



FDUC FACULDADE DE DIREITO  
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Aline Cristina Cardoso Nunes

Discriminação como ilícito civil e suas consequências jurídicas

Discrimination as an unlawful civil act and its legal consequences

*Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Civilísticas / Menção em Direito Civil.*

Orientador: Dra. Sandra Passinhas

Coimbra, 2018

## **Agradecimentos**

Uma das frases que mais ouvi a crescer do meu pai foi que, por ser mulher, eu teria que me dedicar extremamente em tudo, para conseguir superar o preconceito. Agradeço este conselho, pois nasceu provavelmente deste a minha sede por estudar o tema da discriminação.

Antes de mais, obrigada Deus, por este pequeno milagre (para mim) que foi escrever minha tese.

Primeiro, quero agradecer aos meus pais, que estiveram ao meu lado em todas as pequenas conquistas e sempre afirmaram ter orgulho em mim. Ao meu pai, que não queria muito que eu fizesse mestrado, mas que depois adorou tanto a ideia que me achava mestre mesmo antes de eu ter escrito uma linha da minha tese. Minha mãe que tantas e tantas vezes teve que escutar que eu não conseguia e que sempre me afirmou que eu podia mais do que achava. Minha irmã que sempre valorizou tudo o que faço e que sempre manifestou seu orgulho. Principalmente, quero agradecer por me amarem e acreditarem em mim. Como sabem eu por vezes não acredito.

Também quero agradecer ao resto da minha família. Minha tia Fátima que sempre foi uma segunda mãe. Meus tios Adérito, Lina, Nita, Custódio, Custódia e Valentim por garantirem que eu nunca estava sozinha cá em Portugal (e em especial por me alimentarem). Em especial, agradeço a minha tia Custódia, que não só pela aparência, é parecida com minha mãe. Também sou grata pela Diana Maria, para quem tanto sou um exemplo que fiz ela seguir o caminho (nem sempre feliz) do Direito.

Sou grata a minha família de Coimbra. À Imperial e Magnífica Tertúlia das Tricanas, por ter feito a minha vida em Coimbra o que foi. Não consigo imaginar o meu trajeto sem as Tricanas e nem poderia imaginar que uma Tertúlia me faria crescer tanto. E também, é claro, às singelas do meu coração que são o melhor que encontrei por Coimbra.

À Paula, Lara, Gabi, Cacá, Carol, Marina e Isabella e todos os amigos que deixei no Brasil, por não deixarem que algo tão vasto como um oceano destruíssem algo tão forte como nossa amizade.

Agradeço também a minha orientadora, Sandra Passinhos, pelos conselhos e ajuda.

Como não podia deixar de ser, sou eternamente grata à Coimbra, que levo comigo para a vida, e à FDUC, por todo o conhecimento, tanto da vida como o académico. Hoje,

metade da minha força tem como consequência as minhas vitórias (e derrotas) nessa cidade e nessa Faculdade.

Para Ilídio dos Santos Nunes e Maria de Lurdes Pinto do Vale Cardoso Nunes, também  
conhecidos como os melhores pais do mundo

*"It took me quite a long time to develop a voice, and now that I have it, I am not going to  
be silent."*

Madeleine Albright

## Resumo

O estudo realizado no âmbito desta tese de mestrado centra-se na possibilidade de se poder afirmar que existe discriminação ilícita em sede de relações jurídico-privadas e as eventuais consequências de tal proibição. Para tal, primeiro define-se, em termos gerais, o que é discriminação e explica-se os conceitos utilizados pela doutrina nesta matéria. Depois, adentra-se no cerne do conflito que subsiste ao se afirmar a existência de discriminação ilícita em sede de relações privadas, nomeadamente, o facto da autonomia privada ser princípio estruturante do Direito Civil. Após uma análise crítica deste princípio, em que se afirma que este admite limites, confronta-se este com o princípio constitucional da igualdade, sempre tendo como foco a aplicação no Direito Civil.

Após, concluir-se-á que o princípio constitucional da igualdade não pode ser simplesmente transposto para as relações entre privados, nos mesmos moldes da relação entre Estado e cidadãos, sendo necessário, portanto, se encontrar uma outra hipótese para se defender a ilicitude da discriminação em sede de Direito Civil.

Assim, inicia-se uma análise dos direitos de personalidade, com a conclusão de que existe um verdadeiro direito a não ser discriminado, que tem por base o direito geral de personalidade. Admitido tanto, estabelece-se restrições à aplicação deste direito.

Por fim, será realizado um estudo acerca das consequências jurídicas que existem com a constatação da ilicitude da discriminação, nomeadamente a possibilidade de existir responsabilidade civil, dividindo-se esta análise entra as duas modalidades, extracontratual e contratual e a possibilidade de existir um verdadeiro dever de contratar. Sobre o dever de contratar é feita uma análise crítica, sempre com um contraponto com o princípio da autonomia privada, que deve ser respeitado.

Em sede de conclusão, afirmar-se-á que é possível a afirmação da discriminação em relações jurídico-privadas, caso estejam presentes certos requisitos, enunciados ao longo desta presente tese de mestrado e que a existência de consequências jurídicas, que de certo modo prejudicam aquele que discrimina, é um passo positivo na eliminação da discriminação.

**Palavras-Chave: Discriminação; ilícito civil; autonomia privada; direito a não discriminação; dever de contratar.**

## **Abstract**

The study conducted on this master thesis has its central point in the possibility of declaring that is illicit to conduct discrimination against people in private relationships and the possible juridical outcomes of this prohibition. For such ends, it is first defined, under general terms, what is discrimination and, under this chapter, the concepts used by the doctrine on this subject are explained. Afterwards, the focus is on the fundamental conflict that exists when one affirms that it is possible to exist discrimination in private relationships with the fundamental private law principle of the private autonomy. Once a critical analyses of such principle is made, in which it is stated that it can have limits, the private autonomy is confronted with the constitutional principle of equality, always bearing in mind that the focus of this study is the area of private law.

Once it is concluded that the constitutional principal of equality cannot be simply transferred to the relations between individual, on the same grounds of the relation between the State and its citizens, we start analyzing another hypothesis to determine that to conduct discrimination against people in private relationships can be illicit.

Therefore, we start an analyses of the personality rights, coming to the conclusion that there is a right to not be discriminated, based on the general personality right. Accepting that this exist, we establish restrictions to its application.

Finally, we study the legal repercussions that exist because of the affirmation of the private illicit of discrimination; namely civil liability, and this analyses is divides between contractual and the non-contractual liability, and the possible obligation to initiate a contract. About this obligation, we make a critical analyses, always counterweighing the private autonomy that must be respected.

In terms of conclusion, we understand that it is possible to affirm that there can be discrimination against people on the grounds of private relationships, if certain requirements exist in the concrete case and that are enunciated along this thesis and that the existence of legal consequences, that, in a way, harm the person who discriminates, is a positive step towards eradicating discrimination.

**Keywords: Discrimination; illicit in private law; private autonomy; right to not be discriminated, obligation to initiate a contract.**

## Lista de siglas e abreviaturas

### Lista de abreviaturas

Art.	Artigo
CC	Código Civil
Cfr	Conforme
Cit	Citado
CRP	Constituição da República Portuguesa
Ed	Edição
N.º	Número
Ob.	Obra
Org.	Organizado
Pg	Página
Proc.	Processo
Ss	Seguintes
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
TUE	Tratado da União Europeia
Vol.	Volume

## Índice

<b>1. Introdução</b> .....	8
<b>2. Discriminação</b> .....	12
<b>3. A questão da autonomia privada</b> .....	22
<b>3.1 Densificação do conceito</b> .....	22
<b>3.2 Limites inerentes</b> .....	26
<b>4. O princípio da igualdade no Direito Civil</b> .....	33
<b>5. A Discriminação como ilícito civil</b> .....	40
<b>5.1 O Direito a não Discriminação</b> .....	40
<b>5.2 Direitos de personalidade e a ilicitude da discriminação</b> .....	41
<b>5.3 Restrição do âmbito de aplicação</b> .....	50
<b>6. Consequências nas relações entre particulares</b> .....	62
<b>6.1 Responsabilidade Civil</b> .....	62
<b>6.2 Dever de Contratar</b> .....	82
<b>7. Conclusão</b> .....	89
<b>Bibliografia</b> .....	93
<b>Jurisprudência</b> .....	97

## 1. Introdução

Todo são iguais perante a Lei. Na nossa sociedade democrática, esta afirmação é quase um pressuposto. Todos a conhecem e repetem quando se sentem injustiçados. Em contrapartida, também é comum se ouvir, quase como um ditado popular que todos são iguais perante a Lei, mas que alguns são mais iguais do que os outros.

