

***Allgemeines gleichbehandlungsgesetz* –
Aproximação à nova regulamentação geral
de proibição do tratamento desigual no
Direito alemão, em especial seu alcance
no âmbito civil***

*Carmen María Cerdá Martínez-Pujalte***

Resumo: Em agosto de 2006, entrou em vigor, na Alemanha, a *Allgemeines gleichbehandlungsgesetz* (AGG) ou lei geral de tratamento igualitário. É inegável o caráter inovador dessa lei, que considera, pela primeira vez na Alemanha, em uma normativa geral, o princípio da não-discriminação no âmbito das relações jurídico-privadas. A repercussão prática da lei é mesmo assim indubitável, dado seu alcance geral e amplo conteúdo. Com algumas exceções, sua finalidade é proibir, em caráter geral, todas as discriminações que aconteceram no âmbito trabalhista e civil baseadas na raça, origem étnica, sexo, religião ou concepção ideológica do mundo, idade, incapacidade ou a identidade sexual. A lei destaca, também, que seja estabelecida uma inversão do ônus da prova nos processos que acontecem como consequência de uma denúncia de discriminação. Isso significa que a pessoa demandada por

* Tradução de Guillermo M. Pankiewicz. Revisão de tradução de Karine Salgado.

** Doutora em Direito mercantil. Na atualidade, bolsista de pós-doutorado na Generalitat Valenciana, no Programa de “Bolsas de pós-doutorado de excelência para centros estrangeiros”, no Max-Planck Institut für ausländisches und internationales Privatrecht de Hamburgo (Alemanha).

discriminação é que deverá provar a ausência do caráter discriminatório nas medidas adotadas, bem como sua proporcionalidade. O estudo, neste artigo, é centrado, portanto, nessa lei alemã, de marcado espírito protecionista. Procura-se analisar da forma mais precisa possível seu articulado, extraindo algumas conclusões e reflexões que, se espera, sejam de utilidade para outros projetos legislativos desse tipo.

Palavras-chave: Igualdade – Diretiva comunitária – Discriminação – Proibição de discriminação – Tratamento desigual – Raça – Origem étnica – Sexo – Religião – Concepção do mundo – Incapacidade – Idade – Identidade sexual – Empregadores – Trabalhadores – Empresa – Âmbito privado – Âmbito trabalhista – Discriminação direta – Discriminação indireta – Assédio – Assédio sexual – Contrato – Contratos de massa – Contratos assimiláveis aos de massa – Seguros – Aluguel de moradias – Bens e serviços – Oferta pública – Relações familiares – Relações sucessórias – Justificação objetiva – Regras processuais – Ônus da prova.

***Allgemeines gleichbehandlungsgesetz* – Approximation to the new general prohibition of unequal treatment in german Law, especially with regards to its scope in civil law**

Abstract: In August 2006, the *Allgemeines leichbehandlungsgesetz* (AGG), or general law of equal treatment, went into effect in Germany. This law, with its undeniably innovative character, considers for the first time in Germany, in a general rule, the principle of non-discrimination in the scope of private legal relations. The practical repercussions of this law are unquestionable, given its broad reach and in-depth content. With a few exceptions, its purpose is to prohibit, in a general manner, all forms of discrimination in the labor and civil context, based on race, ethnic origin, sex, religion or ideological view of the

world, age, disability or sexual identity. The law also brings an important reversal of the burden of proof in proceedings that are filed as a result of a discrimination complaint. This means that the person charged with discrimination is the one who has to prove the lack of a discriminatory nature of the measures taken, as well as their proportionality. The study, in this article, is therefore centered on this German law, of a notable protectionist spirit. It attempts to analyze it as precisely as possible, while reaching some conclusions and reflections that we hope will be useful for other legislation of this type.

Key-words: Equality – Community directive – Discrimination – Prohibition of discrimination – Unequal treatment – Race – Ethnic origin – Sex – Religion – View of the world – Disability – Age – Sexual identity – Employers – Workers – Company – Scope of private law – Scope of labor law – Direct discrimination – Indirect discrimination – Harassment – Sexual harassment – Contract – Adhesion contracts – Contracts similar to adhesion contracts – Insurance – Rent of residences – Goods and services – Public offer – Family relations – Succession relations – Objective justification – Procedural rules – Burden of proof.

1 INTRODUÇÃO

Há pouco mais de um ano, em agosto de 2006, entrou em vigor, na Alemanha, a *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz* (AGG) ou lei geral de tratamento igualitário. Mais recentemente, em março de 2007, foi aprovada, na Espanha, a Lei Orgânica 3/2007, de 22 de março, para a igualdade efetiva entre mulheres e homens. Ainda que sejam leis cujo âmbito objetivo de aplicação dista muito de ser equiparável – o que pode ser deduzido apenas com a leitura de seus nomes –, as duas leis, aprovadas para dar

resposta às necessidades impostas pelo direito europeu,¹ põem em manifesto, mais uma vez, que o tema da igualdade e sua seqüência prática, muito além de estar resolvido, continua plenamente vigente e que um dos objetivos dos atuais governos e legisladores continua sendo, como em outras épocas, avançar formalmente nesse caminho, para que possam ser dadas em todos os âmbitos as condições necessárias objetivas que garantam a igualdade, respeitando, em todo caso, as peculiaridades de cada um deles.

Como dissemos, ainda que ambas as leis correspondam ao mesmo espírito, não são plenamente equiparáveis. Já seus campos materiais de ação foram delimitados pelo legislador com distinto alcance em cada caso. Nesse sentido, assinalamos, desde um primeiro momento, que a lei alemã, em cujo estudo nos concentramos, foi mais ambiciosa que a espanhola. Esta última, como se pode entender

¹ A lei alemã incorpora as seguintes Diretivas: Diretiva 2000/43/CE do Conselho, de 29 de junho de 2000, relativa à aplicação do princípio de igualdade de tratamento das pessoas independentemente de sua origem racial ou étnica; Diretiva 2000/78/CE, do Conselho, de 27 de novembro de 2000, relativa ao estabelecimento de um marco geral para a igualdade de tratamento no emprego e a ocupação; Diretiva 2002/73/CE, do Parlamento europeu e do Conselho, de 23 de setembro de 2002, que modifica a Diretiva 76/207/CEE do Conselho relativa à aplicação do princípio de igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que se refere ao acesso ao emprego, à formação e à promoção profissionais e às condições de trabalho; Diretiva 2004/113/CE, do Conselho, de 13 de dezembro de 2004, pela qual se aplica o princípio de igualdade de tratamento entre homens e mulheres ao acesso a bens e serviços e seu fornecimento. Em alemão: *Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29. Juni 2000 (Antirassismusrichtlinie)*, *Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 (Rahmenrichtlinie_Beschäftigung)*, *Richtlinie 2002/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. September 2002 (Gender-Richtlinie)*; *Richtlinie 2004/113/EG des Rates vom 13. Dezember 2004 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen*. No Preâmbulo da lei espanhola, estão incorporadas unicamente as duas últimas Diretivas mencionadas, isto é, a 2002/73/CE, e a 2004/113/CE, que são as referidas, em particular, à igualdade de tratamento entre mulheres e homens.

claramente de seu título, tem por finalidade remover os obstáculos, principalmente proibindo as discriminações, em favor da igualdade entre homem e mulher. Seu conteúdo, portanto, é a interdição das discriminações por sexo nos diferentes âmbitos político, civil, trabalhista, econômico, social e cultural aos que se aplica.

A lei alemã tem, entretanto, alcance mais amplo: com algumas exceções, sua finalidade é proibir, em caráter geral, como teremos ocasião de ver nas próximas páginas, todas as discriminações, no âmbito trabalhista e civil, baseadas na razão, na origem étnica, no sexo, na religião ou na concepção ideológica do mundo, na idade, na incapacidade ou na identidade sexual.

Apesar desse conteúdo distinto, podemos afirmar como característica comum fundamental que tanto uma como outra correspondem a um espírito protecionista do legislador, a nosso juízo excessivamente protecionista, o que deu lugar a duas normativas bastante minuciosas e extensas, que em certas ocasiões estão muito além do desejável. No que diz respeito à lei espanhola, que será analisada provavelmente em outro trabalho, chama a atenção o fato de que em todos os âmbitos nos quais se aplica seja estabelecido o princípio de presença equilibrada de mulheres e homens. A nosso ver, isso constitui um cuidado excessivo na forma de entender o princípio de igualdade de tratamento entre homens e mulheres, o qual poderia desembocar, em último caso, em uma discriminação de homens em favor das mulheres não especialmente capacitadas para os postos considerados.

Esse espírito protecionista acontece especialmente em matéria processual. Assim, destaque-se que ambas as leis estabelecem uma inversão do ônus da prova nos processos que têm lugar a raiz de uma demanda de discriminação. Isso significa que será a pessoa demandada por discriminação que deverá provar a ausência do caráter discriminatório nas medidas adotadas e sua proporcionalidade.

Pois bem, nosso estudo como já adiantamos, está concentrado na nova regulamentação alemã, e a ela dedicamos as páginas seguintes, tentando gerar uma idéia o mais precisa possível de sua articulação, extraindo algumas conclusões e reflexões que, esperamos, também possam ser de utilidade para nosso âmbito nacional.

1.1 Aprovação da lei

Como acabamos de indicar, no dia 18 de agosto de 2006, entrou em vigor, na Alemanha, a *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz* (AGG) ou lei geral de tratamento igualitário. O *Bundestag* alemão se pronunciou formalmente sobre a lei no dia 29/6/2006, com 443 deputados a favor, 111 contra e 17 abstenções, e no dia 7/7/2006 o *Bundesrat* alemão aprovou definitivamente a AGG.

Foi assinalado na doutrina alemã, e em especial no que diz respeito ao âmbito civil, que, mediante essa nova normativa, o legislador tinha como propósito completar o direito civil alemão de acordo com os padrões internacionais existentes, já que a proteção contra a discriminação no direito privado era já conhecida tanto em alguns Estados-Membros da União Européia como nos Estados Unidos.²

Em concreto, por meio dela, foi realizada, com certo atraso e controvérsia, a transposição das quatro Diretivas Européias detalhadas na segunda nota no rodapé. Essas quatro Diretivas versavam sobre a proibição da discriminação por determinados motivos em um âmbito de aplicação objetivo específico. De todas elas, a mais geral é a 2000/78/EG, aplicável a discriminações por

² GAIER, R.; WENDTLAND, H. *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*, AGG, p. 4; HORST, R. *Mietrechtliche Auswirkungen des Allgemeines Gleichbehandlungsgesetzes*, MDR, p. 1266.

motivos de raça, origem étnica, ou convicções, por motivos de idade ou tendências sexuais.³ O âmbito de aplicação está limitado aos campos do emprego, do trabalho, da formação, da proteção social e das vantagens sociais. É conhecida como a Diretiva do emprego.

A segunda Diretiva, conhecida como “Diretiva anti-racismo”, considera somente como motivos de discriminação a raça e origem étnica, mas seu âmbito de aplicação é mais amplo que o da primeira, uma vez que compreende não somente os campos já considerados na primeira, mas, também, as discriminações no âmbito da entrada e o fornecimento de mercadorias e serviços que estejam disponíveis para o público, com exceção da moradia.

As últimas duas Diretivas estabelecem a igualdade do homem e da mulher no âmbito do emprego e no da formação profissional, assim como também no âmbito da provisão de mercadorias e serviços. Estas últimas não definem seu âmbito de aplicação objetivamente, mas definem que são aplicáveis a todas aquelas pessoas que comerciem com mercadorias ou serviços que sejam postos a disposição do público sem levar em conta a pessoa.

