdade não seria possível. Sustenta a referida autora<sup>13</sup>:

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

Bilbao Ubbillos apesar de ser um dos principais defensores da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares, no que tange a eficácia do direito fundamental à igualdade sustenta que este direito "tem uma eficácia muito limitada do âmbito das relações regidas pelo direito privado, devido a ampla articulação que neste contexto se reconhece ao princípio da autonomia privada, um princípio que conta também com respaldo constitucional"<sup>14</sup>. Destaca, todavia, que a autonomia e liberdade conferida aos indivíduos para gerir seus próprios interesses e suas relações sem ingerências externas deverá ser exercida sem que haja violação aos outros direitos fundamentais ou à ordem pública.<sup>15</sup>

<sup>11</sup> Nesse sentido é que NOVAIS sustenta que mesmo nos casos de discriminação assentadas em motivos de raça, origem, etnia, cor ou sexo, casos típicos de discriminações suspeitas, em que se presume a existência de ato discriminatório ilícito, se a discriminação estiver fundamentada em justificativas legítimas, razoáveis e proporcionais, a presunção de ilicitude será elidida. J. R. NOVAIS, *Os direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares*. In: SARMENTO, D. A. de M.. (org.). *A Constitucionalização do Direito*. Rio de Janeiro, Lúmen Iuris, 2007.

<sup>12</sup> Vale ressaltar que o mesmo ocorre quanto às atividades em que há a presença de monopólio e naquelas relacionadas às atividades de natureza pública.

<sup>13</sup> B. F. da S. MC CRORIE, *op. cit.*, p. 60.

<sup>14</sup> J. M. BILBAO UBILLOS, *op. cit.*, p. 392. Em igual sentido J. SUAY RINCON, *El principio de igualdad en la justicia constitucional*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1991, p. 853. De acordo com LARENZ "o princípio da igualdade é de escassa importância, já que são admissíveis as desigualdades que o desfavorecido consente, salvo quando se trate de situações extremas em que há que considerar o consentimento como contrário aos bons costumes." K. LARENZ, *Derecho Justo: Fundamentos de Ética Jurídica*. Trad. Luis Díez-Picazo. Reimpr. Madrid, Civitas, 1993, p. 138.

<sup>15</sup> Nesse sentido tem sido as manifestações do Tribunal Constitucional Espanhol o qual destacou que "no âmbito das relações privadas os direitos fundamentais e, entre eles, o princípio da igualdade, não de ser aplicados ponderadamente, pois não de se fazer com-

Em linhas gerais, a doutrina rechaça a vigência do princípio da igualdade na esfera das relações privadas enquanto proibição de arbitrariedade ou imperativo de razoabilidade de no comportamento particular. A liberdade individual, na sua vertente negocial ou associativa, inclui necessariamente uma margem de arbítrio e não pode ser limitada injustificadamente. Pode ser exercida de forma irracional e incongruente. L. Herkin, um autor norte-americano, defendeu há muitos anos *"the individual's freedom to be irrational"*, uma liberdade que a Constituição nunca pretendeu eliminar. Em lugar de impor rigidamente a cada indivíduo que trate os demais com elegante igualdade em suas relações recíprocas, obrigando-o a justificar de forma objetiva qualquer desvio dessa regra (sua decisão, por exemplo, de não contratar com uma pessoa quando o fez com outras em idênticas circunstâncias), deve-se permitir um espaço de espontaneidade e até de arbitrariedade.<sup>16</sup>

E conclui:

Existe uma esfera de atuação puramente privada, um reduto de vida autenticamente privado, que fica fora de alcance das normas constitucionais, no qual os indivíduos são livres para discriminar na hora de selecionar as pessoas com as quais vão se relacionar (podem convidar para sua casa ou para uma festa aqueles que creem convenientes, associar-se com quem desejem e negar-se a entrar em determinado estabelecimento, pelos motivos que sejam), de regular essas relações (determinando o conteúdo dos contratos, dos estatutos sociais ou das disposições testamentárias) e de comportarem-se, em geral, de uma maneira que está vedada ao Estado.<sup>17</sup>

Em linhas gerais, teóricos e tribunais europeus têm afastado a aplicabilidade direta do direito à igualdade no âmbito das relações jurídicas entre particulares, salvo no que tange às relações jurídicas de natureza trabalhista, nos casos em que o fornecimento de bens e serviços ocorre em regime de monopólio; quando há uma emissão pública e geral da vontade de contratar para o fornecimento de bens e serviços; ou quando a atividade privada for, de alguma forma estimulada ou subsidiada pelo poder público, tal como ocorre nos casos das empresas prestadoras de serviços sob o regime de concessão, permissão ou autorização pelo poder públicos, haja vista que nesta hipótese a aplicabilidade decorrerá de um efeito indireto da vinculação dos poderes públicos ao princípio da igualdade.

patíveis com outros valores ou parâmetros que têm sua origem última no princípio da autonomia da vontade, e que se manifestam através dos direitos e deveres que nascem da relação contratual" (Espanha, 1988, STC 177). Em igual sentido A. CARRASCO PERERA, *El principio de no discriminación por razón de sexo*, Revista Jurídica de Castilla-La Mancha, 1990, p. 10 e R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, *Principio de igualdad y derecho privado*, Anuario de Derecho Civil, 1990, p. 424.

<sup>16</sup> J. M. BILBAO UBILLOS, op. cit, p. 394.

<sup>17</sup> J. M. BILBAO UBILLOS, op. cit, p. 394. Deve-se ressaltar ainda que "é evidente, por exemplo, que os particulares podem adotar decisões ou subscrever contratos atendendo a critérios discriminatórios vedados ao poder público. Porém isso não sucede porque a igualdade seja irrelevante nas relações privadas, senão porque deve-se conjugá-la com a liberdade ideológica e pessoal dos demais indivíduos." L. PRIETO SANCHÍS, LUIS, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, Editorial Debate, 1994, pp. 214-215.



Fora estas hipóteses, teóricos e tribunais também se manifestado, em regra, no sentido que de discriminações ocorridas no âmbito de relações jurídicas entre particulares fundadas critérios de raça, cor, origem, etnia ou sexo, são presumidamente odiosas e suspeitas, sendo, portanto, inadmissíveis por contrariarem outros valores constitucionais. Essas hipóteses de discriminação somente seriam admitidas quando comprovada a existência de razões ou motivos justificáveis para o tratamento diferenciado, como ocorre, por exemplo, nos casos dos contratos de seguro de vida, saúde ou de veículos, em que o sexo, a idade ou a raça podem constituir elementos majoram ou minorar os riscos securitários segundo dados estatísticos.<sup>18-19</sup>

Ademais, a despeito da maioria dos teóricos admitirem apenas a eficácia indireta do princípio da igualdade no âmbito das relações jurídicas privadas, condicionando a sua eficácia a prévia intermediação legislativa ou a concreção judicial das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, em sua maioria sustentam que se a discriminação não se basear em "diferenciação objetivamente justificada", "motivo racionalmente evidente", "justificação racional e objetiva, não arbitrária"<sup>20</sup>, esta atentará contra o princípio da dignidade da pessoa humana, tornando-a ilegítima e inconstitucional. Note-se, que neste caso, não é o princípio da igualdade que possui eficácia direta, mas sim o princípio da dignidade da pessoa humana que tornará ilícita a discriminação.

Conforme destaca Alfaro Águila-Real<sup>21</sup>:

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

<sup>18</sup> Basta lembrarmos que no Brasil, a esperança de vida das mulheres é superior a dos homens, o risco de acidentes automobilísticos envolvendo condutoras mulheres é menor do que aqueles envolvendo condutores homens, a maior idade do segurado lhe coloca em situação de maior probabilidade de demandar assistência médico-hospitalar. Todos esses são fatores que são considerados na celebração do contrato. Assim também entende M. P. GARCÍA RUBIO, *La igualdad de trato entre hombres y mujeres y su repercusión en el derecho de contratos: análisis del Proyecto de Ley Orgánica para la igualdad de mujeres y hombres a la luz de la Directiva 2004/113/CE*, Madrid, Diario La Ley, n. 6602, 2006, p. 4.