Na realidade, no âmbito material, no dia-a-dia, não se consegue afirmar, de forma indistinta, a igualdade, pois muitos sofrem com diferenças de tratamento, vivenciando a discrepância entre aquela afirmação formal e a realidade.

A verdade é que ainda no nosso passado mais recente, e mesmo com a presença no sistema jurídico do princípio da igualdade, existiam diferenças legais, do tratamento do estatuto das pessoas, de acordo com características pessoais que estas possuísem ou não. Por exemplo, durante o Estado Novo, a mulher casada necessitava de autorização do seu marido para praticar diversos atos, como se não possuíse plena capacidade jurídica e o chamado filho “*ilegítimo*” não possuía os mesmos direitos que o seu irmão que nascesse de pais casados. Somente com a Reforma de 1977 do Código Civil eliminou-se o condicionamento às capacidades das mulheres.

As reformas legislativas, tal como a citada, tem a intenção de desenraizar desigualdades. Com a evolução da sociedade e do pensamento jurídico, estas formas de discriminação, lentamente, tendem a desaparecer do nosso ordenamento. Existiu uma tendência para uma crescente igualização, pelo menos a nível formal, dos estatutos jurídicos pessoais, o que incentivou o começo de uma nova dinâmica de desenvolvimento da personalidade das pessoas humanas. Contudo, não deve-se, ingenuamente, crer que Leis, por si só, são capazes de alterar o pensamento das pessoas humanas, de alterar preconceitos que possuem como fundamento dinâmicas sociais históricas e centenárias.

Por outro prisma, não cabe, e a experiência nazista comprova isto, ao Estado impor um padrão social, um conceito do que deve ser percebido como “*normal*” e pelo qual todos devem se adequar e guiar. É necessário espaço para, e ainda mais em uma sociedade multicultural e globalizada como é a atual, a personalidade se desenvolver das mais diversas formas, bem como é preciso resguardar a liberdade de cada pessoa, tanto perante o Estado, como nas relações interpessoais.

Em uma sociedade que valoriza a liberdade, os indivíduos devem poder agir de forma diferente do que seria possível para as autoridades públicas. Neste âmbito, cada pessoa

é, e deve o ser, livre para escolher com quem deseja se relacionar. O Estado, por sua vez, não pode discriminar os cidadãos. Se é consolidado que o Estado deve tratar os cidadãos de forma igual, a questão não se põe de forma tão simples na relação entre privados. Desde logo, a amplitude do conceito de igualdade na relação entre privados não pode ser a mesma, sob risco de um endurecimento das relações sociais e de enfraquecimento da autonomia privada.

A liberdade deve ser a regra nas relações entre indivíduos e a autonomia privada deve ser considerada princípio estruturante do Direito Civil. Contudo, é a própria estrutura do ordenamento jurídico, que possui a dignidade da pessoa humana em seu centro, que impõe limites a esta. Mesmo na relação entre privados, supostamente iguais, é possível afirmar que nem sempre existe igualdade de facto, tanto pelas partes estarem em posições de poder diferentes, como por razões sociológicas e históricas, de forma que deve se admitir certos limites à atuação dos sujeitos jurídicos-privados, como forma de tentar preservar a dignidade dos indivíduos.

Não se pode ignorar a realidade do preconceito e a existência de grupos sociais marginalizados, que, por vezes, não possuem acesso às mesmas condições e oportunidades dos demais, necessitando de tutela para que se tente preservar os seus direitos.

Prova concreta desta desigualdade é que no ano de 2015, a pontuação média da União Europeia no índice<sup>1</sup> de Igualdade de Género<sup>2</sup> era de 66,2<sup>3</sup> de um total 100, sendo que desde 2005 esse número somente subiu 4,2 valores.

---

<sup>1</sup> O Índice de Igualdade de Género baseia-se nos dados do Eurostat (Inquérito às forças de trabalho da UE, Inquérito sobre a estrutura dos rendimentos do trabalho, Estatísticas do rendimento e das condições de vida, estatísticas demográficas), dos questionários da Unesco/OCDE/Eurostat relativos a estatísticas educativas, do Inquérito Europeu sobre as Condições de Trabalho da Eurofound, da base de dados WMID da Comissão Europeia e do inquérito da European Union Agency for Fundamental Rights sobre a violência contra as mulheres.

<sup>2</sup> Sexo refere-se aos determinantes biológicos do masculino e do feminino e género se refere às características sociais que são atribuídas a cada sexo. O género é ainda analisado dentro dos processos de socialização e abrange os comportamentos psicológicos, sociais e culturais dos membros das sociedades. De forma que os termos igualdade de género e igualdade entre homens e mulheres não são propriamente sinónimos. Embora a legislação sobre discriminação utilize o termo sexo, defende-se a necessidade de interpretar tal conceito de forma mais ampla, de forma que deve-se falar em igualdade ou discriminação em função do género e não do sexo.

<sup>3</sup> Dados retirados do Relatório do Instituto de Igualdade Europeu para a Igualdade de Género de 2017, que avaliou os dados sobre igualdade de género de 2005 a 2015, EUROPEAN INSTITUTE FOR GENDER EQUALITY, *Gender Equality Index 2017: Measuring Gender Equality in the European Union 2005-2015 – Report*, Lituânia, 2017, disponível em <http://eige.europa.eu/rdc/eige-publications/gender-equality-index-2017-measuring-gender-equality-european-union-2005-2015-report> (01.07.18).

O direito não deve ficar alheio às desigualdades sociais, de forma que o Direito Civil não pode permitir a validade de ações que promovem desequilíbrios entre os sujeitos jurídico-privados e que, em sua essência, violam a dignidade do ofendido. Atuações que atinjam o cerne da pessoa humana, a sua dignidade, devem ser consideradas contrárias ao ordenamento jurídico no seu todo e também quando considerado somente o sistema jurídico privado, uma vez que é a própria Constituição que estabelece a dignidade da pessoa humana como princípio estruturante de todo o sistema jurídico e, por consequência, o Direito Civil também está vinculado a esta premissa.

É dentro deste contexto complexo, que envolve a discussão e contraponto entre direitos de personalidade, dignidade da pessoa humana, o princípio constitucional da igualdade e a autonomia privada, que vai se procurar estudar a proibição da discriminação, ou seja, quando e de que forma esta será considerada ilícita, sendo importante ressaltar que o campo de análise será o das relações entre privados que estão, supostamente, em situação de igualdade de poder, excluindo desde já do campo de estudo as particularidades do Direito Laboral.

Em uma parte inicial, será feita uma análise do termo discriminação, da sua definição, bem como sobre os principais termos existente no rol de legislação que trata da proibição desta em campos específicos.

Após, será feita uma breve definição da autonomia privada, com o objetivo de se constatar a possibilidade deste princípio estruturante do Direito Civil poder ser limitado. A confrontação da autonomia privada com a questão da ilicitude da discriminação em sede de Direito Civil será constante no decurso de todo este trabalho.

Necessário, ainda, é fazer uma ligação com o princípio constitucional da igualdade e a relação entre os sujeitos privados, analisando-se a possibilidade deste princípio ser aplicado, de forma direta, na relação entre privados, bem como se este é suficiente, e viável, para afirmar a discriminação ilícita em sede de relações jurídico-privadas.

Depois, se definirá a discriminação como um ilícito civil, por se considerar a existência de violação de direitos de personalidade, e as consequências desta afirmação. Esta não é uma afirmação clara e, tal como a personalidade humana, envolve diversas variáveis.

Por fim, adentrar-se-á nas consequências jurídicas da consideração da discriminação como ilícito civil. Mais especificamente, é possível argumentar que existe um

dever de contratar quando existiu uma recusa de contratar com uma pessoa por esta possuir uma determinada característica? Ou deve prevalecer a liberdade contratual prevalecer?