1.2 Aproximação geral ao conteúdo da lei

AAGG, também conhecida no setor como “lei antidiscriminação”, é uma lei estatal cujo objetivo principal é impedir ou proibir discriminações injustificadas por motivos de raça, origem étnica, sexo, religião, concepção do mundo, incapacidade, idade ou identidade sexual (§ 1, AGG).⁴ Para a seqüência de tal objetivo, foi outorgada aos

³ Para uma definição detalhada dos termos mencionados, ver KOCK, M. *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz – Überblick über die arbeitsrechtlichen Regelungen*, MDR, p. 1.088 *et seq.*

⁴ Isso não significa que as demais discriminações sejam lícitas já que outras normas podem proibir a discriminação. M. Kock (*Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz – Überblick über die arbeitsrechtlichen Regelungen*,

pertencentes a algum dos grupos de pessoas protegidos um direito, cujo conteúdo estudaremos mais tarde, contra os empregadores ou privados que tenham um comportamento proibido pela lei.

A lei tem maior aplicação e repercussão no âmbito trabalhista.⁵ Mediante essa nova regulamentação, as partes assinantes de convênios coletivos, os empregadores, os trabalhadores e seus representantes, no âmbito de suas funções, devem tanto evitar futuras discriminações desse tipo, como eliminar as já existentes. Por sua parte, e correlativamente, os empregados e, em especial, os discriminados devem informar-se melhor sobre seus deveres e direitos e facilitar a seqüência deles.

E ainda que essa lei tenha maior aplicação e repercussão no âmbito trabalhista, pode-se destacar que as maiores controvérsias suscitadas na sua elaboração e que motivaram o atraso de sua aparição têm a ver com a parte referente ao direito civil,⁶ já que,

MDR, p. 1.088 *et seq.*) exemplica dizendo que não é lícita a prática de uma empresa consistente em somente empregar não fumantes, já que isso seria uma infração ao direito fundamental da personalidade.

⁵ Da abundante literatura sobre a AGG no âmbito trabalhista, ver, por exemplo: HINRICHS, O.; ZWANZIGER, B. *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*, p. 574 *et seq.*; DEINERT, O. *Anwendungs-probleme der arbeitsrechtlichen Schadensersatzvorschriften im neuen AGG*, p. 398 *et seq.*; MAIER, G.; MEHLICH, T. *Das Ende des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes?*, p. 110 *et seq.*; KANIA, T.; MERTEN, S. *Auswahl und Einstellung von Arbeitnehmern unter Geltung des AGG*, p. 8 *et seq.*; BESGEN, N. *Die Auswirkungen des AGG auf das Betriebsverfassungsrecht*, p. 213 *et seq.*; SEEL, H. *AGG – Schadensersatz für Diskriminierungen im Bewerbungsverfahren*, p. 1321 *et seq.*

⁶ Da literatura sobre a AGG no âmbito civil, ver, por exemplo: LUTTER, M. *Anwendbarkeit der Altersbestimmungen des AGG auf Organpersonen*, p. 725 *et seq.*; GAIER, R. *Wendland, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz AGG*, München, 2006; HORST, R. *Mietrechtliche Auswirkungen des Allgemeines Gleichbehandlungsgesetzes*, *MDR*, p. 1.266; WACKERBARTH, U. *Die Vermeidung einer ungerechtfertigten Inanspruchnahme aus dem AGG*, p. 453 *et seq.*; BUDDE, R. *Auswirkungen des AGG auf Vertriebspartner*, p. 731.; DÄUBLER, W.; BERTZBACH, M. (Ed.). *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*,

como teremos ocasião de ver mais adiante, neste âmbito a lei excede ou ultrapassa o disposto nas Diretivas Europeias a cuja transposição respondia.

Uma das especialidades dessa lei a extensão de sua aplicação como norma de proteção no âmbito privado, limitando, desse modo, a autonomia privada. De acordo com o legislador, isso era necessário para dar cumprimento ao mandado de igualdade constitucional, também, entre as relações entre os cidadãos entre si.

Até esse momento, somente era de aplicação o princípio de igualdade de tratamento constitucional do art. 3 da *Grundgesetz* (GG). Mas como as demais normas de direito público, essa é unicamente de aplicação entre os cidadãos e o Poder Público, mas não nas relações dos cidadãos entre si. Alguns direitos fundamentais encontraram aplicação também por meio da jurisprudência nas relações entre privados. Alguns deles⁷ encontraram aplicação direta nas relações entre privados – a conhecida *unmittelbare Drittwirkung* – e outros direitos fundamentais encontram aplicação indireta, o que quer dizer que necessitam, para sua aplicação, de uma cláusula geral ou conceito jurídico geral que imponha nesse âmbito determinado a aplicação do princípio – *mittelbare Drittwirkung*.⁸

Handkommentar, 1. ed. 2007; BAUER, J.-H.; GÖPFERT, B.; KRIEGER, S., *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*, 1. ed. 2007; ROESNER, R. *Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz*, 1. ed. 2006.

⁷ Assim, por exemplo, o art. 9, GG (direito de associação).

⁸ Um exemplo deste último caso pode ser encontrado no alemão, por exemplo, nos §§ 138, 241 e 242 BGB. O § 138 estabelece em concreto que qualquer negócio que vá contra os bons costumes é nulo. Pois bem, no conceito de bons costumes poderiam encontrar aplicação para os direitos fundamentais. O § 241 fala sobre levar em consideração os direitos, os bens jurídicos e os interesses das outras partes e, finalmente, o § 242 fala de *Treu und Glauben*, o que viria a ser em nosso âmbito o princípio de boa-fé. Conseqüência disso é, por exemplo, o chamado *arbeitsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz* (direito de

No que se refere à aplicação do art. 3 do GG, isto é, a aplicação do princípio de igualdade e não-discriminação, até este momento somente encontrava uma aplicação direta segundo a doutrina majoritária no âmbito trabalhista.⁹ Pois bem, essa situação mudou a partir da AGG, já que não será necessário utilizar ao mecanismo da *Drittwirkung* para a aplicação do princípio de igualdade de tratamento ou discriminação nos âmbitos aos quais essa lei se refere.

Agora, a AGG não é aplicável a todos os âmbitos jurídicos e econômicos, tampouco proíbe todas as discriminações. Em primeiro lugar, exclusivamente, proíbe as discriminações baseadas em determinadas circunstâncias relevantes; em segundo, unicamente proíbe as discriminações quando acontecem em determinadas situações e entre determinados requisitos. Nos tópicos seguintes determinamos, de forma detalhada, o âmbito de aplicação da lei que o legislador alemão configurou.

2 CONTEÚDO FUNDAMENTAL DA LEI

2.1 Âmbito objetivo de aplicação

Como acabamos de assinalar, a lei não é aplicável a todas as classes de discriminações imagináveis, mas somente àquelas

igualdade trabalhista) do Tribunal Supremo, Sala do Social (BAG), Sentenças 15/1/1955 I AZR 305/54; 11/9/1974-5 AZR 667/73. Maier e Mehlich defendem que, com a aprovação da AGG, o direito de igualdade trabalhista como instrumento da jurisprudência e da doutrina perdeu seu direito de existência com a consequência que agora no âmbito trabalhista somente a AGG define o que é discriminação ilícita e o que não é. (Ver MAIER, G.; MEHLICH, T. *Das Ende des richterlich entwickelten arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes?*, p. 110; contra: HINRICHS, O.; ZWANZIGER B. *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz – Ende des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes?*, p. 574)

⁹ ROESNER, R. *Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz*, cit., p. 2.

baseadas em determinados motivos. E esses são a raça, a origem étnica, o sexo, a religião ou concepção do mundo, incapacidade, idade, ou identidade sexual.

O âmbito de aplicação da lei – segundo o § 2 da AGG¹⁰ – fica compreendido naquelas discriminações que, baseando-se em algum dos motivos já assinalados, sejam realizadas em relação com:

- 1) os critérios de seleção e as condições de entrada para o acesso a postos assalariados e autônomos, independentemente do ramo de atividade e da posição trabalhista, bem como para as ascensões laborais;¹¹
- 2) as condições de trabalho, compreendendo o salário e as condições de demissão, em especial no que diz respeito às medidas ou acordos individuais ou coletivos referentes à execução ou terminação de uma relação trabalhista, assim como as ascensões laborais;
- 3) a entrada em qualquer forma ou nível de orientação profissional, de formação trabalhista, compreendendo a formação para o trabalho, a reciclagem e a readaptação laboral, assim como as práticas laborais;
- 4) a entrada em uma associação de trabalhadores ou em uma associação cujos membros pertençam a determinado grupo trabalhista compreendendo a utilização dos serviços de tais associações;
- 5) a proteção social, compreendendo os seguros sociais e os seguros de saúde;

¹⁰ Ainda que o § 2 AGG seja o preceito central que define o âmbito de aplicação da lei, não é, entretanto, a única que o faz. Os §§ 3 e 19, cujo conteúdo veremos adiante, também definem o âmbito de aplicação da lei.

¹¹ Um problema que já pode ser visto na prática é a *AGG-Hopping*, cujo caso tem pessoas que concorrem a postos de trabalho com o único fim de não receber o posto, para logo demandar à empresa. (Ver, a respeito, DILLER. M. *BB-Forum*: “AGG-Hopping” – und was man dagegen tun kann, p. 1968)

- 6) os benefícios sociais;
- 7) a formação;
- 8) a entrada e a aquisição de mercadorias e serviços disponíveis para o público, excluindo a moradia.

São, portanto, esses oito âmbitos nos quais a proibição da discriminação introduzida pela lei alemã tem aplicação. Os quatro primeiros, que são os mais amplos, correspondem ao âmbito do Direito do Trabalho. Os demais constituem um grupo heterogêneo que, como podemos ver, se refere à proteção social, aos benefícios sociais, à formação, à entrada e à aquisição de mercadorias e serviços disponíveis para o público. Aqui estaria referida a extensão da lei no âmbito civil.

A lei proíbe tanto as discriminações diretas como as indiretas. Uma discriminação direta (§ 3, I, AGG), de acordo com a própria lei, existe quando uma pessoa, por causa de um dos motivos mencionados, recebe tratamento menos favorável que outra pessoa que esteja em situação equivalente. A lei especifica expressamente que a discriminação direta por causa do sexo existe supondo um tratamento desfavorável a uma mulher em caso de gravidez ou maternidade. Outro exemplo seria a discriminação de um homem por suas tendências homossexuais.¹²

Uma discriminação indireta existiria segundo a lei (§ 3, II, AGG) quando, mediante comportamentos, critérios ou preceitos aparentemente igualitários, pessoas forem discriminadas por causa de algum dos motivos assinalados, a menos que os preceitos, critérios ou processos estejam objetivamente justificados e para a seqüência de tal objetivo sejam adequados e necessários. O objetivo com essa proibição das discriminações indiretas é impedir as discriminações que não estejam unidas a medidas ou acordos que

¹² Sentença ArbG Berlin v. 13.7.2005 – 86 Ca 24618/04.

se refiram diretamente às características proibidas, mas que, por meio de tais medidas ou acordos, sejam igualmente discriminadas pessoas que possuem um dos motivos de discriminação proibidos pela lei.¹³ Não é necessário que a discriminação tenha lugar; é suficiente que possa existir essa discriminação. Há de existir um perigo concreto de tal discriminação; não é suficiente com o perigo abstrato.¹⁴

A lei também proíbe outros comportamentos à parte do discriminatório. Assim, também, proíbe o assédio no trabalho, que é aquele comportamento não desejável, tampouco adequado, que é capaz de afetar a dignidade da pessoa (§ 3, III, AGG). Esse assédio pode ser verbal ou não verbal. Não é necessário, para que fique sob a proteção da lei, que se trate não de um comportamento isolado, e, sim, que seja repetido. Ou seja, se entende que não pode haver assédio mediante uma única conduta.¹⁵ É necessário, de outra parte, que o assédio tenha relação com algum dos motivos de discriminação. Não é necessária uma relação direta, é suficiente que tenha relação com um dos motivos de discriminação. O assédio não será protegido pela lei quando o dano à dignidade não tenha relação com algum dos motivos de discriminação mencionados na AGG – por exemplo, não

¹³ O BAG (Tribunal Supremo Sala do Social), sentença de 8/6/2005 – 4 AZR 412/04, decidiu, por exemplo, que a discriminação indireta existe, por exemplo, no caso de uma empresa não pagar uma gratificação no Natal aos empregados que somente trabalham meia jornada. O BAG justifica com o argumento de que isso seria uma discriminação indireta por motivos de sexo, porque, por experiência, a maioria dos trabalhadores que trabalham somente meia jornada são mulheres.