<sup>19</sup> Por isso, não podemos concordar com STEINMETZ quando parece sustentar que sempre quando a discriminação se basear em critérios de dor, idade, religião, raça, origem, sexo se estará violando a dignidade da pessoa humana. Segundo o autor "os particulares estão proibidos de, entre si, praticar tratamento discriminatório com base em preconceitos de cor, idade, religião, raça, origem sexo e de quaisquer outros preconceitos contrários à dignidade da pessoa e incompatíveis com a construção de uma sociedade livre, justa e solidária ou com as demais matrizes e os objetivos fundamentais da CF." W. STEINMETZ, *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, São Paulo, Malheiros Editores, 2004, 260.

<sup>20</sup> Termos utilizado, respectivamente, K. LARENZ, *ob. cit.*, p. 141; J. J. G. CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 7ª ed., Coimbra, Almedina, 2003, p. 1161 e C. A. da MOTA PINTO, *Teoria geral do direito civil*, 3ª ed. actual., Coimbra, Coimbra Editora, 1999, p. 80.

<sup>21</sup> J. ALFARO ÁGUILA-REAL, *Autonomía privada y derechos fundamentales*, Anuario de Derecho Civil, 1993, p. 123.

particular, de maneira que discriminações (na seleção de co-contratante) que não sejam vexatórias são perfeitamente lícitas.

Há que se destacar, ainda, dada a relevância, que no ordenamento jurídico brasileiro a própria legislação civil, assegurando a liberdade e autonomia privada, tutela o tratamento discriminatório no âmbito de relações jurídicas privadas quando, por exemplo, possibilita que o doador ou testador, conforme preceitos legais contidos nos artigos 549 e 1789 ambos do Código Civil, disponha livremente da metade de seus bens ou da herança. Assim, no que tange a parte disponível poderá o doador ou testador optar por doá-la ou destiná-la de forma diferenciada entre seus filhos ou, inclusive, doá-la ou destiná-la a apenas um de seus filhos sem que os demais possam nulificá-la sob alegação de violação ao princípio da igualdade.<sup>22</sup>

Tecidas as considerações gerais acerca da eficácia do direito fundamental à igualdade nas relações jurídicas entre particulares, especialmente no que concerne a sua relação com os direitos fundamentais à liberdade, autonomia privada e ao livre desenvolvimento da personalidade, imperioso proceder à análise de relevante questão envolvendo a aplicabilidade do direito fundamental à igualdade nas relações jurídicas entre as empresas administradoras de seguros privados de vida, saúde, veículos e renda, especificamente quanto à legalidade da discriminação de preços por gênero nos contratos de seguro, isto é, acerca da possibilidade de que empresas de seguro privado pratiquem diferentes preços de prêmios e prestações em razão do sexo do segurado.

### 3 LIBERDADE DE CONTRATAÇÃO E PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO NOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS EUROPEUS

Uma das questões que mais tem despertado o interesse de estudiosos no âmbito do ordenamento jurídico europeu é a atinente ao conflito entre a liberdade de contratação e a proibição de discriminação no âmbito das relações jurídicas privadas. A questão adquiriu tamanha relevância que, ao longo destes últimos anos foram elaborados, pela União Europeia, diversas normativas destinadas a disciplinar e regulamentar a aplicabilidade do princípio da igualdade no âmbito das relações jurídicas privadas, com o objetivo precípuo de combater as práticas discriminatórias ilícitas.<sup>23</sup>

<sup>22</sup> Neste caso o tratamento diferenciado poderia, inclusive, levar em consideração o fato de se tratar de filho "legítimo", adotivo ou espúrio. Destaque-se, que no caso específico existe, inclusive, norma constitucional específica relativa a igualdade entre filhos.

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

Os instrumentos normativos editados pela União Europeia materializam duas importantes Convenções Internacionais editadas no âmbito da Organização das Nações Unidas, quais sejam, a Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial, datada de 21 de dezembro de 1965<sup>24</sup>, e a Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher, editada em 18 de dezembro de 1979, as quais foram ratificadas por inúmeros Estados.

Além dos instrumentos normativos comunitários destinados à promoção da igualdade e combate às práticas discriminatórias, constata-se a sua gradativa incorporação aos diversos ordenamentos jurídicos europeus, como ocorreu em Alemanha, com a edição da Lei Geral de Tratamento Igualitário, em vigor desde 14 de agosto de 2006, em Portugal, com a Lei n.º 18 de 11 de maio 2004, Lei Geral de Tratamento Igualitário, e, recentemente, em Espanha, com a aprovação do anteprojeto de Lei Geral de Igualdade de Tratamento e não Discriminação.

Essas legislações refletem os preceitos normativos contidos nas Diretivas 2000/78/CE e 2004/113/CE, editadas pelo Conselho da União Européia, e tem como objetivo inserir em cada um dos ordenamentos internos normas jurídicas destinadas a regulamentar e disciplinar a aplicação do princípio da igualdade no âmbito das relações jurídicas de natureza trabalhista, securitária, consumerista, locatícia, dentre outras, constituindo importantes mecanismos de promoção e efetivação do princípio da igualdade no âmbito das relações jurídicas particulares e combate às práticas discriminatórias ilícitas.<sup>25</sup>

O presente artigo, a despeito da amplitude das normativas comunitárias e legislações citadas, limitar-se-á a analisar e estudar a relevante questão da aplicabilidade do princípio da igualdade e a proibição de discriminação no âmbito das relações jurídicas privadas, especificamente, no que concerne a possibilidade de que empresas de seguro privado de vida, saúde, automobilístico ou renda pratiquem diferentes preços de prêmios e prestações em razão do sexo do segurado, a partir da análise da Diretiva 2004/113/CE, das legislações existentes em Alemanha, Portugal e Espanha<sup>26</sup> e, especialmente, a partir da análise do acórdão proferido no caso *Test Achats* pelo Tribunal de Justiça da União Européia acerca da temática.

dezembro de 2004, que disciplina a aplicação do princípio da igualdade no tratamento de homens e mulheres no que tange ao acesso de bens, serviços e seu fornecimento.

<sup>24</sup> O Brasil ratificou a referida convenção, junto ao Secretário Geral das Nações Unidas, em 27 de março de 1968, tendo, posteriormente editado o Decreto n.º 65.810 - de 8 de dezembro de 1969.

<sup>25</sup> Conforme destaca SILVA, ao analisar o caso brasileiro, "a inexistência de uma lei geral de antidiscriminação aplicável ao Direito Privado tem por efeito não só a inexistência de um debate dogmático sobre o tema, como também deixa ao desabrigo hipóteses de proteção que exigem intervenção legislativa. Essa circunstância demonstra-se na deficitária e lacunosa proteção oferecida pela ordem jurídica brasileira." J. C. FERREIRA SILVA, *A proteção contra a discriminação no direito contratual brasileiro*. In: MONTEIRO, A. P. et al (Orgs.). *Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado*, Coimbra, Almedina, 2007, p. 416.

<sup>26</sup> Segundo destaca A. AGUILERA RULL, op. cit, pp. 115-118, a partir de uma análise da exposição de motivos que justificaram a edição da Diretiva 2004/113/CE, o conceito de

Nesse diapasão, diante dos objetivos propostos pelo presente trabalho, a partir de um estudo do direito comparado, cumpre questionar, podem as empresas administradoras de seguros de vida, saúde, automobilístico ou renda praticarem diferentes preços de prêmios e prestações a partir da consideração do sexo dos contratantes? É lícita a adoção do sexo como fator de cálculo de riscos contratuais? São esses tormentosos questionamentos que passam a ser analisados pelo presente artigo.

### 3.1 Discriminação de preço por gênero nos contratos de seguro nos ordenamentos jurídicos europeus

Em dezembro de 2004, o Conselho da União Européia editou a Diretiva 2004/113/CE com o objetivo de regulamentar a aplicação do princípio da igualdade no âmbito das relações jurídicas privadas e combater toda e qualquer forma de prática discriminatória ocorrida no âmbito de relações entre particulares. Dentre as regulamentações estabelecidas pela Diretiva 2004/113/CE, destaca-se, em razão do objeto do presente artigo, aquelas relativas à garantia da proteção de igualdade de tratamento e acesso a bens e serviços ao público, especialmente, no que concerne aos contratos de seguro e outros serviços financeiros.