Ao fim deste trabalho, espera-se ter uma resposta para esta questão tão complexa e também atual, visto que além de todas as situações de discriminação presentes todos os dias nas notícias, e com a situação política atual, marcada pelo avanço de um direita neonazista, com a crise dos refugiados que resultou em diversas manifestações discriminatórias, além das discriminações em função da orientação sexual, de género e de raça, infelizmente sempre presentes, existiu recentemente, por meio da Lei 93/2017 de 23 de Agosto, uma alteração legislativa sobre o tema, que procurou concretizar os conceitos e aplicar sanções mais eficazes.

Assim, o contexto político e social, que, sempre influencia os avanços legislativos, atesta para a relevância do tema e a essencialidade de discutir a matéria da discriminação fora dos campos mais comuns, nomeadamente o do direito constitucional e laboral.

## 2. Discriminação

Em um plano formal, discriminar é tratar de forma distinta, mas não será toda forma de distinção considerada ilícita. Aquelas desigualdades de tratamento sem qualquer fundamentação razoável e racional, que são, de facto, arbitrárias, não serão compatíveis com o ordenamento jurídico nacional.

Contudo, pode-se afirmar a existência de discriminações lícitas e ilícitas e algumas que até são impostas por Lei. O legislador pode, por exemplo, estabelecer, para diferentes pessoas, regimes processuais diferenciados, se tiver um fundamento objetivo para tal, mas não poderá estabelecer um regime que diferencie de modo arbitrário, sem motivo fundado, ou que ponha em causa os parâmetros que conformam um processo equitativo e justo.

Nesta sede, é importante salientar que, em relação ao legislador<sup>4</sup>, a proibição de arbítrio<sup>5</sup> não se confunde com a proibição de discriminação. Isto porque, no caso desta, o que não se permite é que se estipule regimes jurídicos distintos para qualidades pessoais que possuem estreita relação com a dignidade humana. Assim, quando, em uma norma, as diferenças de tratamento introduzidas pelo legislador tiverem por fundamento algumas das características pessoais a que alude, em elenco não fechado, o n.º 2 do artigo 13º da CRP, características tais que, pela sua natureza, a Constituição entende que não podem ser, em regra, fundamento permitido de diferenças de tratamento legislativamente impostas<sup>6</sup>, presume-se que esta é inconstitucional.

De acordo com o *supra* referenciado, tem-se que o legislador está vinculado, na sua tarefa criadora, ao princípio da igualdade, que obriga a que se trate por igual o que é igual e de forma diferente o que é distinto<sup>7</sup>, de modo que não se impede propriamente distinções de tratamento, mas sim, e apenas, as discriminações arbitrárias, especificamente aquelas que se baseiam em categorias meramente subjetivas, sem fundamento material e racional suficiente que lhe confirmem validade. Isto, no entanto, não afeta totalmente a liberdade de conformação legislativa, pois ao legislador pertence, dentro dos limites constitucionais, definir ou qualificar as situações de facto ou as relações da vida que funcionarão como elementos de

---

<sup>4</sup> Acórdão do TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 31 de Janeiro de 2009, processo n.º 240/2007, Relatora: Conselheira Maria Lúcia Amaral, disponível em <http://www.dgpj.mj.pt/sections/politica-legislativa/anexos/rpce/acordaos-do-tribunal/acordao-69-2008/> (01.07.2018).

<sup>5</sup> Nomeadamente distinções impostas por legislação que não possuam uma justificação racional suficiente.

<sup>6</sup> Acórdão do TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 26 de Novembro de 2008, processo n.º 580/2007, Relatora: Conselheira Maria Lúcia Amaral ponto n.º 5.1, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20080569.html> (03.07.17).

<sup>7</sup> Conforme entendimento atual da igualdade em sentido material.

referência a tratar igual ou desigualmente. Só existirá infração ao princípio da igualdade quando a medida legislativa adotada não tenha um suporte material.

De forma que é de se admitir como válida a previsão de ações positivas. Estas seriam exemplos de medidas que oferecem distinções de tratamento, mas em situações específicas em que há patente desigualdade e cuja finalidade seja precisamente combater esta. Assim, as medidas de ação positiva estão associadas a um conceito material de igualdade e com a transformação social, pois visam eliminar formas de discriminação estruturais, para assegurar uma representação mais justa dos grupos em desvantagem. A medida em causa tem que ser adequada a compensar as desvantagens em apreço, de forma que é necessário que se verifique um nexo causal entre a diferença de tratamento e a desigualdade que a ação positiva pretende eliminar, caso contrário não existirá uma razão realmente racional para a diferença e não será este tipo de norma permitida.

Um exemplo de uma ação que, embora trate os cidadãos de forma diferente, deve ser considerada como válida, por se basear num conceito de igualdade material, é o da criação de um sistema de reserva de vagas, nas universidades públicas brasileiras, com base em critérios étnico-raciais. A constitucionalidade deste tipo de medidas foi questionada, com o argumento de que as mesmas violavam o princípio da igualdade e eram, neste sentido, discriminatórias. O Supremo Tribunal Federal do Brasil se pronunciou no sentido de que ações afirmativas como as *in casu*, quando visam atribuir certas vantagens, por um tempo limitado, a um grupo particular, de modo a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares, são válidas<sup>8</sup>. Até pelas semelhanças dos sistemas jurídicos português e brasileiro, entende-se que tal decisão também está de acordo com o entendimento da doutrina e jurisprudência portuguesa.

O art. 13º, n.º 2 da CRP determina uma enunciação separada da proibição de discriminação em relação ao princípio da igualdade, determinando que a distinção em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual não é permitida. Esta previsão demonstra que se quis dar relevo constitucional à proibição de discriminação e, portanto, como todo o sistema jurídico deve estar em consonância com a

---

<sup>8</sup> Acórdão do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DO BRASIL, de 26 de Abril de 2012, processo ADPF n.º 186, Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, disponível em [www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+597285%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+597285%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/atafe8l](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+597285%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+597285%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/atafe8l) (01.07.2017).

CRP, esta escolha em dar importância ao tema da discriminação deve influenciar o restante do ordenamento. Além disto, temos que igualdade e proibição de discriminação não são sinónimos. Esta distinção será importante quando da argumentação<sup>9</sup> que será realizada acerca da ilicitude da discriminação no campo do Direito Civil.

Por sua vez, o n.º 1 do art. 26º da CRP proclama a proteção legal contra qualquer forma de discriminação. Gomes Canotilho e Vital Moreira encontram no direito a não discriminação uma dimensão subjetiva, que é o seu conteúdo útil e autónomo como um direito especial de igualdade, e uma dimensão objetiva, que aponta para a efetivação da exigência de igualdade de tratamento, da proteção contra a discriminação.<sup>10</sup> Ainda, a Constituição possui garantias contra discriminação em domínios específicos, como a de filhos nascidos fora do casamento<sup>11</sup>.

Em termos legislativos, tem-se que as Leis anti discriminatórias são uma resposta a uma manifestação patente de um tipo de desigualdade presentes na sociedade, uma que está intrínseca naquele contexto, na história e na sua política. A dificuldade de legislar sobre a proibição de discriminação reside em se encontrar uma forma de este enquadramento legal não impor um tipo de comportamento, retirando por completo o espaço de livre arbítrio das pessoas humanas, ao mesmo tempo que a *ratio legis* reside na tutela do discriminado.

Segundo Sandra Freedman<sup>12</sup>, existem três modelos de regulação normativa do âmbito de proteção da proibição de discriminação. A primeira é por meio de uma lista exaustiva das práticas que são proibidas e das características que encontram proteção legal contra a discriminação. Aqui não há espaço para a discricionariedade dos tribunais sobre a amplitude da proteção dos discriminados, de forma que uma ampliação do campo de tutela deve ser sempre feita por legislação especial.

Um segundo modelo seria um que consagra uma noção ampla do sentido de igualdade, sem especificar um âmbito de aplicação, de modo que cabe aos juízes determinar, no caso concreto, quando uma distinção feita é proibida, de acordo com aquele princípio geral. A título de exemplo, esta forma estaria presente na Constituição Norte-Americana, especificamente na sua décima quarta emenda.

---

<sup>9</sup> No capítulo 4 tratar-se-á da aplicação do princípio constitucional da igualdade nas relações entre sujeitos jurídico-privados e no capítulo 5 se estabelecerá os termos nos quais a discriminação é ilícita, nessas relações.

<sup>10</sup> Cfr. GOMES CANOTILHO E VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada, Tomo I*, Coimbra editora, Coimbra, 2014, pg. 469-470.