¹⁴ Ver a motivação do legislador ao redigir a lei em BT-DRUCKS. 16/1780, p. 32. Na doutrina: BAUER; GÖPFERT; KRIEGER. *AGG*, § 3, n. 26.

¹⁵ KOCK, M. *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz – Überblick über die arbeitsrechtlichen Regelungen*, *MDR* p. 1089. O autor entende que somente há discriminação se é estabelecido um “ambiente hostil” que não parece passar depois de um único ato. Na mesma linha: BAUER; GÖPFERT; KRIEGER. *AGG*, § 3, n. 45.

ficaria sob proteção da lei quando um trabalhador é ameaçado pelo empresário em uma reunião por causa de seu baixo volume de vendas.

A lei também proíbe expressamente o assédio sexual (§ 3, IV, AGG), que consiste na conduta não desejável e inadequada com conteúdo sexual e que afeta a dignidade da pessoa em questão.¹⁶ Em caso de assédio sexual, entretanto, entende-se que pode haver assédio mediante uma única conduta.¹⁷ Esses dois comportamentos de assédio e assédio sexual são dificilmente imagináveis no âmbito civil e não podem ser, em nenhum caso, justificados.

E, por último, a ordem de praticar discriminação também está proibida, já que é tida como discriminação por si só.¹⁸ Esse comportamento acontece quando uma pessoa ordena a discriminação de um empregado por algum dos motivos que constam na lei. A ordem pode constituir tanto uma ordem de discriminação direta quanto de discriminação indireta, de assédio, ou de assédio sexual. Esse comportamento pressupõe que a pessoa que dá a ordem tem poder diretivo sobre o executante. E esse não tem de ser, necessariamente, outro empregado; pode ser, por exemplo, um cliente.

2.2 Âmbito pessoal de aplicação

Com respeito ao âmbito pessoal da lei, há que distinguir, de uma parte, entre as pessoas que estão protegidas pela lei e, da outra

¹⁶ É necessário que o assédio sexual tenha relação com o trabalho. Não seria aplicável à AGG se durante o fim de semana o chefe vê por casualidade sua secretária em um bar e comete um assédio sexual. Seria aplicável se o assédio acontecer na festa de Natal da empresa ou em uma viagem profissional. (BAUER; GÖPFERT; KRIEGER. *AGG*, § 3, n. 50).

¹⁷ KOCK, M. *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz – Überblick über die arbeitsrechtlichen Regelungen*, *MDR*, p. 1.089.

¹⁸ Essa idéia recolhe a ordem dada pelo legislador europeu no art. 2 das Diretivas 2000/43/CE e 2000/78/CE (Ver a respeito: DÄUBLER; BERTZBACH. *AGG*, § 3, n. 80).

parte, as pessoas físicas ou jurídicas que estão obrigadas a seguir as ordens da lei. A lei define seu âmbito pessoal de aplicação no § 6 e, em concreto, determina que empregados perante a lei são:

- 1) os trabalhadores e trabalhadoras;
- 2) as pessoas que estão envolvidas em sua formação profissional.
- 3) as pessoas que, dada a dependência econômica delas, são consideradas empregados.

Como empregados são considerados, também, os aspirantes e as aspirantes para uma relação trabalhista, assim como as pessoas cuja relação trabalhista terminou. E também determinados trabalhadores autônomos e membros de determinados órgãos terão cabida com uma extensão determinada no âmbito de aplicação da AGG, em especial os administradores de uma sociedade limitada e o conselho de administração de uma sociedade anônima.¹⁹ A proteção da lei, nesses casos, se restringe às condições de entrada aos postos de trabalho, assim como às possibilidades de ascensão trabalhista (§ 6, III, AGG). Esta limitação legal de sua aplicação, entretanto, pode criar problemas jurídicos de compatibilidade com o direito europeu, uma vez que, após o posicionamento do Tribunal Europeu de entender que os administradores de uma sociedade limitada formavam parte dos empregados dependentes, a limitação da aplicação da lei alemã poderia ser ilegal desde o ponto de vista do direito europeu.²⁰

¹⁹ GÖPFERT; KRIEGER. *AGG*, § 2, n. 16, que destacam, com razão, que a lei somente se refere aos contratos laborais entre a sociedade e o órgão, e não à nomeação do órgão pela junta geral. Este último é um ato societário que ao menos à primeira vista não fica regulado pela AGG.

²⁰ Ver a respeito, LUTTER, M. *Anwendbarkeit der Altersbestimmungen des AGG auf Organpersonen*, p. 725 et seq. Com razão, o autor destaca que a AGG pode criar problemas à prática hoje vigente de incluir em uma grande parte dos estatutos das sociedades de capital normas sobre a idade máxima dos administradores ou membros do conselho de vigilância.

Portanto, não caem sob o âmbito de proteção da lei os empregadores ou empresários ou outros terceiros, como os clientes. Os únicos protegidos pela AGG são os empregados ou trabalhadores. A lei, como visto, também protege as pessoas que, em razão da dependência econômica, são consideradas empregados. Nesse aspecto, temos de mencionar que, em nosso juízo, a AGG deverá ser aplicada também a certos contratos de distribuição, uma vez que a jurisprudência e a doutrina alemã reconhecem que tanto os agentes de comércio como os franqueadores devem ser considerados empregados, se existe dependência econômica.²¹ Alguma parte da doutrina alemã²² favorece inclusive uma interpretação da AGG segundo a qual também uma sociedade de capital pode ser considerada empregado, tratando-se de uma sociedade unipessoal.

Outra questão no âmbito pessoal seria definir quem pode praticar uma discriminação desse tipo. Em primeiro lugar, os empresários ou empregadores, que são perante a lei pessoas naturais e jurídicas que empregam às pessoas anteriormente assinaladas,²³ mas também poderia ser praticada por um empregado, ou um terceiro, que é qualquer pessoa independente da relação jurídica do empresário ou do empregado. Nesse sentido,

²¹ LAG, Köln Sentença de 29/5/2006 – 14 (5) Sa 1343/05; HAUCK; HELM. *ArbGG*, 3. Aufl. § 5, n. 18 *et seq.* BUDDE, R. *Auswirkungen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes auf Vertriebspartner*, p. 732.

²² BUDDE, R. *Auswirkungen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes auf Vertriebspartner*, p. 732. Segundo Däubler e Bertzbach (*AGG*, § 6, n. 24), somente é considerado empregador em um grupo de sociedades aquela que efetivamente assinou o contrato trabalhista, e não a sociedade dominante ou outras sociedades do grupo. A nosso ver, essa visão é demasiadamente limitada, uma vez que, na prática, muitas vezes são os administradores da sociedade dominante os que diretamente controlam a vida das sociedades controladas.

²³ Também as sociedades pessoais são empresários no sentido da lei. (Ver a respeito: BUDDE, R. *Auswirkungen des AGG auf Vertriebspartner*, p. 731)

pensamos fundamentalmente em clientes ou pessoas com as quais o empregador tenha relações contratuais.²⁴

Não é exigido para a aplicação da lei um mínimo obrigatório de trabalhadores ou determinado tamanho da empresa, de tal maneira que a lei será aplicável desde o momento que um empresário contrata a seu primeiro trabalhador.

Pois bem, uma vez definidos esses termos, a lei estabelece seguidamente no que consiste a proibição em si e diz, concretamente, que os empregados não podem ser discriminados nem por parte do empresário, nem por outros empregados, tampouco por um terceiro, por algum dos motivos antes mencionados. Isso vale também quando a pessoa que discrimina supõe apenas a existência de uma das razões do § 1, AGG, ainda que na realidade não tenha sido assim. Em definitivo, mediante esse preceito, também está proibida a discriminação subjetiva, ainda quando objetivamente não exista discriminação.

Da sua parte, o empregador está obrigado a tomar as medidas necessárias para a proteção dos trabalhadores diante das discriminações assinaladas (§ 12, AGG).

Como se aprecia, o âmbito objetivo de aplicação assim delimitado é muito amplo. Nele podem ser incluídos todos os acordos e medidas individuais e coletivas. E nesse âmbito compreendem, com poucas exceções, todas as situações da vida laboral desde a assinatura do contrato durante toda a relação trabalhista até o final desta.

Em alguns casos, o tratamento desigual, pelas razões expostas, é, em certas ocasiões, permitido ou é aceitável quando o motivo constituir um requisito trabalhista decisivo por causa

²⁴ KOCK, M. *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz – Überblick über die arbeitsrechtlichen Regelungen*, MDR, p. 1.088 *et seq.*

precisamente do tipo de atividade a ser desenvolvida ou das condições de seu exercício (§ 8, AGG).

Os motivos de discriminação proibidos pela lei são, como se sabe, a raça, a origem étnica, o sexo, a religião a concepção do mundo, uma incapacidade, a idade ou a orientação sexual. A lei não os define nem os delimita, tampouco as Diretivas europeias que motivaram sua promulgação, que estabelecem uma remissão à normativa estatal. É importante ressaltar que os motivos concretos de discriminação previstos na lei devem ser interpretados conforme o direito europeu.²⁵

Nem toda discriminação, pelos motivos assinalados, acarretam as conseqüências jurídicas previstas na lei, em especial a indenização de danos e prejuízos, já que em alguns casos uma discriminação pode estar justificada por algum motivo e, portanto, ser permitida.²⁶ Isto serve para as discriminações diretas e as indiretas, mas como já dissemos não para o assédio ou assédio sexual que nunca poderão ser justificados como é evidente. Em caso de que se trate de uma ordem de discriminação, esta pode encontrar justificativa quando se trata de uma ordem de discriminação direta ou indireta, mas

²⁵ Ver por exemplo a abundante jurisprudência do Tribunal Europeu (EUGH) sobre a discriminação pelo sexo: EuGH, sentença 11/3/2003 – C – 186/01; Sentença 11/1/2000 – C – 285/98, Sentença 30/6/1988 – C- 318/86.