A Diretiva 2004/113/CE, conciliando a necessidade de proteção e promoção da igualdade no âmbito das relações jurídicas entre particulares, com a também necessária proteção aos princípios da autonomia privada, liberdade contratual e liberdade de iniciativa, foi expressa e inequívoca ao estabelecer, em seu artigo 4º, um princípio geral norteador da aplicabilidade do princípio da igualdade nas relações jurídicas privadas, segundo o qual as diferenças de tratamento baseadas no fator sexo somente são admitidas quando puderem ser justificadas por um objetivo legítimo.<sup>27</sup>

No que tange ao segmento de seguros privados, a Diretiva 2004/113/CE, foi expressa ao estabelecer em suas considerações que a utilização de fatores atuariais em razão do sexo, apesar de se tratar de prática comum no mercado de seguros e serviços financeiros, não deve implicar em diferenciações quanto ao valor dos prêmios, prestações ou benefícios individuais, exceto em situações em que o sexo for fator determinante na avaliação dos riscos contratuais segurados, situações nas quais compete a cada Estado-Membro editar normas específicas para autorizar a discriminação de preços de prêmios e prestações em razão do sexo do contratante.

bens e serviços disponíveis para o público abrange "o acesso a locais em que se permite a entrada do público", "todos os tipos de moradia, incluídas a de aluguel e alojamento em hotéis", "serviços bancários, de seguros e outros serviços financeiros" "transporte" e "os serviços de qualquer profissão ou ofício ofertados ao público".

<sup>27</sup> "Art. 4.º - as diferenças de tratamento só podem ser aceitas se forem justificadas por um objetivo legítimo e os meios para atingir essa objectivo forem adequados e necessários". Ainda segundo o item (16) das considerações tecidas pelo Conselho da União Européia: "As diferenças de tratamento só podem ser aceitas se forem justificadas por um objetivo legítimo."

(18) A utilização de factores actuariais em função do sexo é generalizada na prestação de serviços de seguros e outros serviços financeiros. Por conseguinte, para garantir a igualdade de tratamento entre homens e mulheres, a consideração do sexo enquanto factor actuarial não deve resultar numa diferenciação nos prémios e benefícios individuais. Para evitar reajustamentos bruscos do mercado, a implementação desta regra só deve ser aplicável a novos contratos celebrados após a data de transposição da presente directiva.

(19) Algumas categorias de riscos podem variar entre os sexos. Em certos casos, o sexo é um factor, mas não necessariamente o único factor determinante na avaliação dos riscos segurados. Para os contratos de seguros desses tipos de riscos, os Estados-Membros podem decidir autorizar derrogações à regra dos prémios e prestações unisexo, desde que possam assegurar que os dados actuariais e estatísticos em que se baseiam os cálculos são fiáveis, regularmente actualizados e postos à disposição do público. Só serão permitidas derrogações nos casos em que a legislação nacional ainda não tenha aplicado a regra unisexo. Cinco anos após a transposição da presente directiva, os Estados-Membros devem reanalisar a justificação para essas derrogações, tendo em conta os últimos dados actuariais e estatísticos e o relatório elaborado pela Comissão três anos após a data de transposição da presente directiva.

A Diretiva 2004/113/CE ainda estabelece que a implementação da regra de proibição de adoção de fatores atuariais em função do sexo só é válida para os contratos celebrados após sua transposição aos ordenamentos jurídicos internos de cada Estado-Membro, estabelecendo como prazo limite a data de 21 de dezembro de 2007<sup>28</sup>, objetivando, com tal medida, evitar reajustamentos bruscos de preços no mercado. Ademais, estabelece a obrigação dos Estados-Membros que autorizarem a discriminação de preços de prémios e prestações em razão do sexo do contratante, no prazo de cinco anos contados da transposição da Diretiva, reavaliar a viabilidade de manter a referida norma derogativa. Segundo expressa disposição normativa contida no artigo 5º da Diretiva 2004/113/CE

1. Os Estados-Membros devem assegurar que, em todos os novos contratos celebrados, o mais tardar, depois de 21 de Dezembro de 2007, a consideração do sexo enquanto factor de cálculo dos prémios e das prestações para efeitos de seguros e outros serviços financeiros não resulte, para os segurados, numa diferenciação dos prémios e prestações.

2. Sem prejuízo do n.º 1, os Estados-Membros podem decidir, antes de 21 de Dezembro de 2007, permitir diferenciações proporcionadas nos prémios e benefícios individuais sempre que a consideração do sexo seja um factor determinante na avaliação de risco com base em dados actuariais e estatísticos relevantes e rigorosos. Os Estados-Membros em questão devem informar a Comissão e garantir que sejam recolhidos, publicados

<sup>28</sup> Segundo preceitos legais contidos no artigo 17 da Diretiva 2004/113/CE: "Os Estados-Membros devem pôr em vigor as disposições legislativas, regulamentares e administrativas necessárias para dar cumprimento à presente directiva até 21 de Dezembro de 2007. Os Estados-Membros devem comunicar imediatamente à Comissão o texto dessas disposições."

e regularmente actualizados dados rigorosos relevantes para a consideração do sexo como factor actuarial determinante.

Esses Estados-Membros devem rever a sua decisão cinco anos depois de 21 de Dezembro de 2007, tendo em conta o relatório da Comissão mencionado no artigo 16º, e enviar à Comissão os resultados dessa revisão.

Segundo os preceitos normativos do artigo 5.º, n.º 2, da Diretiva 2004/113/CE, os Estados português, espanhol e alemão, assim como a quase totalidade dos Estados europeus<sup>29</sup>, editaram legislações, para permitirem que as empresas de seguros privados adotassem o sexo como fator actuarial nos casos em que ele for determinante na avaliação do risco contratual, como ocorre nos casos de seguros e vida, saúde, automobilístico e renda. É o que se verificou com o advento da Lei Geral de Tratamento Igualitário, de 14 de agosto de 2006, em Alemanha, com a Lei Orgânica 3/2007, de 22 de março de 2007, em Espanha, e com a Lei 18, de 11 de maio 2004, em Portugal. Segundo o artigo 6º da Lei Portuguesa n.º 18 de 2004:

1 - A consideração do sexo como factor de cálculo dos prémios e prestações de seguros e outros serviços financeiros não pode resultar em diferenciações nos prémios e prestações.

2 - Sem prejuízo do número anterior, são todavia admitidas diferenciações nos prémios e prestações individuais de seguros e outros serviços financeiros desde que proporcionadas e decorrentes de uma avaliação do risco baseada em dados actuariais e estatísticos relevantes e rigorosos.

3 - Os dados actuariais e estatísticos consideram-se relevantes e rigorosos para o efeito previsto no número anterior quando obtidos e elaborados nos termos de norma regulamentar emitida para o efeito pelo Instituto de Seguros de Portugal.

Similarmente, o artigo 71 da Lei Orgânica Espanhola n.º 3/2007, de 22 de março de 2007 estabelece:

1. Se prohíbe la celebración de contratos de seguros o de servicios financieros afines en los que, al considerar el sexo como factor de cálculo de primas y prestaciones, se generen diferencias en las primas y prestaciones de las personas aseguradas.

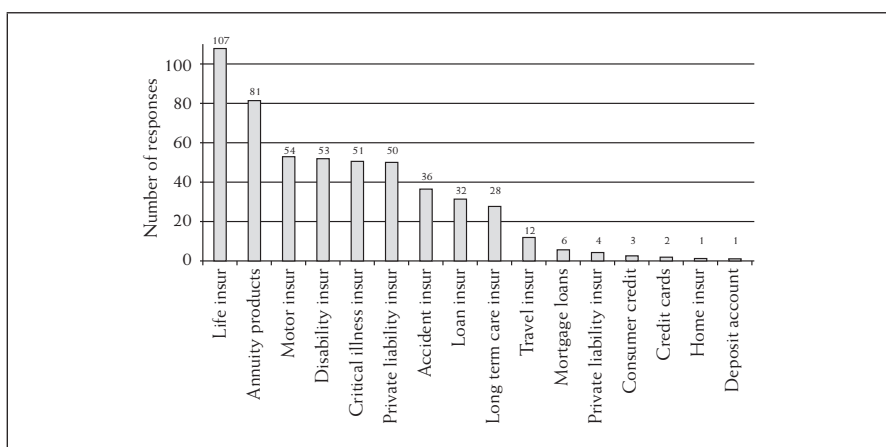
No obstante, reglamentariamente, se podrán fijar los supuestos en los que sea admisible determinar diferencias proporcionadas de las primas y prestaciones de las personas consideradas individualmente, cuando el sexo constituya un factor determinante de la evaluación del riesgo a partir de datos actuariales y estadísticos pertinentes y fiables.