<sup>11</sup> Ver artigos 36º, n.º 3; 55º, n.º 2; 69º, n.º 1 e 109º da CRP

<sup>12</sup> Cfr. SANDRA FREEDMAN, *Discrimination Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pg. 112

Por fim, o terceiro modelo seria composto por uma lista não exaustiva das formas de discriminação proibidas, o que confere aos tribunais alguma discricionariedade para ampliar a proteção da discriminação até outras áreas, de acordo com princípios gerais existentes no ordenamento jurídico. Parece que Portugal se enquadra neste modelo, uma vez que a lista presente no n.º 2 do art. 13º da CRP, como já referido, não é exaustiva e existem mecanismos, no direito privado, para ampliar essa proteção<sup>13</sup>.

Neste contexto, em Portugal, a primeira Lei que regulou, de forma específica, alguma matéria relacionada à discriminação foi a Lei n.º 134/99, de 28 de agosto<sup>14</sup>, que proibia as discriminações no exercício de direitos por motivos baseados na raça, cor, nacionalidade ou origem étnica. O art. 2º de tal Lei determinava que tanto as entidades públicas como as privadas se encontravam vinculadas.

O facto de ter sido este o âmbito de proteção desta primeira Lei portuguesa anti discriminação corrobora o *supra* exposto acerca da função deste tipo legislativo. Isto porque a desigualdade em função destas características costuma ser uma das formas mais evidentes de discriminação, que tem base na história, pela escravidão, pelas colónias portuguesas e por um senso desvirtuado de nacionalismo que conduz a uma aversão a estrangeiros, dentre outras justificações. É inegável que existe discriminação em função destas características. Tal facto é claro na história portuguesa, antiga e recente. Assim, esta primeira Lei surgiu como tentativa de solução de um problema patente na sociedade, de acordo com o já mencionado.

Já em sede europeia, afirma-se que a União Europeia visa criar um quadro comum a todos os Estados Membros de proibição de discriminação com base em determinadas características protegidas e garantir, ao mesmo tempo, um nível mínimo de proteção harmonizada para aqueles que foram e são vítimas de tratamento discriminatório. Para além disto, também tem como objetivo instituir um determinado padrão de comportamento entre os cidadãos europeus, de modo a assegurar uma sociedade europeia civil inclusiva e diversa.

Prova do *supra* exposto é que existem, hoje, quatro<sup>15</sup> importantes Diretivas sobre o assunto; a Diretiva 2000/43/CE, que proíbe a discriminação em função da raça e da origem; a Diretiva 2000/78/CE, que dispõem um quadro geral sobre a igualdade de tratamento no

---

<sup>13</sup> Como se tentará mostrar ao longo deste trabalho.

<sup>14</sup> Revogada com a Lei 93/2017, de 23 de Agosto.

<sup>15</sup> Além disso, também existe a Diretiva 2010/41/UE, relativa à aplicação do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres que exerçam uma atividade independente.

emprego e na atividade profissional; a Diretiva 2004/113/CE, que regula a igualdade entre homens e mulheres no acesso e prestação de serviços e a Diretiva 2006/54/CE do Parlamento Europeu e do Conselho que é relativa à aplicação do princípio da igualdade de oportunidades e igualdade de tratamento entre homens e mulheres em domínios ligados ao emprego e à atividade profissional.

É claro que, no âmbito do Direito Privado, em especial quando se fala nas esferas das relações interpessoais e da família, a União Europeia deve respeitar as diferenças nacionais, uma vez que certo Estado pode ter uma sociedade mais evoluída em um sentido do que no outro. Desta forma, não compete à União Europeia impor que todos os Estados-Membros devam, por exemplo, permitir o casamento entre pessoas do mesmo sexo, mas deve garantir, de acordo com seus princípios estruturais, que, de acordo com a organização da União Europeia, vinculam os Estados-Membros, uma proteção mínima de direitos. Estas Diretivas procuram estabelecer precisamente isto: um patamar mínimo de proteção em favor daqueles que sofrem discriminação. Assim, mais relevante para nós será falar das Leis nacionais que transpuseram tais Diretivas.

Todas estas Diretivas foram já transpostas para o ordenamento nacional, por meio, inicialmente, das Leis 18/2004<sup>16</sup> de 11 de maio, pela Lei 7/2009 de 12 de fevereiro, pela Lei 14/2008<sup>17</sup> de 12 de março e também pela Lei 7/2009 de 12 de fevereiro, respetivamente. Destas só a Lei 18/2004<sup>18</sup> e 14/2008 possuem aplicação direta no direito privado, sendo certo que as previsões de ambas se aplicam no domínio do acesso a bens e serviços disponíveis ao público, fora do quadro da vida familiar e privada, incluindo a habitação, e aplica-se tanto no setor público quanto no privado, de acordo com o art. 2º de ambas as Leis<sup>19 20</sup>. As outras duas fazem referência somente a área do direito do trabalho.

Acresce a estas a Lei 46/2006 de 28 de agosto que proibiu a discriminação em razão da deficiência e da existência de risco agravado de saúde e que pelo ser art. 2º vincula tanto as entidades públicas como privadas, pessoas singulares ou coletivas.

---

<sup>16</sup> Lei n.º 18/2004, de 11 de Maio, que transpõe para a ordem jurídica nacional a Diretiva n.º 2000/43/CE, do Conselho, de 29 de Junho, que aplica o princípio da igualdade de tratamento entre as pessoas, sem distinção de origem racial ou étnica, e tem por objetivo estabelecer um quadro jurídico para o combate à discriminação baseada em motivos de origem racial ou étnica.

<sup>17</sup> Lei n.º 14/2008 de 12 de março, que proíbe e sanciona a discriminação em função do sexo no acesso a bens e serviços e seu fornecimento, transpondo para a ordem jurídica interna a Diretiva n.º 2004/113/CE, do Conselho, de 13 de Dezembro.

<sup>18</sup> Também revogada com a Lei 93/2017 de 23 de Agosto.

<sup>19</sup> Art.3º, n.º 1, alínea h) da Diretiva 2000/43/CE e art. 3º, n.º 1 da Diretiva 2004/113/CE.

<sup>20</sup> A Lei 14/2008 exclui do âmbito de aplicação a educação e a publicidade. A atual Lei 93/2017 não o faz.

Para compor o quadro legislativo atual, tem-se que em 23 de Agosto de 2017, foi aprovada a Lei 93/2017 que revogou as Leis 134/199 e 18/2004. Esta Lei mais recente estabelece um quadro mais rigoroso de proteção, ultrapassando o que tinha sido estabelecido pelas duas outras Leis, e, portanto, o patamar mínimo europeu, em termos de combate à discriminação em razão de origem racial e étnica cor, nacionalidade, ascendência e território de origem. Logo no art. 2º desta Lei estabelece-se que o seu âmbito de aplicação também alcança as relações privadas, por ter emprego na área da saúde e educação e no acesso a bens e serviços colocados a disposição do público, incluindo habitação.

Do conjunto desta legislação, bem como do trabalho da doutrina e jurisprudência, é possível apreender que a discriminação ilícita engloba as formas de discriminação direta, indireta, o assédio e o assédio sexual<sup>21</sup>.

A discriminação direta pode ser definida como aquele que ocorre quando uma pessoa humana, devido a uma sua característica, recebe um tratamento menos favorável do que o que é ou seria dado a uma outra pessoa na sua mesma posição contratual, mas sem tal atributo. O essencial é avaliar se o resultado da aplicação deste comportamento dito diferenciador afeta exclusivamente os membros do grupo desfavorecido, sendo certo que é necessário que existam indícios concretos de um tratamento diferente por causa daquela característica.

Por sua vez, a discriminação indireta existe nos casos em que um comportamento, uma disposição ou critério aparentemente neutros coloque o sujeito que possui esta característica em uma posição desvantajosa comparativamente as do outro, que não a possui. É possível remeter a origem<sup>22</sup> deste conceito para a jurisprudência americana, no *case-law* “*Griggs v. Duke Power*”<sup>23</sup>, no qual os demandantes contestavam que o facto da exigência imposta pela empresa *Duke Power Company*, o demandado, de que seus trabalhadores<sup>24</sup> deveriam ter o ensino secundário completo ou passar em um teste que supostamente media

---

<sup>21</sup> Como disposto no art. 3º da Lei 14/2008.