²⁶ Por exemplo, deve-se considerar lícito o fato de não empregar um piloto pela sua idade [ver: Sentença do BVerfG (Tribunal Constitucional) de 25/11/2004 – 1 BvR 2459/04]. Também haverá que se considerar lícito não empregar um homem em uma loja de *dessous* de mulheres para assegurar a intimidade das mulheres. Também há que se levar em conta que, por exemplo, as igrejas, segundo o § 9 da AGG, têm certos privilégios na hora de procurar por trabalhadores. Assim a Igreja Católica não pode ser obrigada a empregar um protestante nos casos em que a religião tem importância para o trabalho (por exemplo, no caso da procura de um professor para uma escola católica). De todas as formas, tampouco a Igreja Católica teria direito de discriminar uma pessoa por sua religião se procura, por exemplo, um jardineiro ou ajudante para a cozinha. (Ver, na doutrina, BAUER; GÖPFERT; KRIEGER. *AGG*, § 9, n. 255)

tampouco quando se trata de uma ordem de assédio ou assédio sexual. As justificativas de diversas classes que são admitidas pela lei podem ser encontradas principalmente nos §§ 8 a 10. O § 5 também inclui as chamadas medidas positivas, e o § 20 se refere às justificativas aplicáveis ao âmbito civil, que veremos mais adiante com maior aprofundamento.

No que se refere ao § 5, este estabelece que é permitido um tratamento diferenciado quando através de medidas apropriadas e adequadas, as desvantagens causadas por um dos motivos de discriminação conhecidos, são frustradas ou compensadas. É necessário, portanto, que exista a desvantagem em primeiro lugar, assim de acordo com a letra da lei não estaria sendo referida a possíveis medidas preventivas.

De acordo com este artigo são permitidas as medidas para a promoção de um grupo discriminado. Estas medidas para o fomento de um grupo discriminado devem ser adequadas e idôneas de acordo com critérios objetivos, e requerem, além disso, uma ponderação em cada caso individual com a posição jurídica da pessoa em questão. Uma medida é idônea ou apta quando através dela pode-se conseguir eliminar as desvantagens existentes. Uma medida é adequada quando esta respeita o princípio de proporcionalidade. É, portanto, uma questão que deve ser decidida caso a caso. Uma vantagem geral para um determinado grupo não estaria em princípio permitida. A indeterminação deste preceito coloca ao empresário por uma parte diante da insegurança da ponderação, e por outra, diante do perigo, em caso de uma estimativa falsa, de poder ser obrigado a indenizar os empregados prejudicados.

De acordo com o § 8 um tratamento desigual está permitido quando este motivo representa uma exigência laboral essencial e decisiva por causa da própria classe de atividade ou das condições para seu exercício, sempre que o objetivo seja legal e a exigência

adequada.²⁷ Exigências trabalhistas podem ser, por exemplo, exigir uma determinada formação ou qualificação.²⁸

2.3 Conseqüências jurídicas da infração da AGG no âmbito trabalhista

No que se refere às conseqüências jurídicas da infração da proibição da discriminação no âmbito trabalhista, há que se distinguir, de um lado, as conseqüências jurídicas materiais de tal ação e, por outro, os direitos e reclamações dos prejudicados em tal caso.

No que se refere ao primeiro aspecto, deve-se mencionar, primeiro, que os trabalhadores têm o direito de levantar uma queixa perante as autoridades competentes do local de trabalho quando se sentir discriminado por um superior, por outro empregado ou por um terceiro. E no caso de que o empregador não adote nenhuma medida ou sejam notoriamente inadequadas para impedir ou prevenir no local de trabalho um assédio ou um assédio sexual, os empregados em questão estariam autorizados a deixar seu posto de trabalho sem perder sua remuneração durante todo o tempo que seja necessário para sua proteção.

À parte, deve-se destacar que uma discriminação injustificada por parte do empresário ou empregador representa uma infração dos deveres contratuais. Além disso, as estipulações contratuais que sejam contrárias à lei serão ineficazes (§ 7 II AGG). A lei não regulamenta as conseqüências dessa ineficácia no caso de acordos contrários. No caso de invalidez de regulamentações individuais,

²⁷ Não podemos nos esquecer de que o empresário por intermédio do art. 12 GG (liberdade de profissão), é livre no momento de fixar as exigências de cada posto de trabalho como já há tempo o Tribunal Supremo, Sala do Social confirmou. (Ver BAG, Sentença de 31/1/1984, BB 1984, p. 1.199)

²⁸ BAUER; GÖPFERT; KRIEGER. *AGG*, § 8, n. 16.

isto é, as pactuadas para um caso concreto, o suposto não seria um problema uma vez que neste caso será preenchida a lacuna provocada pela estipulação inválida por via da interpretação contratual. No caso de invalidez de regulamentações coletivas, a questão é mais complicada. Não existe nada estipulado na AGG para esses casos. E de acordo com a jurisprudência, os tribunais trabalhistas não podem intervir nem na autonomia normativa dos gestores e das partes assinantes dos convênios coletivos nem determinar regulamentações para o futuro. Por norma geral os gestores e as partes assinantes dos convênios coletivos se verão obrigados a estabelecer uma nova regulamentação.²⁹

Por outro lado, o § 15 estabelece que o empregador tem de indenizar os danos aos prejudicados, sempre e quando seja considerado culpado ou quando for responsável pela infração do dever.³⁰ Não é estabelecido um limite máximo de responsabilidade.³¹ Também em caso de que não se trate de um dano patrimonial o prejudicado terá direito a receber uma indenização adequada de prejuízos. Aqui tampouco a lei estabelece um limite máximo, somente para aqueles supostos de indenização por negar-se a empregar alguém por motivos discriminatórios existe um limite de indenização, correspondente a três salários brutos. A demanda tem um prazo de dois meses a não ser que por convênio coletivo tenha-se estabelecido outra coisa. O tempo começa a ser contado no

²⁹ BIESTER, F. Auswirkungen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes auf die betriebliche Praxis. *Juris-Praxis Report* (Sonderausgabe zum Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz), n. 35-37 p. 13.

³⁰ Para mais detalhes, ver KOCK, M. *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz – Überblick über die arbeitsrechtlichen Regelungen*, MDR, p. 1.091 *et seq.*; SEEL, H. *AGG – Schadensersatz für Diskriminierungen im Bewerbungsverfahren*, MDR, p. 1321 *et seq.*

³¹ Em qualquer caso, deve-se destacar que a lei prevê que ainda que tenha existido discriminação no momento de não empregar uma pessoa, essa pessoa não terá direito a um posto de trabalho. (§ 15, VI, AGG)

caso de uma solicitação ou de uma ascensão trabalhista desde a negativa, e nos demais casos desde que o prejudicado tenha conhecimento da discriminação.

3 APLICAÇÃO NO ÂMBITO CIVIL

3.1 Introdução e motivação do legislador

A lei dedica um trecho especial à proteção contra a discriminação no âmbito civil, e em concreto no âmbito objetivo assinalado pela lei em seu § 2 I, n. 5 a 8.³² Nesse âmbito concreto as novidades que a nova regulamentação introduz, concretamente nos §§ 19 e ss., têm sido glosadas pela doutrina nos três aspectos fundamentais que a diferenciam da regulamentação anterior, e estes são:

- 1) o mandamento de igualdade, que até agora, com respeito às relações privadas, somente tinha sido compelido através da *mittelbare Drittwirkung* ou eficácia indireta nas relações entre terceiros dos direitos fundamentais, passa a ser, a partir deste momento, um dever civil direto;
- 2) as restringidas possibilidades de atuação existentes – demanda e ações civis- das pessoas afetadas por um comportamento desigual são claramente ampliadas mediante os tópicos 1 e 2 do § 21 da lei;
- 3) por último, com o fim de proporcionar proteção jurídica efetiva diante das discriminações proibidas, foram assim facilitadas e relaxadas as regras da prova de acordo com o § 22.

³² O legislador alemão, como veremos mais adiante, está muito além das ordens do Direito europeu imposto pelas Diretivas 2000/43/EG e 2004/113/EG.

3.2 Condutas proibidas

Em concreto, nesse âmbito se impõe uma proibição geral de discriminação por motivo de raça, origem étnica, religião, sexo, idade, incapacidade, ou identidade sexual no momento da fundação, durante e ao finalizar as relações obrigatórias em três casos muito específicos que detalharemos. Devemos levar em conta, em primeiro lugar, que nesse âmbito foram considerados todos os motivos já assinalados no § 1 da lei, mas com a exceção da concepção do mundo.³³

Como facilmente pode-se observar, são incluídos na primeira linha os contratos. Como há uma referência expressa ao momento da fundação das relações obrigatórias, também se entenderiam incluídas algumas situações nas quais a conclusão do contrato não pôde ser realizada ainda por causa de negociações, todavia pendentes. Também foi entendido que, de acordo com a finalidade da proibição, cairiam dentro do âmbito do § 19 e seguintes, os negócios jurídicos unilaterais, como por exemplo, assinala a doutrina, a denominada *Auslobung* regulamentada nos §§ 657 e ss. BGB, que consiste em uma promessa pública de recompensa.³⁴

No momento da fundação das relações jurídicas obrigatórias, o suposto fato da discriminação acontece quando um contrato, desde o princípio, é oferecido marginando a determinados grupos de pessoas, baseado nos critérios ou características excludentes estabelecidos no § 19, seja porque o negócio se restringe a determinados interessados com base em valorizações inapropriadas;

³³ O primeiro apagador da lei ainda continha o conceito da concepção do mundo, mas esse foi suprimido na lei final porque o legislador temia que grupos da extrema direita invocassem a AGG em seu benefício. (BT-Drucks. 16/2022, p. 8, em detalhe: DÄUBLER; BERTZBACH. *AGG*, § 19, n. 16.

³⁴ GAIER, R.; WENDTLAND, H. *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz AGG*, cit., p. 9 *et seq.*

seja porque é oferecido a determinadas pessoas sob condições desfavoráveis; seja porque determinadas pessoas são discriminadas na entrada à negociação do contrato.

Mas devemos levar em conta que o princípio de tratamento igualitário não somente compele no momento do estabelecimento e finalização das relações jurídicas, mas também durante seu desenvolvimento concreto. Assim constituiria uma infração da proibição de discriminação aqueles contratos que sejam concluídos de acordo a valorizações inadequadas, fundamentando-se em algum dos motivos assinalados no § 19, no sentido de que o conteúdo do contrato seja mais desfavorável para uma pessoa ou grupo de pessoas em relação a outras ou outros. O mesmo pode ser dito dos contratos que em princípio são concluídos com um conteúdo neutro, ou seja, não desfavorável para determinadas pessoas ou grupos de pessoas, mas que deixam à parte uma ampla margem de prudência no cumprimento do contrato, e isso se traduz na discriminação a determinadas pessoas.

