

JORGE CESA FERREIRA DA SILVA

ANTIDISCRIMINAÇÃO & CONTRATO

THOMSON REUTERS
**REVISTA DOS
TRIBUNAIS**

Diretora de Conteúdo e Operações Editoriais

JULIANA MAYUMI ONO

Gerente de Conteúdo

MILISA CRISTINE ROMERA

Editorial: Aline Marchesi da Silva, Diego Garcia Mendonça, Karolina de Albuquerque Araújo e Quenia Becker

Gerente de Conteúdo Tax: Vanessa Miranda de M. Pereira

Direitos Autorais: Viviane M. C. Carmezim

Assistente de Conteúdo Editorial: Juliana Menezes Drumond

Analista de Projetos: Camilla Dantara Ventura

Estagiários: Alan H. S. Moreira, Ana Amalia Strojnowski, Bárbara Baraldi e Bruna Mestriner

Produção Editorial

Coordenação

ANDRÉIA R. SCHNEIDER NUNES CARVALHAES

Especialistas Editoriais: Gabriele Lais Sant'Anna dos Santos e Maria Angélica Leite

Analista de Projetos: Larissa Gonçalves de Moura

Analistas de Operações Editoriais: Alana Fagundes Valério, Caroline Vieira, Damares Regina Felício, Danielle Castro de Morais, Mariana Plastino Andrade, Mayara Macioni Pinto e Patrícia Melhado Navarra

Analistas de Qualidade Editorial: Ana Paula Cavalcanti, Fernanda Lessa, Thais Pereira e Victória Menezes Pereira

Designer Editorial: Lucas Kfourri

Estagiárias: Maria Carolina Ferreira, Sofia Mattos e Tainá Luz Carvalho

Capa: Lucas Kfourri

Equipe de Conteúdo Digital

Coordenação

MARCELLO ANTONIO MASTROROSA PEDRO

Analistas: Gabriel George Martins, Jonatan Souza, Maria Cristina Lopes Araujo e Rodrigo Araujo

Gerente de Operações e Produção Gráfica

MAURICIO ALVES MONTE

Analistas de Produção Gráfica: Aline Ferrarezi Regis e Jéssica Maria Ferreira Bueno

Estagiária de Produção Gráfica: Ana Paula Evangelista

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da
Antidiscriminação e contrato : a integração entre proteção e
autonomia / Jorge Cesa Ferreira da Silva. -- São Paulo : Thomson
Reuters Brasil, 2020.

Bibliografia.
ISBN 978-65-5065-362-0

1. Contratos 2. Discriminação 3. Igualdade perante a lei I. Título.

20-35410

CDU-347.44

Índices para catálogo sistemático: 1. Direito contratual 347.44

Cibele Maria Dias - Bibliotecária - CRB-8/9427

SUMÁRIO

DEDICATÓRIA	5
AGRADECIMENTOS	7
EPÍGRAFE.....	11
APRESENTAÇÃO.....	13
INTRODUÇÃO	21

1

O SIGNIFICADO DE “DISCRIMINAÇÃO”: O TERMO NA LINGUAGEM COMUM E OS SIGNIFICADOS TÉCNICOS

1.1 OS SIGNIFICADOS DE “DISCRIMINAÇÃO” NA LINGUAGEM COMUM.....	29
1.2 OS SIGNIFICADOS DE “DISCRIMINAÇÃO” NA LINGUAGEM TÉCNICA JURÍDICA	40
1.3 A CONSTRUÇÃO DOS SIGNIFICADOS TÉCNICOS	48
1.4 A DISSEMINAÇÃO DOS SIGNIFICADOS TÉCNICOS.....	58
1.5 CONCLUSÕES PARCIAIS.....	64

2

A ESTRUTURA DO DIREITO DA ANTIDISCRIMINAÇÃO

2.1 PERFIL DAS NORMAS DO DIREITO DA ANTIDISCRIMINAÇÃO	69
2.1.1 Proteção vinculada a certas características pessoais	72
2.1.2 Características pessoais subdivisíveis em grupos.....	75
2.1.3 Proteção especial a grupo(s) específico(s)	77
2.2 GRUPOS PROTEGIDOS.....	81
2.2.1 Critérios gerais de proteção	82