<sup>22</sup> Cfr. JULE MULDER, “New Challenges for European Comparative Law: The Judicial Reception of EU Non-Discrimination Law and a turn to a Multi-layered Culturally-informed Comparative Law Method for a better Understanding of the EU Harmonization”, *German Law Journal*, vol. 18, n. °. 3, 2017, disponível em [https://static1.squarespace.com/static/56330ad3e4b0733dcc0c8495/t/5928253b15d5db322a3ed700/1495803196611/12\\_Vol\\_18\\_No\\_03\\_Mulder.pdf](https://static1.squarespace.com/static/56330ad3e4b0733dcc0c8495/t/5928253b15d5db322a3ed700/1495803196611/12_Vol_18_No_03_Mulder.pdf), (05.11.2017)

<sup>23</sup> Acórdão da SUPREME COURT OF THE UNITED STATES, de 8 de Março de 1971, processo n.º 124, *Griggs* contra *Duke Power CO*, disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/401/424/case.html> (01.07.2018).

<sup>24</sup> Como muito dos termos e avanços existentes neste tema, a noção de discriminação teve origem no direito laboral. Este é o campo em que o assunto da discriminação se encontra mais avançado, mas como já adiantado não trataremos de pormenores da área laboral neste trabalho.

níveis de inteligência para serem contratados ou promovidos, era discriminatório. A Suprema Corte Americana entendeu que, embora esta exigência parecesse neutra, a verdade era que na realidade como estes requisitos não mediam a capacidade para e execução do trabalho e concretamente prejudicava um grupo específico, neste caso os trabalhadores negros, existia discriminação, não direta, mas sim indireta.

Neste sentido, na discriminação indireta tem-se que a aplicação de um critério, que em uma análise superficial poderia parecer neutro, tem exatamente os mesmos resultados da primeira forma de discriminação, uma vez que prejudica os membros de um grupo em detrimento dos do outro. Assim, no primeiro caso a discriminação é imediatamente verificada, ao passo que no outro esta aparece ocultada sobre um critério que pode nem fazer referência aquele atributo pessoal, mas, na realidade, conduz a um tratamento menos favorável. Portanto, para que exista discriminação indireta a aplicação do critério deve prejudicar, de forma especial, aqueles que possuem determinada característica, tem que ser uma desvantagem específica para aqueles que possuem esta característica. Para se verificar isto, é necessário que se analise os dados do caso concreto, buscando uma comparação com aqueles que não possuem tal característica, quando possível, e buscando analisar como a pessoa que supostamente discriminou se comportou, no passado, diante de situações semelhantes, ou seja, uma análise casuística, baseada na comparação.

As disposições, os critérios ou as práticas que indicam discriminação indireta são admissíveis quando sejam justificadas por um objetivo legítimo e os meios utilizados para o alcançar sejam adequados e necessários<sup>25</sup>. A discriminação direta não admite esta forma de justificação, sendo, portanto, em casos concretos, relevante essa diferenciação, uma vez que será mais facilmente considerada lícita uma discriminação indireta.

É essencial que se perceba que ambas as formas de discriminação descritas partem de um pressuposto de comparação. A pessoa, ou o grupo, que possui certa característica e que alega que foi discriminada é comparada com uma, na mesma posição, mas sem tal qualidade. A verdade é que uma forma de aferição de discriminação tão linear pode causar problemas e injustiças, pois o comportamento humano é complexo e podem existir situações em que uma pessoa é prejudicada por possuir certa qualidade, por pertencer a certo grupo,

---

<sup>25</sup> De acordo com as Conclusões da ADVOGADA GERAL JULIANE KOKOTT, Tribunal de Justiça da União Europeia, apresentadas em 20 de Setembro de 2012, processo n.º C-394/11, disponível em <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=127265&pageIndex=0&doclang=pt&mode=-lst&dir=&occ=first&part=1&cid=234603> (03.07.17).

mas que simplesmente não se consiga encontrar um equivalente exato. É preciso analisar os casos de discriminação não como um caso matemático, em que se encontra uma resposta caso se troque o elemento “x” pelo “y”, mas sim em luz do facto do comportamento humano ser complexo e, muitas vezes, imprevisível. Os casos concretos devem ser analisados com certa empatia e em luz do ambiente social, dos costumes e princípios da sociedade e da dignidade da pessoa humana, matriz do ordenamento português, que deve sempre ser salvaguardado. Como bem define a Lei 93/2017, a forma de discriminação que deve ser considerada contrário ao ordenamento é a que, em consequência de determinada pessoa possuir uma certa característica e/ou pertencer a certo grupo, promove a anulação ou restrição do reconhecimento, fruição ou exercício de direitos, liberdades e garantias daquela pessoa. É isto que, no caso concreto, deve ser analisado.

Por outro lado, as Leis 14/2008 e 93/2017 determinam que o assédio também é considerado forma de discriminação, no n.º 4 do artigo 3º e no n.º 2 do artigo 3º, respetivamente. Assim, tem-se que o assédio verifica-se quando há prática de um comportamento que é indesejado pela pessoa ofendida e que possua relação com alguma característica desta pessoa humana. O objetivo ou efeito do assédio é o de violar a dignidade da pessoa, bem como o de criar um ambiente intimidativo, hostil, degradante, humilhante ou ofensivo. Outra questão, também resguardada pela Lei 14/2008, no mesmo n.º 4 do artigo 4º, é a do assédio sexual. A diferença desta para a outra forma de assédio reside no facto do comportamento indesejado ter um carácter sexual, sob forma física, verbal ou não verbal. Ambas são condutas proibidas e consideradas pela legislação que trata do assunto como formas de discriminação.

Importante ressaltar que existem tratamentos distintos, com base nas características protegidas pelas citadas Leis e no âmbito de proteção destas, que só são aparentemente discriminatórios. Assim, não será discriminatório um tratamento médico que diverge dependendo do sexo do paciente, caso a razão para tal sejam efetivas diferenças biológicas existentes, embora seja proibida a discriminação em função do sexo na área de bens e serviços, por meio da Lei 14/2008. Isto será assim pois há, nestes casos, uma razão racional para a diferença de tratamento e não uma arbitrária. Não há discriminação ilícita, mas sim um tratamento distinto do que é diferente<sup>26</sup>.

---

<sup>26</sup> Em correspondência com a noção material de igualdade é necessário que se trate de maneira igual aquilo que o é, mas de maneira diferente aquilo que é distinto.

Por outro lado, caso uma mulher encontre dificuldades em aceder a certos serviços médicos unicamente destinados a este sexo, como, por exemplo, o aborto, pode-se afirmar que existe uma discriminação direta. Aqui não é possível uma comparação com uma pessoa sem aquela característica naquela mesma situação, mas existe discriminação direta, uma vez que é uma situação diretamente ligada ao sexo da pessoa e que, enquanto mulher, a pessoa encontra dificuldades de aceder<sup>27</sup>. O que, e de acordo com o *supra* exposto, demonstra que o critério de comparação como modo de determinar a existência de discriminação, não será sempre suficiente.

A conduta discriminatória pode dirigir-se contra uma pessoa individualmente considerada e a tutela, neste caso, será da dignidade daquela pessoa, singularmente apreciada, mesmo que a ofensa a esta tenha origem no facto da pessoa pertencer a um determinado grupo ou por possuir uma certa característica que é partilhada por diversas outras pessoas. Em geral, a proteção conferida contra a discriminação pela legislação possui este enfoque no individuo e não no grupo em que este se insere. Contudo, também se deve procurar a tutela do grupo, uma vez que comportamentos discriminatórios ilícitos podem também ser dirigidos contra um grupo de forma geral e não somente contra uma pessoa humana, individual.