Por último, uma discriminação também pode existir no momento da finalização do contrato, quando os requisitos contratuais para a dissolução são especialmente difíceis para uma determinada pessoa ou grupo de pessoas ou especialmente fáceis para outras ou outros. Segundo alguma doutrina alemã, isso também seria aplicável no caso de que sendo as condições contratuais igualitárias, por exemplo, quanto aos prazos exigidos para a dissolução do contrato. Entretanto, na prática, o empresário não faz com que estas condições sejam melhoradas para determinados grupos de pessoas, sendo que exige o cumprimento taxativo das condições estipuladas a outro grupo.³⁵

³⁵ GAIER, R. WENDTLAND, H. *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz AGG*, cit., p. 10. A nosso ver, é lógico que o empresário deve gozar de certa autonomia para decidir questões tais como melhorias salariais ou de qualquer outro tipo – contratuais, como as que aqui estamos vendo – em favor de uma ou de

3.3 Contratos e negócios jurídicos submetidos à AGG

As suposições específicas em que a discriminação é proibida pelos motivos assinalados são:

1) Os chamados contratos em massa, aqueles que tipicamente têm efeito em circunstâncias equivalentes em uma grande quantidade de casos sem levar a pessoa em conta. Sobre o que se deve interpretar por contratos que tipicamente tem efeito em circunstâncias equivalentes em uma grande quantidade de casos sem levar a pessoa em conta, é algo que deve ser valorizado desde o ponto de vista de quem oferece os bens ou serviços, uma vez que é a ele a quem se dirige a proibição de discriminação.³⁶

Em primeiro lugar ficam incluídos os negócios ou contratos realizados por empresas que desenvolvam suas atividades comerciais nesse âmbito concreto. Como a proibição de discriminação não se dirige apenas a empresas, mas também a todo o mundo, esta também é aplicável a negócios e contratos que são realizados por não industriais ou não comerciais. A única exigência para aplicar a proibição é que os negócios sejam realizados de forma freqüente e não se limitem a um número insignificante de transações.³⁷

determinadas pessoas, sem que as demais possam alegar em todo caso discriminação. Quando a conduta é exaustivamente analisada, fica evidente que não se trata de favorecer uma ou determinadas pessoas, senão que a intenção que transcende de tal modo de proceder é, na realidade, prejudicar determinado grupo com a conseqüência de atentar contra sua dignidade, que, definitivamente, é o que está sendo protegida mediante as características assinaladas no § 1 da AGG (e em geral, em todas as regulamentações antidiscriminatórias). Nesse caso, estaríamos diante de uma discriminação no sentido da lei e, como tal, punível.

³⁶ BAUER; GÖPFERT; KRIEGER. *AGG*, § 19, n. 7.

³⁷ O legislador entende que, normalmente, um negócio jurídico que é realizado mais de 50 vezes (§ 19, V, AGG) será considerado contrato de massa. Ainda que o § 19, V, AGG somente se refira aos contratos de aluguel, a doutrina entende que essa cifra pode ser aplicada, também, aos demais contratos. (Ver BAUER; GÖPFERT; KRIEGER. *AGG*, § 19, n. 7.)

A seguinte condição para que aconteça o suposto fato é que se trate de negócios que tipicamente cheguem a efeito sem ter em conta a pessoa. Isso quer dizer que aquele que com sua oferta se dirija a uma pessoa em concreto não cai na proibição de discriminação. Esse requisito é cumprido, normalmente, no âmbito da economia de consumo ou dos serviços padronizados. Assim, por exemplo, no comércio varejista, na gastronomia, na venda pela internet, nos transportes públicos, etc., onde são concluídos contratos com cada pessoa que possa e queira pagar o preço estipulado e que aceita as condições da parte ofertante.³⁸

2) Os contratos assimiláveis aos de massa, que são aqueles que chegam efetivamente em grande quantidade de casos em circunstâncias equivalentes nos quais a pessoa em si tem pouca importância.

Estas suposições tratam de negócios ou contratos nos quais é verdade que a pessoa em si representa um papel, mas essa condição tem em si uma importância mínima. Seria o caso, por exemplo, de uma empresa de aluguel de apartamentos, os quais são alugados a qualquer um sem necessidade de exame mais profundo, mas isso se a qualquer um que tenha entrada determinada.³⁹ Ou nos casos das entidades que dão crédito a qualquer um que o solicite. Posteriormente o empréstimo somente é concedido realmente se há um relatório favorável da *Schufa* (instituto privado alemão no qual as informações sobre o grau de solvência são registradas e no qual também constam as insolvências).⁴⁰

Tanto em um caso como no outro, é necessário, de acordo com a nova regulamentação alemã, que o negócio seja concluído,

³⁸ DÄUBLER; BERTZBACH. *AGG*, § 19, n. 25.

³⁹ O “aluguel” de moradias de um hotel ou de automóveis é considerado contrato de massa (Ver PALANDT-GRÜNEBERG, § 19, *AGG*, n. 2.

⁴⁰ Disponível em: www.schufa.de

desenvolvido e finalizado com todos os contratantes sob condições similares ou comparáveis. No caso dos contratos em massa, é evidente, já que está na natureza das coisas que, como foi dito, se trata de contratos nos quais não se leva em conta a pessoa em si; o negócio é realizado oferecendo serviço e condições-padrão.

Algo similar ocorre com o segundo tipo de negócios que também são concluídos com um número indeterminado de pessoas que, pelo menos, cumpram requisitos mínimos e tenham (as pessoas) uma importância mínima. Nesses casos também os contratos devem ser concluídos sob condições similares. Será insignificante o fato de que um contratante em especial, dada sua especial habilidade na negociação contratual, consiga melhores condições. O importante é que, por regra geral, o negócio seja realizado com todos os contratantes sob condições equivalentes.

Dito tudo isso, devemos assinalar que determinar *a priori* que contratos são considerados incluídos nessas duas categorias a que se refere o § 19 da lei alemã não é possível. Isso é algo que somente é decidido após uma consideração individual das circunstâncias concretas para o suposto fato concreto. Assim, afirma a doutrina alemã,⁴¹ a qual reconheceu que, ainda que existam algumas pautas gerais, não é possível uma classificação geral em função dos tipos de contratos.

3) Aqueles contratos que, para suposto fato, têm seguro privado, caem mesmo assim expressamente sob a proibição de discriminação os contratos privados de seguros. A expressão “contrato privado de seguro” deve ser entendida de maneira ampla e, portanto, aplica-se tanto a seguros de saúde como a seguros de acidentes, seguros de vida etc.⁴² Como se observa, esse trecho é

⁴¹ DÄUBLER; BERTZBACH. *AGG*, § 19, n. 25.

⁴² PALANDT-GRÜNEBERG, § 19 *AGG*, n. 2.

autônomo em relação aos anteriores, por isso deve-se entender que se enquadram na proibição os contratos de seguros independentemente de serem contratos em massa, assimiláveis aos de massa, ou não.

Como freqüentemente esses seguros costumam cobrir riscos de vida básicos, a negativa em concluir o contrato pode ter importantes conseqüências para os afetados.⁴³ Portanto, este trecho leva à tona a necessidade social de impedir determinadas diferenciações injustificadas, que sejam baseadas em alguma das características mencionadas por este parágrafo que estamos analisando, quanto à escolha dos assegurados, assim como do próprio conteúdo dos contratos de seguros. Não entrariam no âmbito da proibição aqueles supostos em que o tratamento diferenciado seja a causa de alguma das características mencionadas, quando a consideração de tal característica é derivada de um princípio reconhecido e é seguida de uma análise de risco adequado, baseados em dados matemáticos e estatísticos exatos.

4) Fora esses três supostos, as demais relações obrigatórias são consideravelmente restritas à extensão da interdição, e somente são proibidas as discriminações por razão de raça e origem étnica. O § 19.2 proíbe as discriminações por motivo de raça ou origem étnica para as relações obrigatórias de qualquer classe que tenham por objetivo a entrada ou a provisão de mercadorias ou serviços que estejam à disposição do público.

A proteção diante dos comportamentos discriminatórios por motivo de raça ou origem étnica nesse âmbito se estende, em primeiro lugar, à entrada e a provisão de mercadorias e serviços que estejam à disposição do público, excluindo somente o aluguel de moradias. É necessário que a disposição para a conclusão do

⁴³ BAUER; GÖPFERT; KRIEGER. *AGG*, § 19, n. 11.

contrato seja feita publicamente, isto é, que seja divulgada ao público. O que com sua oferta se dirija somente a uma pessoa em concreto não caberia na proibição.⁴⁴

A forma como é divulgado a conhecimento do público não tem importância, assim como o número de pessoas que por intermédio desse meio realmente tenham conhecimento da oferta. Não apresentavam problemas os casos em que são utilizados os meios de comunicação públicos⁴⁵ – rádio, imprensa, TV, internet – por meio dos quais é informado um número indeterminado e indeterminável de pessoas. Também são considerados nesse caso os supostos em que nas próprias instalações e mediante o funcionamento normal de um negócio, são utilizados requerimentos ou anúncios dirigidos ao público para o uso das mercadorias e dos serviços próprios do local; por exemplo, nos comércios varejistas, grandes armazéns, nos bancos, teatros, restaurantes, discotecas, hotéis, meios de transporte públicos, etc.

Antes de tudo, subjaz o pensamento de que aqueles que põem suas mercadorias e serviços à disposição do público têm o dever de desenvolver-se de forma neutra em tal mercado. A oferta feita se dirige a qualquer e é independente de se a parte que oferece atua no mercado de forma habitual com intenção empresarial ou não. O relevante é que sua oferta de contratar tenha passado à esfera privada. Sob quais circunstâncias pode-se entender que se isso ocorre, deve ser decidido atendendo ao caso concreto. A esse respeito, a própria doutrina alemã⁴⁶ especificou que o âmbito

⁴⁴ O mesmo vale se é o inquilino quem se dirige ao dono, por exemplo, porque terminou seu contrato de aluguel e oferece ao dono outro inquilino, com o fim de sair do apartamento sem ter de esperar até que se cumpram os prazos para a dissolução do contrato. (Ver HORST, R. *Mietrechtliche Auswirkungen des AGG, MDR*, p. 1.267)

⁴⁵ HORST, R. *Mietrechtliche Auswirkungen des AGG, MDR*, p. 1.267.

⁴⁶ GAIER, R.; WENDTLAND, H., *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, AGG*, cit., p. 17-18.

privado não pode se restringir à moradia de quem faz a oferta. Assim, existem casos nos quais é objetivamente reconhecível que a pessoa, apesar de estar em um lugar público, de alguma maneira tem intenção de se separar do alcance público, e a oferta assim feita teria tipicamente caráter privado. Pense em uma pessoa que se encontra em um restaurante, hotel, cabine de telefone e adota uma atitude objetivamente reconhecível que não está se comportando como se estivesse em público, por exemplo, quando se afasta fisicamente e fala com uma voz muito suave ao telefone celular. Tudo o que foi dito, claro está, não significa que as discriminações no âmbito privado sejam lícitas ou fiquem desamparadas, mas estas não caem sob a proteção do § 19 da AGG, uma vez que é requisito para isso que aconteçam em âmbito comercial.

No âmbito da proibição de discriminação do § 19.2 da AGG, um setor da doutrina alemã está encarregado de especificar alguns âmbitos concretos que caem sob sua aplicação. Assim, por exemplo, fica assinalado que estão incluídos os contratos concluídos no setor de serviços de saúde mencionados pela própria AGG em seu § 2.1 n. 5. Aqui estariam incluídos os contratos que têm lugar no marco da medicina preventiva e da assistência médica. Em primeiro lugar, os contratos privados de tratamento com médicos, hospitais e demais instituições no marco dos serviços de saúde. A proibição também é aplicável a tratamentos de fisioterapia ou psicoterapia, operações de estética, acupuntura, etc.⁴⁷ Sua aplicação não depende de o tratamento em questão ser reembolsável pelos seguros médicos ou não. O determinante é que se trate de um contrato sobre um serviço que, de alguma maneira, seja apto para manter ou restabelecer a saúde física ou psíquica, influir positivamente no desenvolvimento de uma

⁴⁷ PALANDT-GRÜNEBERG, § 19, AGG, n. 2, e PALANDT-HEINRICH, § 2, AGG, n. 8.

enfermidade ou realizar a desejado mudança de aparência externa. Não estariam incluídos os contratos sobre formas de cura com as mãos, com orações de saúde ou magia oculta.⁴⁸ A exigência de tratamento igualitário aqui tem exclusivamente como finalidade assegurar que ninguém, por motivo de raça ou origem étnica, receberá tratamento médico pior que outros.