2.2.2	Grupos particularmente protegidos: quais são e como se decide sobre eles	93
2.2.3	Distintas proteções e hierarquias protetivas	100
2.3	INSTRUMENTOS DE PROTEÇÃO	107
2.3.1	Discriminação direta	108
2.3.1.1	Motivação, intenção ou propósito	110
2.3.1.2	Comparação entre tratamentos	115
2.3.1.3	Exceções não configuradoras de discriminação direta ...	117
2.3.2	Discriminação indireta	120
2.3.2.1	Aparente neutralidade da medida	122
2.3.2.2	Comparação entre os efeitos	124
2.3.2.3	Ausência de justificação	126
2.3.3	Instrumentos similares à discriminação direta e indireta: assédio, ausência de adaptações razoáveis e instrução para discriminar	127
2.3.3.1	Assédio	127
2.3.3.2	Ausência de adaptações razoáveis	129
2.3.3.3	Instrução para discriminar	131
2.3.4	Ações afirmativas	132
2.4	FUNDAMENTOS, OBJETIVOS E MEIOS DO DIREITO DA ANTI-DISCRIMINAÇÃO	135
2.4.1	Fundamento geral do Direito da Antidiscriminação	137
2.4.2	Enfoques e perspectivas de análise	141

3

ANTIDISCRIMINAÇÃO E DIREITO CONTRATUAL: HÁ UM PRINCÍPIO ANTIDISCRIMINATÓRIO NO DIREITO CONTRATUAL?

3.1	RAZÕES CONTRÁRIAS	151
3.1.1	Razões jurídicas	151
3.1.2	Razões econômicas	155

3.2	RAZÕES FAVORÁVEIS	163
3.2.1	Razões econômicas	163
3.2.2	Razões jurídicas	167
3.2.2.1	Razões de ordem metacontratual	167
3.2.2.2	Razões de ordem contratual	173
3.3	SÍNTESE CONCLUSIVA	180

4

**ANTIDISCRIMINAÇÃO E DIREITO CONTRATUAL:
ESPAÇOS DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO
ANTIDISCRIMINATÓRIO NO DIREITO CONTRATUAL**

4.1	PERSPECTIVA DE ANÁLISE.....	187
4.1.1	Perspectiva da Análise Econômica do Direito	188
4.1.2	Perspectiva do Direito Civil Constitucional.....	192
4.1.3	Perspectiva dogmática	196
4.2	ELEMENTOS DE COMPATIBILIDADE: OS FUNDAMENTOS DA ANTIDISCRIMINAÇÃO E A REGULAÇÃO CONTRATUAL.....	200
4.3	IGUALDADE E DIREITO CONTRATUAL	204
4.3.1	A noção de igualdade genericamente considerada	207
4.3.2	A noção de igualdade no âmbito jurídico	211
4.3.3	A noção de igualdade no Direito Contratual	216
4.3.3.1	Igualdade de reconhecimento	218
4.3.3.2	Igualdade de tratamento	221
4.3.3.2.1	Igualdade Objetiva.....	222
4.3.3.2.2	Igualdade Subjetiva.....	223
4.3.3.3	Igualdade de equiparação	225
4.4	CONCLUSÕES PARCIAIS.....	226
4.5	JUSTIÇA DISTRIBUTIVA	228

4.5.1	As justiças particulares aristotélicas: notas explicativas sobre as justiças distributiva e comutativa.....	230
4.5.1.1	Caracterização das justiças particulares	230
4.5.1.2	O formalismo das modalidades de justiça particular e sua contribuição ao tema	233
4.5.2	A justiça distributiva no Direito Contratual	239
4.5.2.1	Critérios de distinção	239
4.5.2.2	Atuação da justiça distributiva nos contratos.....	242
4.5.3	Conclusões parciais	247
4.6	O PERFIL DOGMÁTICO DO PRINCÍPIO.....	248
4.6.1	Grupos protegidos	249
4.6.2	Instrumentos de proteção	253
4.6.3	Extensão da aplicação do princípio antidiscriminatório no âmbito contratual	260
	CONCLUSÃO	265
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	273