Assim, quando se trata da proteção do grupo, a intenção é evitar a exclusão do acesso a uma prestação, mas também é a de garantir a integridade moral dos membros daquele grupo<sup>28</sup>. A Lei 93/2017, em sua alínea d), do n.º 1 do artigo 3º procurou precisamente definir a “*discriminação por associação*”, que, nos termos do já enunciado normativo, ocorre

---

<sup>27</sup> Esta argumentação vem da jurisprudência do TJUE. No Acórdão do TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 8 de novembro de 1990, processo nº C-177/88, Elisabeth Johanna Pacifica Dekker contra Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1496617727301&uri=CELEX:61988CJ0177> (04.06.2017), o Tribunal estabeleceu que, no âmbito da proibição de discriminação por base na gravidez e maternidade no acesso ao emprego, como só uma pessoa do sexo feminino pode ficar grávida, a recusa de contratar ou o despedimento, de uma mulher grávida que tenha como razão este estado ou a maternidade, conduz a uma discriminação direta em função do sexo que é proibida de acordo com o direito comunitário. Também determinou que nos casos de suposta discriminação em função da gravidez não é necessário que se compare tal situação com a que ocorreria caso o individuo em questão fosse de outro sexo. Entende-se que a mesma linha argumentativa deve ser estendida também no caso de dificuldades no acesso ao serviço de aborto e métodos contraceptivos, sendo certo que resultaram da aplicação da Diretiva 2004/113/CE diversos problemas nessas áreas. Para uma análise mais aprofundada ver: AILEEN MCCOLGAN E SUSANNE BURRI, *Sex Discrimination in the Access to and Supply of Goods and Services and the Transposition of Directive 2004/113/EC*, European Network Of Legal Experts In The Field Of Gender Equality (org), 2009, disponível em [ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=3695&langId=en](http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=3695&langId=en) (04.06.2017).

<sup>28</sup> Cfr. PAULO MOTA PINTO, *Autonomia privada e discriminação – algumas notas*, in *Estudos em homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*, Coimbra, Coimbra Ed., vol. II, 2003, pg. 326-327

quando em razão da pertença ou associação a um grupo específico, a pessoa sofra alguma forma de exclusão ou tratamento negativo.

Reportando a questão *in casu* para o campo contratual, ter-se-á uma situação de discriminação quando a recusa de contratar por uma parte, ou as condições em que esta se dispõe a contratar, são determinadas por uma característica pessoal da contraparte, o que causa uma diminuição da dignidade da pessoa humana. Se é a intenção de discriminar que conduz um contraente a propor condições diferentes e mais desvantajosas do que seriam caso a contraparte não possuísse aquela característica ou que leva a recusa de contratar com aquela pessoa, existe discriminação<sup>29</sup>. Ainda nesta esfera, tanto é discriminatório um tratamento pior conferido a uma pessoa em comparação a outras contrapartes negociais, como também o é a situação em que uma pessoa aceita uma proposta contratual, mas o tratamento que lhe é concedido é pior do que o disposto no conteúdo da proposta originalmente dirigida ao público. É a qualidade que a pessoa possui que a impede de usufruir das mesmas vantagens ou de exercer o seu direito de contratar<sup>30</sup>.

---

<sup>29</sup>Cfr. SANDRA PASSINHAS, *Propriedade e personalidade no Direito Civil Português*, polic., Coimbra, 2014, pg. 325-326.

<sup>30</sup> Sendo certo que as consequências resultantes serão tratadas no último capítulo deste trabalho.

### 3. A questão da autonomia privada

#### 3.1 Densificação do conceito

A esfera de liberdade que, no âmbito do direito privado, o sujeito dispõe, chama-se autonomia e é o direito de reger-se pelas suas próprias Leis. O conceito jurídico da autonomia privada, como hoje este é compreendido, tem a sua origem vinculada<sup>31</sup> às condições históricas da passagem do feudalismo para o capitalismo. Conforme o indivíduo ganhava poder de tomar as suas próprias decisões, fora da aia do Senhor Feudal ou do Rei, conforme este adquiria liberdade e via a consolidação dos direitos que protegiam os cidadãos contra o Estado, a autonomia privada tomava forma.

É na elaboração do Código Civil francês<sup>32</sup> que a autonomia privada tem a sua máxima positivação, de forma que é possível afirmar que a conceção teórica deste conceito é produto do individualismo, por ser esta a corrente de pensamento que serviu de inspiração e fundamento para a conceção de tal carta legislativa. Assim, a autonomia privada é produto de um processo político e económico baseado na liberdade e na igualdade formal.

O Direito Civil contemporâneo é organizado em torno da autonomia privada, uma vez que, ao resguardar esta, o sistema jurídico reconhece a existência de um âmbito particular, no qual os sujeitos jurídico-privados possuem certa liberdade de autogoverno<sup>33</sup>, de modo que a autonomia privada equivale ao espaço de liberdade que cada pessoa possui dentro da ordem jurídica. Em outras palavras, é como se esta correspondesse a uma área reservada na qual cada um pode desenvolver as atividades jurídicas que desejar, sendo a igualdade de situação jurídica dos sujeitos sempre um pressuposto.

Pode-se falar em autonomia da vontade e privada. A primeira é o princípio de direito privado pelo qual o agente tem a possibilidade de praticar um ato jurídico. Já a autonomia privada é o poder que o indivíduo tem de estabelecer as regras jurídicas do seu próprio comportamento. Os dois conceitos são comumente utilizados como sinónimos, mas

---

<sup>31</sup> Para uma contextualização histórica mais adequada do conceito, FRANCISCO DOS SANTOS AMARAL NETO, “A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional”, *BFD n.º especial- Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Ferrer Correia vol. 2*, 1989, pg. 17 e seguintes.

<sup>32</sup> Na Alemanha, o tema começa a aparecer de forma mais constante e com um maior enfoque nas teorias e estudos jurídicos na época do debate da produção do primeiro Código Civil alemão, como se explica melhor em: ANDREAS ABEGG E ANNEMARIE THATCHER, “Review Essay – Freedom of Contract in the 19th Century: Mythology and the Silence of the Sources – Sibylle Hofer’s Freiheit ohne Grenzen? Privatrechtstheoretische Diskussionen im 19. Jahrhundert”, *German Law Journal*, vol. 5, n.º 1, 2004, pg. 105, disponível em [https://static1.squarespace.com/static/56330ad3e4b0733dcc0c8495/t/56b918de7c65e43d5a989144/1454971102689/GLJ\\_Vol\\_05\\_No\\_01\\_Abegg.pdf](https://static1.squarespace.com/static/56330ad3e4b0733dcc0c8495/t/56b918de7c65e43d5a989144/1454971102689/GLJ_Vol_05_No_01_Abegg.pdf) (01.07.2018).

<sup>33</sup> *Cfr.* FRANCISCO DOS SANTOS AMARAL NETO, *ob. cit.*, pg. 12

a autonomia da vontade possui um caráter mais subjetivo e psicológico, enquanto o segundo marca a vontade de uma forma mais objetiva<sup>34</sup>.

A natureza jurídica da autonomia privada é a de poder jurídico que se traduz na possibilidade do sujeito adotar como finalidade, quando atua, a modificação de situações jurídicas subjetivas. Com isto, a autonomia privada se traduz no estabelecimento, conformação e extinção, de forma autónoma, das relações jurídico privadas por parte dos homens, que atuam de acordo com a sua vontade, mas sempre dentro dos limites estabelecidos pela ordem jurídica vigente.

Salienta-se que a autonomia privada, em si objeto de uma garantia fundamental, funda-se na liberdade geral da pessoa<sup>35</sup>, especificamente no sentido de liberdade jurídica. A atuação dos particulares no exercício da sua própria autonomia privada é, deste modo, reconhecida como eficaz pela ordem jurídica<sup>36</sup>.

Neste sentido, o exercício da autonomia privada é uma questão de exercício de poder, que se concretiza com o reconhecimento aos particulares da possibilidade de estabelecerem, por ato de vontade própria, a disciplina jurídica das relações de que participam. Parece claro que esta atuação deve ocorrer dentro dos limites e na esfera de competência conferida pelo ordenamento jurídico. Isto porque se é verdade que a autonomia privada tem como pressuposto a liberdade individual, esta também tem como condição de existência a submissão ao sistema legal<sup>37</sup> em que está ligado. A arbitrariedade individual conhece, portanto, limites; o próprio ordenamento jurídico. A pessoa humana, de acordo com a sua autonomia privada, pode livremente governar a sua esfera jurídica, mas deve conformar as suas relações jurídicas e o exercício dos seus direitos de acordo com o que é reconhecido e permitido pelo sistema de Direito.

Acresce a isto que desde 1916, as Constituições portuguesas apresentam um capítulo que define o estatuto da organização económica da sociedade, acompanhando as

---

<sup>34</sup> Nesta tese, o foco será na autonomia privada, mas, para clareza académica, é válida a distinção e a nota de que não se tratam de sinónimos.