Também estariam incluídos na proibição de discriminação os contratos no setor de formação expressamente mencionados no § 2.1, n. 7, como os contratos privados com colégios, academias ou outras organizações de formação ou aperfeiçoamento.

Por último serão incluídos os contratos sobre proteção social, segurança social e promoção social, expressamente mencionados no § 2.1 n. 5 e 6. Como normalmente se trata de serviços públicos, entraria no âmbito direto do princípio constitucional de igualdade – na Alemanha, art. 3.3 GG –, pelo que no trânsito real, essa especificação tem pouca virtualidade prática com respeito à proibição de discriminação civil.⁴⁹

3.4 Exclusões ou exceções no princípio de proibição segundo o § 19, AGG

O próprio § 19 da AGG estabelece determinadas exceções à sua aplicação, ou seja, determina âmbitos nos quais não será aplicável a proibição civil de discriminação analisada. Assim a interdição de discriminação, nos termos estudados, não serão aplicáveis às relações familiares e sucessórias segundo estabelece o § 5 do preceito mencionado. Como assinalou a doutrina, os

⁴⁸ GAIER, R.; WENDTLAND, H. *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz AGG*, cit., p.18-19.

⁴⁹ Nesse sentido, GAIER, R.; WENDTLAND, H. *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz AGG*, cit., p. 19.

materiais de preparação da lei põem em manifesto que, para a introdução desse preceito, levou-se em consideração que as relações jurídicas familiares e sucessórias se diferenciam de forma fundamental das demais relações obrigatórias.⁵⁰

Mais relevante é, sem dúvida, a exclusão das relações sucessórias que a das familiares, uma vez que é difícil de imaginar as relações jurídicas familiares sem levar em conta a pessoa em si ou nas que a pessoa tem uma importância mínima.⁵¹

Com respeito às relações sucessórias, a exclusão feita no § 19.4, AGE, significa que o testador pode fazer uso de sua liberdade de testar, que é simplesmente expressão de sua própria liberdade pessoal depois de sua morte, sem limitação por parte da proibição civil de discriminação, e, dessa forma, poder dispor de seu legado sem que seja necessário ajustar a sucessão de seu patrimônio às convicções sociais gerais ou aos valores da maioria. Tampouco se encontra compelido a um tratamento igualitário entre seus descendentes. Entende-se, portanto, sem restrição a liberdade de testamento, o ordenamento jurídico tampouco permite que a liberdade de testar seja sem limite. Assim, um testamento ou contrato de herança, em casos muito especiais, pode ser nulo por ser contrário à moral segundo o § 138, BGB, e, para decidir o que é contrário à moral, devem ser aplicados os valores constitucionais fundamentais.⁵² Essa regra que acabamos de expressar não pode ser suprimida pelo 19.4, uma vez que a AGG não tem como objetivo descer um escalão no nível de proteção existente.

⁵⁰ DÄUBLER; BERTZBACH. *AGG*, § 19, n. 56. Os autores fazem referência à motivação do legislador, *BT-Drucks*, 16/1780, n. 44.

⁵¹ GAIER, R.; WENDTLAND, H., *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz AGG*, cit., p. 21-22.

⁵² Casos muito discutidos, por exemplo, são os chamados “testamentos de amantes”, nos quais o homem deixa tudo ou grande parte de seu patrimônio à amante dele, enquanto sua esposa, que viveu com ele muitos anos, fica sem herança.

Mesmo assim, a AGG, no § 5 do § 19, estabelece outra exceção à aplicação da proibição da discriminação, que diz que o mencionado preceito não encontra aplicação às relações civis obrigatórias que estejam fundadas em relações especiais de proximidade ou de confiança entre as mesmas partes ou seus parentes.

Com essas relações especiais de proximidade é introduzida nova categoria de relações obrigatórias no direito alemão. Após a introdução dessa norma subjaz a idéia de que, junto com a liberdade de associação, é também importante a proteção da esfera privada e da vida familiar, assim como os negócios existentes nesse contexto. Com a referência à esfera privada, que inclui a vida familiar, mas que vai mais além disso, está sendo respeitado um âmbito no qual cada pessoa fica livre da observação pública e pode, mesmo assim, comportar-se livremente. É esse âmbito de refúgio no qual alguém pode “deixar-se ir”. Essa proposição explica por que, nesse âmbito, e somente nele, podem acontecer comportamentos discriminatórios. A lei, portanto, aceita sem limitação discriminações no estreito âmbito vital de cada pessoa.

As relações especiais de proximidade devem existir entre as partes da relação obrigatória ou seus parentes. O que se deve entender por partes é algo determinável de acordo com as regras jurídicas civis. Mais problemática é a questão da ampliação do privilégio aos parentes das partes. De acordo com a doutrina alemã, dos materiais preparatórios da lei a determinação da questão deve orientar-se mediante as regras sobre os parentes do § 573.1, n. 2, BGB. Assim, determinado grau de parentesco não é necessário, na verdade, a existência dessas relações familiares é decisiva. Pais, filhos e enteados serão normalmente tidos como parentes. Entretanto, primos e cunhados não serão vistos de tal modo como regra geral.

O fato de que existe uma relação de proximidade entre um parente e um terceiro não significa, entretanto, que aqui nos encontremos automaticamente, sempre, em uma esfera na qual a

parte possa fazer qualquer diferenciação tomando como base o § 19.5, AGG. O dono da casa não tem justificação para discriminar um inquilino somente porque nesse edifício mora seu filho.⁵³

A proximidade, seja entre a parte e o terceiro ou entre os familiares da parte e o terceiro, nem sempre exige um laço familiar estreito. Pode existir, assim, essa relação de proximidade entre a pessoa que cuida da esposa ou da noiva enferma da parte, e a parte, pela qual é possível escolher quem cuida da esposa ou da noiva sem estar restrito às regras da AGG.

No que se refere à moradia, há também uma regra específica,⁵⁴ a qual determina que, no que diz respeito ao aluguel de moradias, está permitido tratamento desigual com relação à criação e à manutenção de uma vizinhança social estável e relações econômicas, sociais e culturais harmoniosas e equilibradas. A nosso ver, a idéia é evitar, antes de tudo, a criação de guetos, assegurando que não existam bairros onde vivem somente pessoas de uma nação; em definitivo, queremos evitar a criação de uma cultura “paralela”, com os problemas que isso pode originar. Pensemos, por exemplo, nos problemas e distúrbios que aconteceram em Paris em 2006.

O primeiro requisito que deve ser cumprido é que exista um tratamento diferenciado no aluguel de moradias. Isto é, o arrendador, para que possa existir determinado arrendamento, com sua decisão infringiu a proibição de discriminação. E para que possa existir justificativa a tal atuação é necessário que o arrendador tenha tido em tal atuação a intenção de manter uma vizinhança estável, assim como relações econômicas, sociais e

⁵³ DÄUBLER; BERTZBACH. *AGG*, § 19, n. 59.

⁵⁴ A doutrina colocou em manifesto sua surpresa diante da localização desse trecho, visto que o § 20 corresponderia melhor, uma vez que, como veremos, regulamenta os tratamentos diferenciados permitidos.

culturais harmoniosas. Para a determinação desse objetivo não podem ser utilizados os critérios subjetivos do arrendador,⁵⁵ muito mais decisiva é a consideração objetiva de que pautas de organização são recomendáveis para a integração dos diferentes grupos sociais.⁵⁶ Uma vez demonstrado esse exame, a conduta, apesar de seu caráter discriminatório, estaria justificada de acordo com a lei alemã.

Não se pode simplificar demais este exame, já que ele requer uma análise estrita sempre em interesse da proteção contra a discriminação. Assim poderiam ser permitidos certos comportamentos discriminatórios, ainda que estejam ligados

à religião, que impediram a criação de um gueto muçulmano ou cristão. Do contrário, se em uma zona habitacional houvesse claro domínio de uma religião ou outra, não seria suficiente para tal comportamento. Mas o certo é que a lei não especifica mais do que aqui está assinalado, o que indica certo perigo, já que tal parágrafo poderia ser interpretado no sentido contrário e ser utilizado, portanto, para fomentar a criação de guetos e a separação cada vez mais intensa de etnias, culturas, raças, o que seria absolutamente desaconselhável e contrário ao princípio de igualdade e ao próprio espírito dessa lei.

De acordo com a literalidade do § 19.3, AGG, estão permitidos tratamentos diferenciados por quaisquer dos motivos de discriminação, isto é, não se estabelece exceção alguma entre

⁵⁵ É discutido, por exemplo, se o dono pode dizer que não aluga para uma pessoa, porque os outros inquilinos não querem esta pessoa pelos motivos que sejam, e ameaçam deixar a casa. Em nosso juízo neste caso o dono não pode estar obrigado a alugar para alguém que provoca a dissolução do contrato dos demais. Nessa mesma linha: DERLEDER; SABETTA. Die Umsetzung eines Diskriminierungsverbot im Wohnraummietrecht. *WM*, p. 3 *et seq.*, 2005; contra: BÖRSTINGHAUS. *ZAP*, Fach 4, p. 1.042, 2006.

⁵⁶ PALANDT-GRÜNEBERG, 67. ed., 2007 § 19 AGG, n. 2.

as causas de discriminação. E isso provoca problemas no que se refere à raça e à origem étnica, já que a diretiva anti-racismo 2000/43/CE não estabelece nenhuma exceção à proibição de discriminação, pois um tratamento diferenciado por motivo de raça ou origem étnica não pode ser em nenhum caso justificado.⁵⁷ E por essa mesma razão a AGG, em seu § 20, que contempla as demais suposições de tratamentos diferenciados permitidos, exclui, dentre os motivos de discriminação, a raça e a origem étnica.

Ainda que o § 19.3 não leve em conta tais reservas, uma parte da doutrina alemã afirma que dito preceito deve ser interpretado conforme a Diretiva comunitária, pois uma discriminação motivada pela raça ou origem étnica não pode ser justificada em nenhum caso.⁵⁸ Em qualquer caso, é evidente que valorizações racistas não podem fundar a construção da mencionada estrutura habitacional ou vizinhança. E a Diretiva, como se pode perceber, considera igualmente que a discriminação com relação à origem étnica tampouco pode ser justificada.

Por último, neste tema também temos de levar em conta a especificação que introduz o preceito em seu § 5, no sentido de que o aluguel de moradias não é considerado contrato de massa quando o arrendador no total não aluga mais de 50 moradias.⁵⁹

⁵⁷ DÄUBLER; BERTZBACH, *AGG*, § 19, n. 45, n. 59.

⁵⁸ DÄUBLER; BERTZBACH, *AGG*, § 19, n. 45, n. 59.

⁵⁹ Com a conseqüência de que uma empresa que aluga mais de 50 apartamentos não poderia discriminar em nenhum dos casos mencionados pela lei, enquanto uma empresa que aluga menos de 50 apartamentos somente é proibida pela AGG de discriminar no caso de raça ou origem étnica. (Ver, a respeito: HORST, R. *Mietrechtliche Auswirkungen des AGG. MDR*, p. 1.266.