<sup>29</sup> A exceção é a Polónia, que ainda não transpôs para sua legislação os preceitos da Diretiva 2004/113/CE.

Diante das autorizações concedidas pelas legislações internas da grande maioria dos Estados europeus, as empresas de seguros privados mantiveram a utilização do fator sexo para a realização de cálculos atuariais e determinação dos riscos contratuais dos contratos de seguro, mantendo a prática de preços diferenciados em razão do sexo. O grande motivo que levou a quase totalidade dos Estados-Membros da União Europeia ao editarem normas derogatórias da aplicabilidade da norma proibitiva de adoção do sexo como fator de cálculo de risco nos contratos de seguro e a consequente prática de diferentes preços de prêmios e prestações para homens e mulheres, foi, justamente, os relevantes impactos econômicos que a norma proibitiva causaria de imediato no mercado europeu de seguros, principalmente decorrentes da necessidade de que todas as empresas seguradoras se adequassem de imediato as novas normas, com reflexos diretos sobre o preço dos seguros.

O fator sexo é tão relevante para a determinação do risco contratual que, a Comissão Europeia, objetivando demonstrar a influencia de sua adoção sobre valor de prêmios e prestações dos contratos de seguro, bem como sobre as condições contratuais, elaborou minucioso estudo intitulado *Study on the use of age, disability, sex, religion or belief, racial or ethnic origin and sexual orientation in financial services, in particular in the insurance and banking sectors*.<sup>30</sup> Os efeitos da adoção do fator sexo para fins de cálculo do risco contratual e seu efeito sobre o preço de prêmios e prestações e condições contratuais pode ser observado na análise da tabela abaixo colacionada:

Is sex used by financial providers as a factory risk assessment or marketing directly influencing pricing or contractual conditions?



Source: Civic Consulting surveys of national industry-actuarial associations, insurance companies, banks, national authorities and equality bodies and civil society organizations (N=223, multiple answers possible, members of the European Disability Forum were not asked this question)

<sup>30</sup> Disponível em: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/11/123&uiLanguage=en>, acesso em 12 de maio de 2012.



Conforme se pode inferir da análise da tabela colacionada, aos serem questionadas se utilizavam o fator sexo para determinação do risco contratual e se sua adoção influenciava na composição do preço de prêmios e prestações dos contratos de seguro, das 223 empresas administradoras de seguros entrevistadas, 107 responderam positivamente quando da adoção e existência de influência nos preços dos contratos de seguro de vida, 81 para os contratos de seguro de garantia de renda, 53 para os contratos de seguro automobilístico e 50 para os contratos de seguro de saúde, dados que confirmam que nestes quatro segmentos de contrato securitários o sexo constitui relevante fator de cálculo atuarial e determinação do risco contratual, tendo influência direta sobre o custo e condições do contrato de seguro.

## 2.2. A interpretação do Tribunal de Justiça da União Europeia e o enquadramento da igualdade como princípio inerente ao direito comunitário

Ocorre, todavia, que o Tribunal de Justiça da União Europeia, em 01 de março de 2011, ao julgar recurso de anulação interposto pela Associação Belga de Consumidores (Test-Achats ASBL)<sup>31</sup>, contra decisão proferida pelo Tribunal Constitucional da Bélgica, que reconheceu a legalidade da lei belga que incorporou os preceitos da Diretiva 2004/113/CE, declarou a invalidade do artigo 5º, n.º 2, da Diretiva 2004/113/CE, proibindo que as empresas seguradoras, a partir de 21 de dezembro de 2012, continuem adotando o fator sexo para fins de diferenciação do valor dos prêmios e prestações nos contratos de seguro, por considerar a discriminação de preço por gênero atentatória ao princípio da igualdade entre homens e mulheres.

De acordo com o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, em nome do princípio da igualdade e objetivando a eliminação das práticas discriminatórias entre homens e mulheres, os preceitos legais contidos no artigo 5º, n.º 2, da Diretiva 2004/113/CE, que autorizam aos Estados-Membros derogarem a norma proibitiva de discriminação em razão do sexo nos contratos de seguro devem ser considerados inválidos, uma vez que violam o princípio da igualdade, principalmente em razão do risco de que esta derrogação à igualdade de tratamento entre homens e mulheres continuasse sendo indefinidamente permitida pelos Estados-Membros, razão pela qual:

Tal disposição, que permite aos Estados-Membros em causa manter sem limite temporal uma derrogação à regra dos prêmios e das prestações unissexo, é contrária à concretização do objectivo de igualdade de tratamento entre homens e mulheres prosseguido pela Directiva 2004/113 e incompatível com os artigos 21.º e 23.º da Carta. Por conseguinte, esta disposição deve ser considerada inválida após um período de transição adequado. Pelos fundamentos expostos, o Tribunal de Justiça declara: O artigo 5.º, n.º 2, da Directiva 2004/113/CE do Conselho, de 13 de Dezembro de 2004, que aplica

<sup>31</sup> Sentença STJUE, C-236/09, Association belge des consommateurs test-achats / Comissão.



o princípio de igualdade de tratamento entre homens e mulheres no acesso a bens e serviços e seu fornecimento, é inválido, com efeitos a 21 de Dezembro de 2012.

Considerando que a quase totalidade dos Estados-Membros havia incorporado as suas legislações internas a derrogação à norma proibitiva de discriminação de preços em razão do sexo do contratante, e objetivando garantir uma adequada interpretação do acórdão proferido no caso *Test-Achts*, o Conselho da União Européia publicou em 13 de janeiro de 2012, orientação acerca da aplicação ao setor de seguros dos preceitos normativos da Diretiva 2004/113/CE, à luz do acórdão do Tribunal de Justiça da União Européia proferido no processo C-236/09 (*Test-Achats*).

Salienta-se, que segundo as orientações, apesar do artigo 5.º, n.º 1, proibir qualquer situação em que haja diferenciação os prêmios e prestações dos contratos de seguro em razão da adoção do sexo como fator de cálculo, o referido dispositivo legal "*não proíbe de forma genérica a consideração do gênero enquanto fator de classificação do risco*"<sup>32</sup>, ou seja, não proíbe que as empresas de seguro continuem apurando informações quanto ao gênero de seus segurados para avaliação interna dos riscos contratuais por ela assumidos, para, desta forma, calcular de forma mais precisa as provisões técnicas para manutenção de sua solvabilidade e definição global dos preços a serem praticados, nem mesmo impede que, em matéria de marketing e publicidade, realizem ações direcionadas para homens ou mulheres.

Ainda de acordo com as orientações expedidas pelo Conselho da União Européia, apesar da proibição de que haja diferenciação em relação ao valor dos prêmios e prestações para pessoas em razão do seu sexo, há determinadas situações em que alguns fatores de risco contratual, tais como estado de saúde e antecedentes de doenças familiares, podem estar diretamente relacionados às diferenças fisiológicas existentes entre homens e mulheres, situações nas quais o fator gênero pode ser levado em consideração. E o que ocorre nos casos de doenças que afetam de apenas um dos sexos, tais como câncer de mama e câncer de próstata, casos nos quais o gênero importará diretamente no cálculo do risco contratual. Nestes casos, o sexo somente seria utilizado como subsídio para avaliação da extensão do risco contratual de contração de doenças, por isso admissível.

Além do mais, de acordo com as orientações do Conselho da União Européia, a proibição de adoção do sexo como fator de cálculo dos riscos contratuais e diferenciação dos preços de prêmios e prestações em razão do gênero, não impede que as empresas seguradoras criem e ofereçam produtos de seguros específicos a determinado gênero, objetivando atender às necessidades e situações que somente a ele digam respeito, a exceção de produtos relacionados à gravidez, situação em que a diferenciação é expressamente proibida pelo artigo 5.º, n.º 3. Podem as empresas de seguro, portanto, criar, por exemplo, seguros específicos para asse-

<sup>32</sup> Orientação contida no item 14, do Comunicado 2012/C 11/01, datado de 13 de janeiro de 2012.

gurar os casos de constatação de câncer de próstata, mama ou útero, atendendo ao gênero específico.