<sup>35</sup> Filosoficamente, a liberdade individual é a possibilidade de opção, como liberdade de fazer ou de livre arbítrio ou ainda, sociologicamente, como ausência de condicionamentos materiais e sociais. Já em termos jurídicos, a liberdade é o poder de fazer ou não fazer, ao arbítrio do sujeito todo o ato não ordenado nem proibido por Lei e, de modo positivo, é o poder que as pessoas têm de optar entre o exercício e o não exercício de seus direitos subjetivos, como exposto em: FRANCISCO DOS SANTOS AMARAL NETO, *ob. cit.*, pg. 15.

<sup>36</sup> *Cfr.* PAULO MOTA PINTO, “O direito ao livre desenvolvimento da personalidade”, in *Portugal-Brasil – ano 2000*, Studia Iuridica, n.º 40, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, páginas n.º 213-214.

<sup>37</sup> A autonomia privada tem a heteronomia da ordem jurídica como sua condição. Heteronomia é um conceito criado por Kant que nos remete para as Leis que recebemos. É um conceito básico relacionado ao Estado de Direito, no qual todos devem submissão à vontade da Lei. A Lei é imposta ao sujeito e é exterior a ele

modernas Constituições, nas quais é comum a existência de disposições que fornecem um conjunto de indicações mais ou menos precisas no que respeita à autonomia privada, ainda quando, como no caso da nossa atual Constituição, este princípio não se encontre expressamente consagrado nas mesmas.

Assim, embora não exista uma norma constitucional que, de forma expressa, defina a autonomia privada, a CRP recebe esta como princípio de valor<sup>38</sup>. O princípio em análise está implicado no conjunto<sup>39</sup> de regras fundamentais sobre a organização e funcionamento da vida económica da sociedade presentes na Constituição.

Pode-se afirmar que esta tutela constitucional decorre do reconhecimento da iniciativa privada, no art. 61º da CRP, em articulação com os artigos 62º e 89º, ambos da CRP, que protegem a propriedade privada, bem como dos normativos que preveem o direito de livre escolha de profissão ou género de trabalho, conforme o art. 47º da CRP. Isto porque estes preceitos normativos demonstram que a Constituição resguarda a liberdade de contratar e que há uma verdadeira garantia no sentido dos cidadãos poderem, no contexto de suas relações jurídico-privadas, realizar escolhas de forma autónoma, embora nos limites legais e de acordo com os princípios do ordenamento.

Também é possível retirar a proteção constitucional da autonomia privada por meio de uma análise do n.º 1 do art. 26º da CRP, uma vez que este enunciado legal consagra o livre desenvolvimento da personalidade, ou seja, implica uma liberdade geral de atuação. Ora, a autonomia privada é um expoente da liberdade. Os indivíduos, no uso do seu direito ao livre desenvolvimento de personalidade, devem poder autonomizar as suas condutas e determinar qual será o seu projeto de vida, da mesma forma que lhes compete em primeira linha harmonizar e ajustar entre si, no uso da liberdade negocial, os seus direitos e interesses<sup>40</sup>. Assim, como enuncia Paulo Mota Pinto, “*da consagração do direito ao desenvolvimento da personalidade pode e deve extrair-se uma tutela constitucional da autonomia privada, e em particular, da liberdade contratual, como uma das suas principais vertentes*”<sup>41</sup>.

Tendo em vista o exposto pode-se afirmar que decorre da conjugação daqueles artigos, bem como de uma leitura uniforme da Constituição, o princípio da autonomia

---

<sup>38</sup>Cfr. VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Almedina, Coimbra, 5ª edição, 2012, pg. 242.

<sup>39</sup> Na chamada “Constituição económica”, parte da Carta Fundamental.

<sup>40</sup> Cfr. SANDRA PASSINHAS, *ob. cit.*, pg. 72.

<sup>41</sup> Cfr. PAULO MOTA PINTO, “*Direito ao livre ...*”, *ob. cit.*, pg. 214.

privada e o inerente princípio da liberdade contratual<sup>42</sup>. Assim, a modelação da autodeterminação individual pelo Direito Civil só corresponderá às exigências constitucionais se reservar à autonomia privada um campo de atuação adequada e não previr limitações excessivas a este.

De acordo com o *supra* exposto, afirma-se que a autonomia privada consiste num poder que é reconhecido pela ordem jurídica, e que confere aos particulares a autorregulamentação do conjunto das relações jurídicas de que são titulares. É, portanto, um poder de autodeterminação. Os sujeitos jurídico-privados podem, assim, no domínio da sua convivência com outros, determinar as regras das suas respetivas relações jurídicas, que se manifestam no negócio jurídico, mas também no poder de livre exercício dos seus direitos ou do livre gozo dos seus bens.

Ainda, o poder de autodeterminação é anterior a qualquer relação jurídica do sujeito jurídico-privado. Este existe tanto para que se possa adquirir direitos subjetivos como para se assumir deveres ou suportar certas imposições<sup>43</sup>. A autonomia como que se realiza nos direitos subjetivos e na possibilidade de celebração de negócios jurídicos<sup>44</sup>.

Os indivíduos são livres para praticarem factos jurídicos, os quais, por integrarem previsões normativas, geram, conseqüentemente, efeitos jurídicos. Este poder de autodeterminação do sujeito privado permanece como a essência do negócio jurídico, particularmente dos bilaterais, mas também das declarações unilaterais de vontade, sendo que no campo das sucessões ressalta-se o testamento como manifestação da autonomia privada. Nos negócios jurídicos unilaterais as restrições impostas à autonomia são acentuadas, embora esta não seja totalmente eliminada. Mesmo no testamento, em que há, comparativamente, maior autonomia, existem rígidas delimitações, como consta dos artigos 2156º, 2186º, 2192º e 2198º.

Na sede dos negócios bilaterais, é necessário evidenciar a liberdade contratual, expressamente consagrada no art. 405º do Código Civil. Este princípio normativo é a concretização de uma aplicação direta da autonomia privada neste âmbito, sendo a sua manifestação mais significativa. Tal disposição legislativa consagra explicitamente a

---

<sup>42</sup> Essa opinião não é consensual na doutrina, como pode ser verificado em: NUNO MANUEL DE OLIVEIRA E BENEDITA MAC CRUIRE, “O princípio da igualdade no direito europeu dos contratos: as Diretivas 2000/43/CE e 2004/113/CE”, *O Direito* n.º 138 (2006), pg. 1090 e 1091.

<sup>43</sup> *Cfr.* ORLANDO DE CARVALHO, *ob. cit.*, pg. 114.

<sup>44</sup> *Cfr.* CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, Reimpressão da 4ª edição, 2012, pg. 103.

liberdade de modelação e de fixação do conteúdo contratual, mas podemos também falar na liberdade de celebração dos contratos, que surge implicitamente deste artigo.

A liberdade de modelação do conteúdo contratual é a faculdade que as partes contratuais possuem de fixar, de forma livre, o conteúdo dos negócios jurídicos bilaterais, sendo certo que é possível a celebração de contratos típicos e atípicos.

Como referido, a liberdade contratual está expressamente consagrada no art. 405º do CC, sendo importante ressaltar que este artigo faz logo referência a possibilidade de restrições, por utilizar o termo “*dentro dos limites da Lei*”.

Por sua vez, a liberdade de celebração dos contratos pode ser definida como a faculdade de livremente realizar negócios jurídicos bilaterais ou de recusar a sua celebração. Em regra, uma pessoa não pode ser obrigada a celebrar um contrato que não deseja e nem receber qualquer sanção por essa escolha. A abstenção de contratar também não pode ser imposta. Este é uma decorrência do art. 405º, pois ter a faculdade de impor livremente o conteúdo dos contratos implica poder decidir pela celebração ou não deste.

De forma excepcional, o ordenamento jurídico pode impor um dever jurídico de contratar, proibir a celebração de contratos com determinadas pessoas (como previsto nos artigos 877º e 953º) e sujeitar o contrato a uma autorização de outrem (artigos 1682º/ 1 e 3, 1682º-A e 1682º-B)

### **3.2 Limites inerentes**

Com a superação do liberalismo clássico, devido a uma sempre constante evolução da sociedade e das teorias jurídicas e económicas subjacentes, o conceito em questão teve que se adaptar. Hoje, há maior prioridade para os interesses gerais do que existia na época do surgimento do Código Civil francês, embora já tenham também decorrido na história recente momentos de maior intervencionismo estatal. De forma que alguns autores defendem que a autonomia privada perdeu o seu absolutismo<sup>45</sup>. Contudo tal afirmação tão fatalista parece exagerada, pois o seu papel como princípio básico da ordem jurídica privada persiste.