3.5 Casos admissíveis de discriminação segundo o § 20

A lei, seguidamente (§ 20), contempla casos nos quais o tratamento discriminatório está permitido. Especificamente assinala que não há infração da proibição de discriminação quando existir uma justificativa objetiva para um tratamento diferenciado por causa da religião ou a concepção do mundo, incapacidade, idade, identidade sexual ou sexo. Como sabemos, o propósito da AGG, e em concreto de seus §§ 19 e ss., é evitar as discriminações no âmbito civil cujo único objetivo seja desacreditar a pessoa com um motivo de alguma das características já conhecidas. Também é certo que no trânsito jurídico diário são imagináveis casos de tratamentos que levem em consideração tais características intrínsecas ao ser humano, mas que por causa de motivos objetivos e razoáveis entende-se que um descrédito da pessoa ou grupo de pessoas não vai unido a ele.

Em definitivo, entende-se que a proibição da discriminação não pode ser aplicada com caráter absoluto. E por isso o § 20 estabelece exceções à regra geral de proibição civil de discriminação. Entretanto, não se trata de um relatório taxativo e fechado, isto é, deve-se analisar cada suposição concreta para decidir se existe ou não discriminação.⁶⁰

Quanto às características mencionadas, devem ser colocados vários detalhes. Em primeiro lugar, a menção à concepção do mundo deve-se, simplesmente, a uma falha na redação.⁶¹ A proibição da discriminação devia ser aplicada em princípio a todas as características mencionadas no § 1 da AGG. Como o legislador queria evitar o perigo de que os militantes de concepções políticas radicais, amparando-se na proteção da discriminação, pudessem

⁶⁰ Assim o entendeu o legislador (BT-DRUCKS, p. 43, 16/1780)

⁶¹ BAUER; GÖPFERT; KRIEGER. AGG, § 20, n. 3.

tentar a entrada em negócios que normalmente seriam recusados por motivos reconhecidos, foi excluída a concepção do mundo como causa de discriminação do relatório no âmbito civil.⁶² Portanto, tampouco há sentido incluí-lo nas exceções do § 20. Simplesmente durante a tramitação parlamentar, uma vez que foi suprimido do § 19, esqueceu-se de suprimi-lo do § 20. Esse erro evidente tem escassas conseqüências, uma vez que se as discriminações pela concepção do mundo não entram na proibição da discriminação, é também supérfluo assinalar que possam ser justificadas.⁶³

E, como assinalamos, não são contempladas entre as exceções a possibilidade de que um comportamento discriminatório, por razão de raça ou origem étnica, fique justificado.⁶⁴ Portanto, no âmbito das partes 1 e 2 do § 19, não é imaginável justificação objetiva alguma por meio da qual se possa aceitar, por exemplo, que um padeiro não quisesse vender seu pão ou um vendedor de automóveis não quisesse vender automóveis a estrangeiros ou imigrantes.⁶⁵

⁶² BT-AUSSCHUß – Drs 16, n. 11, v. 410, 17/10/2006.

⁶³ GAIER, R.; WENDTLAND, H., *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz AGG*, cit., p. 47.

⁶⁴ BAUER; GÖPFERT; KRIEGER, *AGG*, § 20, n. 2.

⁶⁵ Exemplos extraídos da doutrina alemã: GAIER, R.; WENDTLAND, H., *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz AGG*, cit., p. 47-48. Os autores afirmam que não acontece o mesmo no âmbito das relações laborais, nos §§ 6 *et seq.* da AGG, onde, por exemplo, o dono de um restaurante asiático pode ter um interesse razoável em que seus empregados tenham aspecto asiático.

Em nosso juízo, essa regra seria muito restritiva, já que também poderíamos imaginar e supor casos nos quais sejam levadas em conta no âmbito civil ou da contratação a raça ou a origem étnica, mas não com caráter denegritório. Por exemplo, pensemos no dono de um edifício que não quer alugá-lo para estrangeiros com medo de façam uso de seu direito de pôr antenas parabólicas e com isso danifique a imagem, o *design* e, definitivamente, a qualidade do próprio edifício. Consideramos que em último caso o juízo que determina a existência de discriminação ou não deve ser o caráter denegritório da medida em si, mas, como vemos, podem existir casos em que a exclusão dos estrangeiros está longe de atentar contra a dignidade pessoal. Evidentemente, temos de ser

Em terceiro e último lugar, uma questão meramente sistemática, e é no que se refere às relações que têm por objetivo um seguro privado, referidas na parte 2 do § 20, então o 20.1 somente será de aplicação ao § 1 do primeiro trecho do § 19, isto é, aos negócios em massa e aos assimiláveis a estes.

Pois bem, em especial⁶⁶ e segundo a AGG, pode existir uma justificação objetiva quando um tratamento desigual:

1) É útil para impedir outros perigos, prevenir outros danos, ou outros objetivos similares. Dos amplos termos do trecho pode-se deduzir que estão incluídos todos os tipos de medidas de defesa diante dos perigos existentes para bens jurídicos de qualquer classe, e portanto, é independente caso se trate de bens jurídicos dos prejudicados, de terceiros ou da coletividade. Essa possibilidade entrará em jogo unicamente quando, para a consecução de ditos objetivos, seja necessário e adequado o tratamento diferenciado.

2) É necessário para a proteção da esfera íntima ou da segurança pessoal. Essa suposição põe em manifesto que em ocasiões são necessárias, especialmente diferenciações quanto ao sexo, levando em conta a necessidade de proteção da esfera íntima e a preocupação pela segurança pessoal.

Por exemplo, seriam suposições aqui incluídas os distintos horários de abertura para homens e mulheres de piscinas e saunas,

muito cautos e rigorosos na hora de analisar estas suposições já que, como a doutrina alemã assinalou (HORST, R. Mietrechtliche Auswirkungen des Allgemeines Gleichbehandlungsgesetzes. *MDR*, 2006), pode tratar-se de autênticas discriminações indiretas. Isto é, existiria o risco de utilizar esse argumento quando o que subjaz sob a medida em si são autênticos motivos racistas.

⁶⁶ Como definimos, os grupos de casos que contemplaremos agora somente são exemplos legais. Cabe a possibilidade de que não se trate de suposição legalmente considerada, mas que igualmente se possa entender que existe justificativa objetiva. (BAUER; GÖPFERT; KRIEGER. *AGG*, § 20, n. 6; MAIER-REIMER. *NJW*, p. 2.597 *et seq.*, 2006)

com a finalidade de proteger a esfera pessoal, ou a reserva de determinados estacionamentos para mulheres durante a noite nos *parkings* por razões de segurança.⁶⁷ Naturalmente esse trecho incluirá somente as diferenciações por motivos compreensíveis e razoáveis, e sempre que as medidas adotadas forem adequadas para esse objetivo. Por exemplo, em uma piscina privada, é necessário, para proteger a esfera pessoal, que haja vestiários separados por sexo; seria exagerado e, portanto, não estaria justificado que, por exemplo, não seja permitido a uma criança de dois anos entrar no vestiário de mulheres acompanhando a mãe.⁶⁸

Igualmente as diferenciações por motivos de segurança pessoal devem ser baseadas em verdadeiras necessidades de segurança objetiva e razoável. Isso não quer dizer que, segundo detalhado pela doutrina alemã,⁶⁹ seja necessária a existência de ameaças. A existência de um perigo geral objetivo do qual derive uma preocupação compreensível para a segurança pessoal é suficiente. Estaria justificada, por exemplo, que no estacionamento de um centro comercial, que até o momento tem sido seguro, adotar medidas de proteção, como reservar determinadas vagas para mulheres, sobretudo à noite, porque as mulheres, geralmente, têm maior perigo de ser vítimas de delitos, especialmente sexuais. Levando em conta tal perigo, não estaria justificada, por exemplo, a medida que proibisse a todos os homens entrar em tal centro comercial.

3) Quando oferece vantagens especiais e falta interesse no estabelecimento do tratamento igualitário. Nesse caso, são consideradas aquelas suposições nas quais pessoas que recebem

⁶⁷ BAUER; GÖPFERT; KRIEGER. *AGG*, § 20, n. 8.

⁶⁸ Exemplo extraído de GAIER, R.; WENDTLAND, H. *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, AGG*, cit., p. 52.

⁶⁹ BAUER; GÖPFERT; KRIEGER. *AGG*, § 20, n. 8; DÄUBLER; BERTZBACH. *AGG*, § 20, n. 126.

uma proteção especial diante de discriminações, precisamente por causa dessa característica, são lhes oferecidas vantagens especiais. Trata-se, portanto, das chamadas medidas positivas do § 5. Sob esse conceito são considerados, especialmente, os descontos econômicos, mas também outras condições especiais oferecidas para a conclusão, o desenvolvimento ou o término de negócios em massa.

4) Quando é baseado na religião de uma pessoa e se refere ao exercício da liberdade de religião ou o direito de autodeterminação das associações religiosas. Estariam considerados aqui todos os casos nos quais o tratamento discriminatório aconteça por causa da religião do discriminado ou discriminados. Esse trecho é incluído nos limites ou fronteiras do âmbito de proteção oferecido pela liberdade geral de comportamento e, em concreto, a liberdade religiosa. Estão incluídos nesse trecho não apenas os comportamentos “estritamente” religiosos, como ir à missa, por exemplo, mas devemos entendê-lo de maneira ampla, já que também se aplica a qualquer trabalho caritativo, ou relativo à administração da igreja, etc.⁷⁰

Isso não significa que alguém possa alegar motivos religiosos para justificar um tratamento diferenciado. É necessária a existência de um conflito concreto e objetivo de consciência como conseqüência da pressão de violar ou contravir determinadas convenções pessoais. Somente nesse caso estaria justificado o tratamento diferenciado, levando em conta que, em tal caso, uma pressão para a manutenção da proibição de discriminação civil seria danosa.⁷¹

A representação da existência de um conflito concreto e objetivo corresponde à parte que discrimina e a obriga. A justificativa

⁷⁰ PALANDT-GRÜNEBERG, 67. ed., 2007, § 20, AGG, n. 6.

⁷¹ BAUER; GÖPFERT; KRIEGER. AGG, § 20, n. 11.

que esse artigo faz referência não se estende somente às diferenciações que por motivos religiosos são realizadas por pessoas naturais, mas também aos negócios de comunidades e associações religiosas.

5) Por último o § 20.2 estabelece uma justificativa especial, no campo dos seguros privados, para tratamentos diferenciados por motivo do sexo da pessoa, e determina que, nesse caso, um tratamento desse tipo, quanto ao custo do seguro e serviços, estaria permitido, unicamente, se o sexo constitui fator determinante na consideração da valorização do risco baseada em dados estatísticos e matemáticos precisos e relevantes. Assinala especificamente que custos em relação à gravidez ou à maternidade não podem, em nenhum caso, levar a custos e serviços desproporcionais.⁷² Também as diferenciações por motivos de religião, incapacidade, idade ou identidade sexual estariam permitidas se são baseadas nestes princípios de cálculo adequado do risco.

Como se observa, em concordância com a Diretiva europeia, nessa suposição foi excluída a possível justificativa por motivo de raça ou origem étnica do âmbito dos contratos de seguros. A inclusão de todos os contratos de seguros no âmbito de proteção da proibição civil de discriminação está dirigida à proteção contra a arbitrariedade em interesse dos assegurados, o que pertence aos princípios fundamentais do seguro privado. Segundo esse preceito, um tratamento diferenciado estaria justificado, exclusivamente, quando tal tratamento não se baseie em considerações subjetivas nem no arbítrio dos seguradores, mas, sim, em uma análise de risco com base em princípios geralmente reconhecidos.