De fato, a partir de uma detida análise do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, bem como da análise das orientações expedidas pelo Conselho da União Europeia, com o objetivo de uniformizar a interpretação do acórdão do caso *Test-Achats* pelos Estados-Membros, verifica-se que a adoção do fator sexo como critério para cálculo dos riscos contratuais restou terminantemente proibida, haja vista que, por mais que se autorize a sua adoção de forma indireta, com nos casos acima explicitados, não será admissível a prática de preços diferenciados entre homens e mulheres, vedação que, indubitavelmente, ameaça o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de seguro e traz indesejáveis consequências para o mercado de seguros europeu.<sup>33</sup>

Nos contratos de seguros, o sexo, em algumas situações, representa fator relevante e diretamente relacionado ao cálculo do risco contratual e consequentemente, garantidor do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de seguro, ao evitar que a empresa seguradora assumira riscos contratuais desproporcionais as contraprestações por ela auferidas.<sup>34</sup> Se o risco de que um segurado utilize de seu seguro de vida, saúde, automóvel ou renda é maior do que de outro, mesmo que em razão de sua condição de homem ou mulher do segurado, não há como se cogitar a violação ao princípio da igualdade, uma vez que estabelecer formas de diferenciação e tratamento distintos não gera necessariamente uma desigualdade, pois haverá desigualdade quando a diferenciação realizada não resulta de justificações razoáveis e lógicas, ou seja, quando não assentada na proporcionalidade entre os meios empregados e os fins almejados.<sup>35</sup> Ademais, importa destacar que<sup>36</sup>:

En los últimos tiempos, los avances científicos, en el ámbito matemático y estadístico, han ofrecido a las entidades aseguradoras la posibilidad de contar con mecanismos que clasifiquen los riesgos, ofreciendo así una mejora del conocimiento de los factores que influyen en las variaciones de la siniestralidad. Al asegurador, no le ha pasado

<sup>33</sup> Neste sentido destaca FERNÁNDEZ CRENDE que a "clasificación de riesgos tiene un claro límite en el análisis coste-beneficio de las aseguradoras. La prima cobrada por la aseguradora, efectivamente, no sólo debe reflejar el riesgo soportado por el asegurado, que eventualmente será asumido por la aseguradora, sino que también debe compensar por los costes de gestión del seguro." A. FERNÁNDEZ CRENDE, *Seguros de vida y discriminación sexual*, Facultad de Derecho, Universidad de Barcelona, Revista para el análisis del Derecho, 2004, n.º 4, p. 9.

<sup>34</sup> "Por essa via não se pode obrigar as seguradoras a segurar riscos desproporcionais para os prêmios recebidos." F. L. ALVES, *O regime jurídico da discriminação aplicável aos seguros: presente e futuro*, Lisboa: Fórum, vol. XIV, n.º 31, fevereiro 2012, p. 56.

<sup>35</sup> Em idêntico sentido se manifestou a Corte Constitucional Colombiana na Sentença C-083/96, na qual restou assentado que: "El establecer formas de diferenciación y tratos distintos no genera necesariamente una desigualdad y por ende una discriminación, pues la igualdad sólo se vulnera cuando la diferencia no es el resultado de una justificación razonable y lógica, producto de un estudio serio de proporcionalidad entre los medios empleados y la medida considerada."

<sup>36</sup> E. SÁNCHEZ DELGADO, *Impacto de la ley de igualdad de género en los seguros de salud*, Madrid, Centro de Documentación Fundación MAPFRE, n. 47, 1996, abril 2008, p. 9.

desapercibido que el género es un factor decisivo en las fluctuaciones económicas que suponen sus riesgos. Si bien puede pensarse que la utilización del conocimiento de los riesgos a través de los análisis técnico-actuariales beneficia a las compañías de seguros, lo cierto es que obtener una prima equitativa garantiza a la aseguradora una mayor fortaleza a la hora de afrontar sus riesgos, con lo que el asegurado cuenta con un mayor respaldo financiero en caso de producirse el siniestro.

Desta forma, a adoção do gênero como fator de risco contratual não implica em prática discriminatória ilícita, desde que alicerçada em dados estatísticos ou atuariais que comprovem a variação do risco contratual em razão do sexo do contratante<sup>37</sup>, razão pela qual a decisão proferida pelo Tribunal da União Européia, a despeito de objetivar a promoção da igualdade de gênero e combater as práticas discriminatórias ilícitas, na realidade, vem produzindo externalidades negativas e ineficiências econômicas no mercado de consumo de seguros automobilístico, vida, saúde e renda, o que pode ser constatado pelo aumento generalizado do valor dos prêmios e prestações fixados, em decorrência de um nivelamento "por cima" do preço de prêmios e prestações, pelo fato da impossibilidade de se calcular os efetivos riscos contratuais de cada segurado, a partir das diferenças naturais entre os gêneros. Nesse sentido aduz Alves que "Embora se entendam os fundamentos do acórdão, parece-nos que uma visão cega do princípio levará a desigualdades não pretendidas, já que a derrogação permitia num universo tão específico como o dos seguros serem encontradas soluções que melhor se encaixam no perfil de risco de cada um"<sup>38</sup>.

Não é razoável nem adequado, portanto, sustentar que a adoção do critério gênero como fator de risco contratual sempre representará uma prática discriminatória, haja vista que algumas categorias de riscos contratuais podem variar entre os sexos. Em determinados casos, o sexo pode ser um fator determinante na avaliação do risco contratual, situações nas quais, quando restar estatística ou cientificamente comprovada a existência de diferentes graus de risco entre homens e mulheres, a adoção de preços de prêmios diferenciada será legítima.<sup>39</sup> De fato, o entendimento adotado pelo Tribunal de Justiça da União Européia provoca distorções e coloca

<sup>37</sup> "La idea de que la diferenciación estadística no supone un atentado contra la prohibición de discriminación y debe estar por tanto permitida, se sustenta, sobre todo, en argumentos económicos y de funcionamiento del risk rating y de la contratación de seguros." A. AGUILERA RULL, op. cit., p. 117.

<sup>38</sup> F. L. ALVES, op. cit., p. 46.

<sup>39</sup> Cite-se, oportunamente, o exemplo trazido por CANARIS, que nos apresenta uma situação em que a origem do segurado pode ser indicativo de risco contratual. Segundo o autor: "Así, la exigencia a los asegurados extranjeros de pagar un suplemento en el seguro de automóvil obligatorio, no plantearía ningún problema desde el punto de vista del art. 3 GG, porque las estadísticas muestran que el riesgo de sufrir un accidente es más elevado en el caso de los extranjeros. La razón de la diferencia en las primas es la propensión a sufrir a accidentes y no la condición de extranjero, de la que el asegurador tan sólo se sirve por ser ésta un indicio de aquella." C.-W CANARIS, *Direitos fundamentais e direito privado*. SARLET, I. W. e PINTO, P. M. (trads.), Coimbra, Almedina, 2003, p. 236.

em risco o equilíbrio econômico-financeiro da relação contratual, ao impedir que a empresas de seguro calculem os reais riscos contratuais de sua atividade e fixem adequados valores de prêmios e prestações. Citando uma vez mais a Alves<sup>40</sup>:

Os princípios da técnica seguradora assentam na correta análise de risco de todas as situações que lhes sejam propostas, de modo que a empresa de seguros aceita ou recusa a contratação ou agrava um prêmio de acordo com o risco que está em causa. As empresas de seguro, em que pese a sua função social, são entidades privadas que também têm por objetivo o lucro, caso contrário não conseguiriam assegurar uma gestão sã e prudente, pois terão que manter as provisões técnicas necessária para fazer face aos sinistros. Os prêmios a pagar pelo tomador ou segurador deverão ser ajustados aos riscos cobertos, pelo que este equilíbrio não deve ser quebrado para que possa existir uma gestão sã e prudente num mercado liberalizado e concorrencial.