A lei diz que se trata de fator determinante nessa análise de risco, ou seja, não pode ser um critério a mais dentre outros, senão

⁷² Ver, a respeito, Motivo n. 20 da Diretiva 2004/113/EG.

que deve ser relevante, ainda que não necessariamente seja o único.⁷³ A consideração desse fator tampouco pode ser arbitrária, mas deve ser baseada em dados estatísticos e matemáticos relevantes e exatos, confiáveis e seguros, atualizados e públicos ou que estejam disponíveis para o público.⁷⁴ Também são regulamentados os requisitos para que a consideração ou o recurso a características como religião, incapacidade, idade ou identidade sexual como fatores de risco na determinação de custos e serviços de seguros sejam justificados. O uso dessas características como meio de diferenciação somente está permitido quando estas se baseiam em princípios reconhecidos de cálculo de risco adequado e, em especial, em uma análise do risco matemático considerando de dados estatísticos.⁷⁵

3.6 Conseqüências jurídicas de uma infração no âmbito civil

Recordaremos que as conseqüências jurídicas de uma infração da lei no âmbito trabalhista estão regulamentadas nos §§ 13 e seguintes da AGG. Assim mesmo, a lei no âmbito civil também se ocupa não apenas das questões materiais do problema, mas também de suas conseqüências jurídicas, e nesse sentido o § 21 regulamentou tais conseqüências no âmbito civil.

Em concreto, o § 21 da AGG estabelece as exigências impostas pelos arts. 15 da Diretiva anti-racismo e o 14 da Diretiva de igualdade de tratamento por causa do sexo. As sanções devem

⁷³ GAIER, R.; WENDTLAND, H. *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz AGG*, cit., p. 57.

⁷⁴ Ver art. 5 da Diretiva 2004/113/CE, e BAUER; GÖPFERT; KRIEGER. *AGG*, § 20, n. 13.

⁷⁵ GAIER, R.; WENDTLAND, H. *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz AGG*, cit., p. 57.

ser eficazes, proporcionais e dissuasórias.⁷⁶ O § 1º de tal artigo regulamenta a ação de eliminação e omissão do prejuízo causado, como ação primeira e básica em benefício dos prejudicados. O § 2º contempla a ação de indenização de danos e prejuízos. Os §§ 3º e 4º deixam claro que ações baseadas nos preceitos do BGB permanecem intactas, e que acordos que tentem evadir a proibição de discriminação não podem fazer valer por parte dos discriminadores.

De acordo com o § 21 da AGG, os prejudicados podem, em caso de infração da proibição de discriminação, exigir, no prazo de dois meses (§ 21.5, AGG), a eliminação do prejuízo causado. Entretanto, a lei não prevê uma obrigação de contratar, para o caso em que a discriminação tenha tido como resultado uma negativa ao contratar. Ainda que isso não queira dizer que seja excluída em todo caso, como acontece no âmbito do direito trabalhista, já que se pode entender que deve ser aplicada levando em conta as circunstâncias de ser feita sob a consideração da lei. Além disso, esta pode ser derivada do dever de restituição natural.⁷⁷

4 REGRAS PROCESSUAIS

Enquanto o legislador da AGG regulamentou as conseqüências jurídicas materiais de maneira separada para o âmbito trabalhista (§ 13 e ss., AGG) e para o âmbito civil (§ 21, AGG), existem regras de caráter processual que têm validade para qualquer forma de discriminação, independentemente de que seja trabalhista ou civil.

O § 22 da AGG regulamenta concretamente a valorização da prova, e esta é sem dúvida uma das questões processuais mais

⁷⁶ BAUER; GÖPFERT; KRIEGER. AGG, § 20, n. 13.

⁷⁷ Eisenschmid, N. Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz. *Juris-Praxis Report* (Sonderausgabe zum Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz), p. 24, 2006.

destacáveis e que foram na elaboração legal mais duramente discutidas. Assim, no projeto de lei, era previsto que a parte que interpunha a demanda devia aportar fatos creditáveis para que se pudesse supor discriminação das proibidas pela lei. Posteriormente, o *Bundesrat* exigiu que esse preceito fosse reformado para reforçar as cláusulas relativas à prova, no sentido de que não apenas fatos creditáveis fossem exigidos, mas também se fundamentasse em fatos demonstrados. Da sua parte, o art. 10 da Diretiva 2000/78/CE estabelece que quando uma pessoa se sente prejudicada por uma discriminação, ela deve aportar fatos creditáveis que deixem supor a existência de tal discriminação. Portanto, a redação definitiva da lei alemã não corresponde com a letra da Diretiva europeia, uma vez que o § 22 da lei alemã exige que as partes que interpõem a demanda “demonstrem” indícios dos quais possa derivar a existência de discriminação das proibidas pela lei.⁷⁸ Isto é, foi seguida a linha de exigir fatos comprovados.

Entretanto é destacável que, em qualquer caso, essa regulamentação supõe uma regra especial em matéria de prova, já que a parte que reclama a infração não tem obrigação de demonstrá-la, mas unicamente indícios dos quais se possa supor a existência de discriminação, e será a outra parte, isto é, a que supostamente cometeu a discriminação quem tem de provar em seu caso que não há infração da proibição de discriminação no sentido da lei.⁷⁹⁻⁸⁰ Regras tão frágeis em matéria de prova

⁷⁸ Ver, a respeito, HOENTZSCH, S. Europarechtskonformität und Auslegung der Beweislastregel in § 22 AGG. *Betrieb*, p. 2.631 *et seq.*, 2006

⁷⁹ Assim, *i.e.*, a jurisprudência alemã deduziu, do fato de que um anúncio de trabalho em uma revista não se ajusta às exigências da AGG, que a empresa que publicou o anúncio à hora de tomar a decisão sobre a quem outorgar o posto também vai discriminar. (Sentença BAG, 5/2/2004 – 8 AZR 112/03)

⁸⁰ Segundo a doutrina, esse direito somente é permitido aos trabalhadores individuais, e não aos comitês de empresa. (BESGEN, N. Die Auswirkungen des AGG auf das Betriebsverfassungsrecht. *Betriebs-berater*, p. 214, 2007.

unicamente são encontradas no direito alemão em determinados âmbitos jurídicos nos quais se outorga proteção especial, assim, no direito do consumidor, em matéria de responsabilidade por produtos defeituosos, e também no âmbito da responsabilidade dos médicos.

Por último, também é destacável a especialidade introduzida pelo § 23 AGG, que estabelece um reconhecimento específico às chamadas associações antidiscriminatórias, que são aquelas associações de pessoas que, de acordo com seus estatutos, de forma profissional, e não apenas provisoriamente, protegem os interesses de pessoas ou grupos de pessoas prejudicadas. Pois bem, a essas associações é permitido a intervir como apoio ou assistência da parte prejudicada nas negociações naqueles processos nos quais não haja obrigação legal de representação por advogado.⁸¹

5 CONCLUSÃO

É inegável o caráter inovador dessa lei alemã, que mantém positivo, pela primeira vez na Alemanha, em uma normativa geral, o princípio de não-discriminação no âmbito das relações jurídico-privadas. A repercussão prática dessa normativa é mesmo assim incontestável, dado o alcance geral e amplo conteúdo dela. Entretanto, não significa que a doutrina aplicada até agora da *Drittwirkung* dos direitos fundamentais venha a perder na Alemanha sua justificativa, já que certos âmbitos não são regulamentados pela AGG, como muitos contratos civis individuais, isto é, aqueles que não sejam considerados contratos em massa ou assimiláveis a esses.

⁸¹ Não existe obrigação legal de representação por advogado no direito alemão diante dos tribunais civis de primeira instância (§ 78, ZPO – código de enjuizamiento civil) e diante dos tribunais laborais de primeira instância (§ 11, ArbGG – código de enjuiciamiento laboral).

No que diz respeito às conseqüências para nosso âmbito nacional, a nosso juízo, seria desejável que fosse levada em conta a iniciativa alemã com vista à preparação, à elaboração e à introdução de uma normativa similar que regulasse a proibição de discriminação nos diferentes âmbitos privados. Isso sim, moderando o espírito e o zelo, excessivamente protecionista a nosso juízo, que inspirou a normativa alemã, ou seja, sem subestimar a primazia que, no âmbito civil, os princípios de autonomia da vontade e da liberdade de contratação têm.

REFERÊNCIAS

BAUER, J.-H.; GÖPFERT, B.; KRIEGER, S. *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, AGG*. 1. ed. 2007.

BESGEN, N. Die Auswirkungen des AGG auf das Betriebsverfassungsrecht. *Betriebs-berater*, 2007.

BIESTER, F. Auswirkungen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes auf die betriebliche Praxis. *Juris-Praxis Report* (Sonderausgabe zum Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz), n. 35-37, p. 13, 2006.

BÖRSTINGHAUS. *ZAP*, Fach 4, p. 1.042. 2006.

BT-AUSSCHUß. Drs 16 (11) 410 v. 17, out. 2006.

BUDDE, R., Auswirkungen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes auf Vertriebspartner. *Betriebs-berater*, 2007, p. 732.

DÄUBLER W.; BERTZBACH, M. (Ed.). *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz. Handkommentar*, 1. ed., 2007.

DEINERT, O. Anwendungsprobleme der arbeitsrechtlichen Schadensersatzvorschriften im neuen AGG. *Der Betrieb*, p. 398 *et seq.*, 2007.

DERLEDER; SABETTA. Die Umsetzung eines Diskriminierungsverbot im Wohnraummietrecht. *WM*, p. 3 *et seq.*, 2005.

CARMEN MARÍA CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE

DILLER, M. BB-Forum: “AGG-Hopping” – und was man dagegen tun kann. *Betriebs-berater*, p. 1.968, 2006.

EISENSCHMID, N. Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz. *Juris-Praxis Report* (Sonderausgabe zum Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz), p. 24, 2006.

GAIER, R.; WENDTLAND. *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz AGG*. München, 2006.

HAUCK; HELM. *ArbGG*. 3. Aufl. § 5, n. 18 *et seq.*

HINRICHS, O.; ZWANZIGER, B. Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz – Ende des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes? *Betrieb*, p. 574, 2007.

HOENTZSCH, S. Europarechtskonformität und Auslegung der Beweislastregel in § 22 AGG. *Betrieb*, p. 2.631 *et seq.*, 2006.

HORST, R. Mietrechtliche Auswirkungen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes. *MDR*, p. 1.266, 2006.

KANIA, T.; MERTEN, S. Auswahl und Einstellung von Arbeitnehmern unter Geltung des AGG. *ZIP*, p. 8 *et seq.*, 2007.

KOCK, M. Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz – Überblick über die arbeitsrechtlichen Regelungen. *MDR*, p. 1.088 *et seq.*, 2006.

LUTTER, M. Anwendbarkeit der Altersbestimmungen des AGG auf Organpersonen. *Betriebs-berater*, p. 725 *et seq.*, 2007.

MAIER, G.; MEHLICH, T. Das Ende des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes? *Der Betrieb* p. 110 *et seq.*, 2007.

PALANDT-GRÜNEBERG. *AGG*. 67. ed., 2007 § 19, n. 2.

ROESNER, R., *Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz*. 1. ed. 2006.

SEEL, H. AGG – Schadensersatz für Diskriminierungen im Bewerbungsverfahren. *MDR*, p. 1.321 *et seq.*, 2006.

WACKERBARTH; U. Die Vermeidung einer ungerechtfertigten Inanspruchnahme aus dem AGG. *ZIP*, p. 453 *et seq.* 2007.