Veja-se, por exemplo, o caso brasileiro. De acordo com recentes resultados publicados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)<sup>41</sup>, enquanto a expectativa de vida dos homens é de 69,73 anos de idade, a expectativa de vida das mulheres é de 77,32 anos de idade, uma diferença de 7 anos, 7 meses e dois dias. Ainda de acordo a pesquisa, os homens tem 4,5 mais chances de morrer na juventude do que as mulheres, principalmente nas idade de 22 anos. Essa mesma lógica se repete na grande maioria dos Estados europeus<sup>42</sup>, americanos<sup>43</sup>, africanos, do oriente médio e asiáticos, cenários nos quais as mulheres tem maior expectativa de vida do que os homens e a taxa de sobremortalidade masculina é notoriamente maior entre a população jovem. Conforme destaca Fernández Crende<sup>44</sup>:

<sup>40</sup> F. L. ALVES, op. cit., p. 49.

<sup>41</sup> Os dados completos estão disponíveis em <http://www.ibge.gov.br>, acesso em 12 de abril de 2012.

<sup>42</sup> Segundo estudos realizados pelo Instituto Nacional de Estatística da Espanha, em 2007, a diferença de expectativa de vida entre homens e mulheres era de aproximadamente 6,16 anos em favor destas. Estudo disponível em: <http://www.ine.es/prensa/np584.pdf>, acesso em 10 de abril de 2012.

<sup>43</sup> Atualmente, nos Estados Unidos da América, apenas o Estado de Montana proíbe de forma expressa a discriminação sexual em matéria de seguros, sendo que, no restante dos Estados é permitida a utilização do sexo para fins de cálculo dos riscos contratuais como forma de discriminação eficiente. Segundo o *Insurance Code of California* "790.03 (f) (f) (1) Making or permitting any unfair discrimination between individuals of the same class and equal expectation of life in the rates charged for any contract of life insurance or of life annuity or in the dividends or other benefits payable thereon, or in any other of the terms and conditions of the contract. (2) This subdivision shall be interpreted, for any contract of ordinary life insurance or individual life annuity applied for and issued on or after January 1, 1981, to require differentials based upon the sex of the individual insured or annuitant in the rates or dividends or benefits, or any combination thereof. This requirement is satisfied if those differentials are substantially supported by valid pertinent data segregated by sex, including, but not limited to, mortality data segregated by sex."

<sup>44</sup> A. FERNÁNDEZ CRENDE, op. cit, p. 19.

Los datos reportados para el año 2002 del Instituto Nacional de Estadística son claros: las mujeres viven más en todos los países de la Europa de los 15, con una diferencia que oscila entre los 4,9 años (Dinamarca) y los 7,6 años (Francia). Esto significa que, en el caso de seguros de vida por supervivencia, la aseguradora muy probablemente va a pagar un mayor número de rentas periódicas a las mujeres o, en el caso de seguros de vida por muerte prematura, va a soportar una mayor probabilidad de pago de la suma asegurada a los hombres. Por este motivo, las compañías cobran primas más caras a las mujeres en los primeros y más caras a los hombres en los segundos.

Essa mesma perspectiva se verifica no âmbito dos seguros de acidente automobilístico, em que dados estatísticos comprovam que as mulheres além de estarem envolvidas em menor número de sinistros, naqueles em que figuram como condutoras, os danos aos veículos são, estatisticamente, menores e, conseqüentemente, menores os custos de reparos do veículo automotor. Esse é um dos fatores que leva as empresas de seguros automobilístico brasileiras a praticarem preços diferenciados de prêmios e prestações levando em consideração o sexo do segurado, estabelecendo preços consideravelmente menores para seguradas. Além desta prática, as empresas seguradoras tem ofertado produtos criados especialmente para o sexo feminino, nos quais há um pacote de atendimentos diferenciados, com centrais exclusiva de atendimento, serviços de manutenção elétrica e mecânica em domicílio, motorista amigo, troca de pneus e serviço de reboque ilimitados, dentre outros.<sup>45</sup>

A verdade é que não há igualdade nas expectativas de vidas de homens e mulheres, como não há igualdade na probabilidade de sofrer um acidente automobilístico ou contrair doenças, de forma que a adoção de dados estatísticos relacionados ao sexo do contratante não caracteriza discriminação ilícita, mas sim, conferir tratamento diferenciado a distintas situações, fixando um preço adequado de acordo com os efetivos riscos contratuais assumidos pela empresa seguradora, garantindo maior eficiência na gestão dos riscos contratuais. Assim, a existência de riscos diferenciados umbilicalmente relacionados ao sexo dos segurados, impõe que cada um deles seja tratado de acordo com suas especificidades, isto é, tratando situações distintas de forma diferenciada, pois conforme aduz Aguilera Rull, "a discriminação estatística parte da situação pior em que se encontram certas pessoas e lhes confere tratamento que corresponde a essa pior situação", razão pela qual não pode ser considerada atentatória ao princípio da igualdade.<sup>46</sup>

<sup>45</sup> Destaca-se que não se pode olvidar que outros fatores irão interferir nas taxas de mortalidade de homens e mulheres, especialmente aqueles relacionados aos cuidados com a saúde, ao não consumo de substâncias tóxicas, a prática de atividades esportivas, bem como nas taxas de sinistralidade, tais como a precaução ao conduzir o veículo, adoção de medidas de direção preventiva. Contudo, não se pode deixar de considerar a análise de tais fatores, além de ser muito mais dificultosa, subjetiva e sujeita a erros, pode representar uma ingerência indevida da esfera de intimidade do segurado, constitucionalmente protegida.

<sup>46</sup> Segue a autora afirmando "La discriminación estadística parte de la situación peor en que se encuentran ciertas personas y les da el trato que corresponde a esa peor situación. Se trata de

A gestão do contrato de seguro pressupõe a mutualidade entre os segurados, uma vez que a coletividade de segurados deve contribuir para o custeio dos riscos realizados em relação a determinados segurados. Assenta-se, portanto, no princípio da mutualidade, a necessidade de que os cálculos atuariais realizados, especialmente os relativos aos riscos contratuais sejam bem elaborados, de forma a permitir a distribuição da cada risco contratual individual para a coletividade de segurados. Assim, a seguradora não pode adotar, sob pena de risco para sua solvabilidade, uma visão individual de cada contrato de seguro, mas sim considera-lo integrante de uma coletividade de contratos, razão pela qual, a viabilidade dos contratos depende da garantia de equivalência entre as prestações assumidas entre seguradora e segurado, ou seja, "una perfecta equivalencia entre la prestación y contraprestación, que ha de buscarse en la relación entre el conjunto de las prestaciones del asegurador y la del colectivo de los asegurados y no en las prestaciones de cada contrato."<sup>47</sup>

Diante dos dados estatísticos apresentados, como não admitir, em proteção à liberdade de iniciativa, ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato, que as empresas seguradoras que administrem seguros de vida cobrem prêmios e prestações maiores dos segurados do sexo masculino se eles têm menor expectativa de vida e, portanto, maior probabilidade de morrer com menor idade? Como considerar discriminatória, nos seguros de renda vitalícia, a cobrança de prestações maiores das mulheres, se elas possuem maior expectativa de vida e, conseqüentemente, probabilidade de usufruírem por maior período de tempo de suas rendas vitalícias mensais? Nos seguros automobilísticos, seria igualitário cobrar de homens e mulheres o mesmo valor de prêmios quando está estatisticamente comprovado que, além de menos propensas a se envolverem em sinistros automobilísticos, quando envolvidas os danos aos veículos são menores e, conseqüentemente, menores os custos indenizatórios?<sup>48</sup>

Sob a premissa de se estar protegendo o direito fundamental à igualdade, especialmente a igualdade de gênero, a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça da União Européia, na prática, proporcionou indesejáveis efeitos sob o mercado consumidor de seguros, haja vista que, proibidas de adotar o gênero como critério de avaliação de risco contratual, o qual tornava mais barato o valor dos prêmios dos contratos de seguro automobilístico e de vida celebrados com mulheres, as

una conducta neutral. Prohibir esta forma de diferenciación requiere partir de un concepto amplio de discriminación, que supone no sólo prohibir las conductas discriminatorias que adoptan la forma de una injerencia en los derechos de otro sino también las que son, en el sentido de JÖRG NEUNER, "negativas a prestar". A. AGUILERA RULL, *op. cit.*, p. 118.

<sup>47</sup> A. MUÑOZ GARCÍA, *La igualdad de trato de mujeres y hombres en la contratación mercantil*, In: MONTOYA M. A. et. all. (coord.). *Igualdad de mujeres y hombres. Comentario a la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Madrid, Thomson Civitas, 2007, p. 480.

<sup>48</sup> No caso dos seguros de vida, como a expectativa de vida masculina é inferior à feminina, verifica-se que os preços dos prêmios segurados homens é maior do que das seguradas mulheres e, nem por isso, há qualquer espécie de questionamento acerca da ilegalidade dessa prática discriminatória.

empresas de seguro se viram obrigadas a promover o aumento do valor dos prêmios destes contratos, afetando diretamente este grupo de seguradas, que, ao pagarem prêmios desproporcionais aos efetivos riscos de seu contrato, estarão financiando os prêmios daqueles contratos de maior risco, o que configuraria um tratamento desigualitário. Foi o que constatou o Comitê Europeu de Seguradoras:

Comité Européen des Assurances (CEA), federación formada por 31 asociaciones europeas de aseguradoras que representan más de 5.000 compañías, en nota de prensa de 5 de noviembre de 2003, por medio de su director general, Daniel Schantéha afirmó que la neutralidad sexual en materia de tarificación tendría el efecto perverso de aumentar generalizadamente las primas de seguros. Las primas de los seguros de vida por muerte prematura y de accidentes aumentarían de precio para las mujeres igualando a las que se cobran actualmente a los hombres y, paralelamente, las primas de los seguros de vida por supervivencia y de salud aumentarían de precio para los hombres igualando a las que se cobran actualmente de las mujeres.

Ademais, além do efeito direto sob os contratos de seguros celebrados com pessoas do sexo feminino, verifica-se também risco de impactos econômicos sobre os demais contratos de seguro, decorrente dos custos que estas empresas terão que suportar para reavaliar todo o seu sistema de dados e cálculos atuariais, alterar os contratos vigentes, modificar seu material publicitário, dentre outros, custos que indubitavelmente serão repassados aos consumidores, impactando nos preços dos produtos ofertados.<sup>49</sup> Sem contar as ineficiências econômicas geradas para todos os atores do mercado, decorrentes da substituição do critério sexo por outros mais subjetivos e voláteis, tais como os relacionados aos hábitos de vida do segurado. Ademais, conforme destaca Aguilera Rull<sup>50</sup>:

El sexo tiene además, como indicador de riesgo, dos ventajas innegables para el asegurador respecto de otros indicadores alternativos y es que es visible y no cambia con el tiempo. Por eso permite resolver de manera satisfactoria dos problemas a los que el asegurador se enfrenta: El primer es la dificultad que las compañías aseguradoras tienen para obtener una información veraz sobre ciertos extremos relevantes, sea porque algunos están protegidos por el derecho a la intimidad del asegurado, o porque éste tiene

<sup>49</sup> "En efecto, la adaptación a los estilos de vida como factor actuarial multidimensional muy probablemente comportará un aumento de los costes de gestión para las aseguradoras que, en última instancia, se traducirá en un incremento de las primas de seguros para los consumidores. Si el proceso de adaptación no se realiza de forma coordinada pueden producirse distorsiones en el mercado como, por ejemplo, pérdida de competitividad de las aseguradoras que actualmente operan en el mercado de seguros de vida y creación de nuevas empresas en condiciones de ofrecer primas más baratas al no tener la necesidad de adaptarse al nuevo sistema"; A. FERNÁNDEZ CRENDE, *op. cit.*, p. 16.

<sup>50</sup> A. AGUILERA RULL, *Contratación y diferencia: Prohibiciones de discriminación por sexo y origen étnico en el acceso a bienes y servicios disponibles al público*, Reposito de tesis doctorales, Facultad de Derecho, Universitat Pompeu Fabra. Barcelona, 2010, p. 123.



muchos incentivos para mentir sobre ellos. El sexo del asegurado puede determinarse de una forma nada costosa.

Assim, torna-se indispensável a revisão dos conceitos de igualdade e discriminação contidos no acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça da União Européia, uma vez que a adoção do gênero como fator de cálculo do risco contratual poderá ser considerada lícita, desde que alicerçada em dados estatísticos ou atuariais que comprovem a existência de maior risco contratual em razão do sexo do contratante. Em determinados casos, o sexo é fator determinante na avaliação do risco contratual, o que comprova a incorreção do entendimento adotado pelo Tribunal da União Européia, que, ao tentar proteger a igualdade de gênero, acabou por gerar indesejáveis efeitos no mercado consumidor de seguros. Isto porque, "el asegurado na va a ser quien acabe assumiendo los costes que presumiblemente genere la adopción de primas unisexo, puesto que éste va a repercutirlos entre el colectivo de la discriminación".<sup>51</sup>

A proibição da possibilidade de adoção do fator sexo como critério de cálculo dos riscos contratuais e estabelecimento dos valores de prêmios e prestações, além ser produto de equivocada interpretação do conteúdo do princípio da igualdade, vem gerando externalidades negativas e ineficiências econômicas para todo o mercado europeu de seguros que devem ser corrigidas, sob pena de penalização dos consumidores, especialmente das seguradas do sexo feminino. Conforme o filósofo Victor Hugo, a primeira obrigação da igualdade é a equidade. No caso em questão, nem igualdade, nem equidade vem sendo alcançadas, uma vez que as empresas de seguro acabaram por promover o aumento do valor dos prêmios dos contratos celebrados com mulheres, que, ao pagarem prêmios desproporcionais aos efetivos riscos de seu contrato, estarão financiando os prêmios daqueles contratos de maior risco, o que configuraria um tratamento desigualitário.

#### CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo, a despeito da amplitude das normativas comunitárias e legislações citadas, restringiu-se a proceder à análise e estudo da relevante questão da aplicabilidade do princípio da igualdade e a proibição de discriminação no âmbito das relações jurídicas privadas, especificamente, no que concerne a possibilidade de que empresas administradoras de seguros de vida, saúde, automobilístico ou renda pratiquem diferentes preços de prêmios e prestações em razão do sexo do segurado, o que foi possível a partir da análise da Diretiva 2004/113/CE, das legislações existentes em Alemanha, Portugal e Espanha<sup>52</sup>, bem como da análise do

<sup>51</sup> A. AGUILERA RULL, op. cit., p. 141.

<sup>52</sup> Conforme os autores já mencionados, em especial AGUILERA RULL, a partir de uma análise da exposição de motivos que justificaram a edição da Diretiva 2004/113/CE, o conceito de bens e serviços disponíveis para o público abrange "o acesso a locais em que se permite



acórdão proferido no caso *Test Achats* pelo Tribunal de Justiça da União Européia acerca da temática.

A partir dos detidos e minuciosos estudos realizados, foi possível constatar que a adoção do gênero como fator de cálculo do risco contratual poderá ser considerada uma discriminação lícita, desde que alicerçada em dados estatísticos ou atuariais que comprovem a existência de maior risco contratual em razão do sexo do contratante, bem como foi possível demonstrar que a decisão proferida pelo Tribunal da União Européia, a despeito de objetivar a promoção da igualdade de gênero e combater as práticas discriminatórias ilícitas, na realidade, vem produzindo externalidades negativas e ineficiências econômicas no mercado de consumo de seguros de vida, saúde, automobilístico e renda, especialmente em decorrência de um generalizado aumento dos valores dos prêmios fixados.

Sustentar que a adoção do critério gênero como fator de risco contratual sempre representa prática discriminatória constitui equívoco, haja vista que algumas categorias de riscos contratuais podem variar em razão do sexo do contratante. Em determinados casos, o sexo pode ser um fator determinante na avaliação do risco contratual, situações nas quais, quando restar estatística ou cientificamente comprovada a existência de diferentes graus de risco entre homens e mulheres, a adoção de preços de prêmios diferenciada será legítima. De fato, o entendimento adotado pelo Tribunal da União Européia provoca distorções e coloca em risco o equilíbrio econômico-financeiro da relação contratual, ao impedir que as empresas de seguro calculem os reais riscos contratuais de sua atividade e fixem um preço adequado.

A decisão proferida pelo Tribunal de Justiça da União Européia, sob a premissa de se estar protegendo o direito fundamental à igualdade, especialmente a igualdade de gênero, na prática, acabou por acarretar indesejáveis efeitos sob o mercado de seguros europeu, haja vista que, proibidas de adotar o gênero como critério de avaliação de risco contratual, o qual reduzia o valor dos prêmios e prestações dos contratos de seguro de automóvel e renda celebrados com mulheres, as empresas de seguro se viram obrigadas a promover o aumento do valor dos prêmios e prestações, afetando diretamente este grupo de seguradas, que, ao pagarem prêmios desproporcionais aos riscos de seu contrato, estarão financiando os prêmios daqueles contratos de maior risco, o que configuraria um tratamento desigualitário.

Além do efeito direto sob os contratos de seguros celebrados com pessoas do sexo feminino, foi possível constatar risco de impactos econômicos sobre os demais contratos de seguro, decorrente dos custos que estas empresas terão que suportar para reavaliar todo o seu sistema de dados e cálculos atuariais, alterar os contratos vigentes, modificar seu material publicitário, dentre outros, custos que indubitavelmente serão repassados aos consumidores, impactando nos preços dos

a entrada do público", "todos os tipos de moradia, incluídas a de aluguel e alojamento em hotéis", "serviços bancários, de seguros e outros serviços financeiros" "transporte" e "os serviços de qualquer profissão ou ofício ofertados ao público".

produtos ofertados. Sem contar as ineficiências econômicas geradas para todos os atores do mercado, decorrentes da substituição do critério sexo por outros relacionados aos hábitos de vida do segurado, cuja investigação, além de mais custosa, poderá representar uma violação à intimidade do contratante.

Verifica-se, portanto, ser indispensável a revisão dos conceitos de igualdade e discriminação contidos no acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça da União Européia, uma vez que a adoção do gênero como fator de cálculo do risco contratual poderá ser considerada lícita, desde que alicerçada em dados estatísticos ou atuariais que comprovem a existência de maior risco contratual em razão do sexo do contratante. Em determinados casos, o sexo é fator determinante na avaliação do risco contratual, o que comprova a incorreção do entendimento adotado pelo Tribunal da União Européia, que, ao tentar proteger a igualdade de gênero, acabou por gerar indesejáveis efeitos no mercado consumidor de seguros.

#### REFERÊNCIAS

AGUILERA RULL, ARIADNA. Prohibición de discriminación y libertad de contratación. Barcelona: Facultad de Derecho de la Universidad Pompeu Fabra. Revista para el análisis del Derecho, 2009, pp. 1-30.

AGUILERA RULL, ARIADNA. El proyecto de lei integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Barcelona: Facultad de Derecho de la Universidad Pompeu Fabra. Revista para el análisis del Derecho, 2011, pp. 1-15.

AGUILERA RULL, ARIADNA. Contratación y diferencia: Prohibiciones de discriminación por sexo y origen étnico en el acceso a bienes y servicios disponibles al público. Universitat Pompeu Fabra. Barcelona, 2010.

ALFARO AGUILA-REAL, JESÚS. Autonomía privada y derechos fundamentales. Anuario de Derecho Civil, 1993, pp. 57-122.

ALVES, FRANCISCO LUÍS. O regime jurídico da discriminação aplicável aos seguros: presente e futuro. Lisboa: Fórum. XIV, n.º 31 (fevereiro 2012), p. 28-59.

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

BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, RODRIGO. Principio de igualdad y derecho privado. Anuario de Derecho Civil, 1990, pp. 369-427.

BILBAO UBILLOS, JUAN MARIA. La eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales em el ordenamiento español. In: MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO;

- NEUNER, JORG; SARLET, INGO WOLFGANG. (Orgs.). *Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado*. Coimbra: Almedina, 2007, pp. 145-163.
- BILBAO UBILLOS, JUAN MARIA. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, INGO (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2.<sup>a</sup> ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. pp. 301-340.
- BOBBIO, NORBERTO. *Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política*. 10. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2003, 173 p.
- BOCKENFORDE, ERNEST WOLFGANG. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Juan Luis Requejo Pagés (trad.). Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.
- CANARIS, CLAUS-WILHELM. *Direitos fundamentais e direito privado*. Sarlet, Ingo Wolfgang; Pinto, Paulo Mota (Trads.). Coimbra: Almedina, 2003.
- CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM GOMES. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7.<sup>a</sup> ed. Coimbra: Almedina, 2003a.
- CANOTILHO, JOAQUIM JOSÉ GOMES. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. pp. 190-215.
- CARRASCO PERERA, ÁNGEL. El principio de no discriminación por razón de sexo. *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, 1990, 9-38.
- CERDÁ MARTINEZ-PUJALTE, CARMEN. El problema de la discriminación en el ámbito privado: una aproximación a las legislaciones recientes en Alemania y España. Universidad Externado de Colombia. *Revista de Derecho Privado*, n.º 16, 2009, p. 103-146.
- FERNÁNDEZ CRENDE, ANTÔNIO. Seguros de vida y discriminación sexual. *Barcelona: Revista para el analisis del Derecho*, 2004, n.º 4, pp. 1-26.
- FACHIN, LUIZ EDSON FACHIN. *Teoria Crítica do Direito Civil*. 2.<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2003.
- FACHIN, LUIZ EDSON. *Direitos Fundamentais, Dignidade da Pessoa Humana e o Novo Código Civil: uma análise crítica*. In: SARLET, INGO WOLFGANG. (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2.<sup>a</sup> ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003b. pp. 87-104.

- GALVEZ MUÑOZ, LUIS. La clausula general de igualdad. Universidad de Murcia. *Anales de Derecho*, 2003, n.º 21, p. 195-206.
- GARCÍA RUBIO, MARIA PAZ. La igualdad de trato entre hombres y mujeres y su repercusión en el derecho de contratos: Análisis del proyecto de Ley Orgánica para la igualdad de mujeres y hombres a la luz de la Directiva 2004/113/CE, *La Ley*, n.º 6602, 2006, pp. 1-33.
- LARENZ, KARL. *Derecho Justo: Fundamentos de Ética Jurídica*. Trad. Luis Díez-Picazo. Reimpr. Madrid, Civitas, 1993.
- MC CRORIE, BENEDITA FERREIRA DA SILVA. *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2005.
- MUÑOZ GARCÍA, ALFREDO. La igualdad de trato de mujeres y hombres en la contratación mercantil. In: MONTROYA MELGAR, SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, YOLANDA (coord.), *Igualdad de mujeres y hombres. Comentario a la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*. Thomson Civitas, Cizur Menor, pp. 441-494.
- NARANJO DE LA CRUZ, RAFAEL. *Los límites de los Derechos Fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*. Madrid: Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, 2301 p.
- NOVAIS, JORGE REIS. Os direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares. In: SARMENTO, DANIEL ANTÔNIO DE MORAES (Org.). *A Constitucionalização do Direito*. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2007.
- PÉREZ LUÑO, ANTÔNIO ENRIQUE. *Los derechos fundamentales*. 9.ª ed. Madrid: Tecnos, 2007, 234 p.
- PINTO, CARLOS ALBERTO DA MOTA. *Teoria geral do direito civil*. 3.ª ed. actual. Coimbra: Coimbra Editora, 1999. 661p.
- PINTO, PAULO MOTA. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado português. In: MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO; et al (Orgs.). *Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado*. Coimbra: Almedina, 2007, pp. 145-163.
- PRIETO SANCHIS, LUIS. *Estudios sobre derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Debate, 1994.

REY MARTINEZ, FERNANDO. La prohibición de discriminación racial o étnica en la unión europea y em España: el caso de la minoría gitana. *Revista de Derecho Político*, 2003, pp. 63-105.

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

SÁNCHEZ DELGADO. Impacto de la ley de igualdad de género en los seguros de salud. *Monteserrat: Trébol*, 2008, n.º 47, pp. 9-16.

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

SARMENTO, DANIEL ANTONIO DE MORAES. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2.ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, 362 p.

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

SILVA, JOSÉ CESA FERREIRA DA. A proteção contra a discriminação no direito contratual brasileiro. In: MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO; et al (Orgs.). *Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado*. Coimbra: Almedina, 2007, p.389-416.

SILVA, VIRGÍLIO AFONSO DA. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Mandamentos, 2008.

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

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

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

VALE, ANDRÉ RUFINO DO. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.