A questão que se coloca é apenas a da necessidade da imposição de certos limites à autonomia privada para que seja possível a proteção de certos interesses gerais, que pela sua magnitude, merecem esta tutela. De facto, sempre houve alguma forma de limitação<sup>46</sup> nesta área, pois a autonomia privada, mesmo no ápice de um Estado liberal, pautado pelo

---

<sup>45</sup> Cfr. FRANCISCO DOS SANTOS AMARAL NETO, *ob. cit.*, pg. 24

<sup>46</sup> Como pode ser atestada na análise histórica existente em: ANDREAS ABEGG E ANNEMARIE THATCHER, *ob. cit.*

individualismo, tinha de obedecer, ao menos, à ordem pública. Isto é, os contratos, mesmo numa ótica liberal individualista, sempre tiveram como limite objetivo, na sua formulação pelas partes, a ordem pública.

Portanto, percebe-se que esta não é uma situação inédita, embora hoje tenha outros contornos<sup>47</sup>. O Estado pode intervir, mas a regra geral continua a ser a de que são os indivíduos os mais capazes para decidirem por si próprios como devem ser suas relações jurídico-privadas, devendo ser livres para contratar, para escolher com quem contratar e para estabelecerem o conteúdo destes contratos.

O conflito basilar da autonomia privada é o da extensão de seus limites. O poder que os particulares possuem de dispor os termos da sua vida não é ilimitado. Assim, as restrições impostas à autonomia privada exprimem a relação entre o indivíduo, que desfruta de significativa liberdade, e o ordenamento jurídico, que, por sua vez, impõe certos comportamentos, tanto por considerar como ilícitas certas ações, como por pretender garantir direitos ao sujeito e exigir obediência a alguns princípios fundamentais.

Desta forma, os limites da autonomia privada possuem relação direta com a posição ideológica do Estado. Em um sistema jurídico-privado fixado de acordo com preceitos do liberalismo económico, em que o Estado só tem a função de garantir as condições de livre desenvolvimento da iniciativa dos particulares, mas sem intervir diretamente no mercado, os limites serão, claramente, mais reduzidos do que em um Estado social, decorrente de um progressivo abandono do ponto de apoio doutrinário e jurídico-constitucional do liberalismo tradicional<sup>48</sup> em favorecimento de um maior intervencionismo. Mesmo com o surgimento de teorias neoliberais e com a Crise de 2008, por muitos apontada como marco da decadência do Estado social, não podemos negar que existe hoje, em comparação com a época de prevalência do liberalismo clássico, um maior intervencionismo. Assim, existe um maior espaço para a imposição de limites à atuação dos privados no contexto jurídico atual.

Logo, limites serão impostos à autonomia privada quando o conteúdo das normas criadas pelos sujeitos, dentro da esfera do seu poder de autodeterminação, entre em conflito com um princípio fundamental do sistema vigente que prevaleça sobre a autonomia privada, também esta um princípio a ser resguardado.

---

<sup>47</sup> Como se pretende expor nos próximos capítulos deste trabalho.

<sup>48</sup> *Cfr.* ORLANDO DE CARVALHO, *ob. cit.*, pg. 110.

Isto porque o Direito deve ser interpretado como um sistema axiológico que deve ser respeitado por todos, tanto sujeito jurídico-privados como entidades públicas, como valor imprescindível<sup>49</sup> e, no que toca ao ordenamento nacional, a dignidade da pessoa humana é o fundamento valorativo basilar de toda a ordem jurídica<sup>50</sup>. Portanto, o sistema jurídico português não pode permitir que um ato jurídico que ofenda aquele princípio estrutural produza efeitos, pois isto seria contrário ao fundamento axiológico que sustenta todo o ordenamento. Assim, defender uma autonomia privada sem qualquer forma de restrição seria permitir que os sujeitos jurídico-privados pudessem desconsiderar a dignidade da pessoa humana, uma vez que nada impediria que as pessoas adotassem medidas que contrariassem a mesma, o que, repete-se em nome da clareza, enfraqueceria todo o sistema normativo.

Portanto, na medida em que se atribua uma maior dimensão social às relações privadas, reduz-se o escopo da autonomia.

No contexto social e jurídico atual, o Direito Civil é pautado pela proteção da pessoa humana<sup>51</sup>, vista esta como membro da sociedade, e não mais do indivíduo, como era na época *máxime* do liberalismo. Isto é consequência da valorização do princípio da dignidade e revela uma tendência social do direito privado que aspira à uma justiça efetiva e que procura corrigir desigualdades factuais das partes, ou seja, que procura fortalecer o poder real de negociar que deve existir entre as mesmas<sup>52</sup>. Isto decorre não só do já mencionado fundamento axiológico do ordenamento português, mas também da adoção de uma noção de igualdade material e não mais de um formal. O Direito, como um todo, é chamado para exercer uma função corretora e de equilíbrio do interesse das partes contratuais e dos diversos setores da sociedade.

Facto é que a noção de que as pessoas possuem condições iguais para gerir os assuntos relacionados com suas vidas privadas, em especial aqueles que produzem efeitos jurídicos, está consubstanciado na própria origem da autonomia privada. *Ultima ratio*, é por causa desta noção de igualdade entre as partes, embora aquando da origem da autonomia privada este conceito era interpretado em seu sentido meramente formal, que se defende a prevalência da liberdade para as pessoas humanas determinarem, com o mínimo possível de intervenção do Estado, suas vidas privadas e a constituição de atos jurídicos.

---

<sup>49</sup> Cfr. ORLANDO DE CARVALHO, *ob. cit.*, pg. 75

<sup>50</sup> Cfr. VIEIRA DE ANDRADE, *ob. cit.*, pg. 255 e 256.

<sup>51</sup> Cfr. ANA MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “Da igualdade ou do tratamento igualitário entre credores: breves considerações”, *BFD* 92, 2016, pg. 371-372.

<sup>52</sup> Cfr. ORLANDO DE CARVALHO, *ob. cit.*, pg. n.º 110 e 111.

A realidade é, contudo, diferente. É manifesto a existência de diferenças acentuadas de poder entre os membros da sociedade, o que se torna nítido ao se analisar o âmbito negocial, em que é comum, em especial na prestação de alguns serviços, uma das partes não ter, materialmente, qualquer poder de negociar.

Devido a evolução do conceito de igualdade de formal para um conceito de igualdade material, se exige uma eliminação dos obstáculos materiais resultantes das diferenças acentuadas de poder entre os indivíduos, para que se consiga que todos mantenham a sua liberdade no momento de emanar uma decisão que produz efeitos jurídicos. Assim, limitar a autonomia privada como forma de garantir uma manifestação de vontade real e livre das partes acaba por ser um mecanismo jurídico capaz de trazer igualdade material para pessoas que, de facto, não são tratadas como iguais pela sociedade ou por alguns elementos desta, seja pela existência de diferenças de poder económico ou por pertencerem a um grupo que enfrenta desvantagens sociais e discriminação.

Neste sentido, as regras de conduta postuladas pela atuação leal, prudente e que contempla os interesses das partes, devem ser característica dos contratos em que há uma negociação entre contratantes que possuem, em igualdade, capacidade de negociar e de emanar sua vontade, estando, portanto, a liberdade contratual, por regra, realmente assegurada. Com maior rigor devem estas regras serem exigidas e asseguradas em contratos em que esta igualdade não se verifica, por forma de procurar garantir que as partes estejam em posições equilibradas, uma vez que só existirá liberdade se ambas as partes conseguirem negociar, ou seja, se conseguirem fazer valer as suas vontades e não sofram imposições que contrariem sua vontade real.

Neste contexto, o princípio da autonomia privada é corrigido com base em critérios materiais. Desde logo, tem-se que as cláusulas gerais do Direito Civil, nomeadamente, a de ordem pública, a ofensa aos bons costumes e a contrariedade à Lei<sup>53</sup> funcionam como limites a autonomia privada<sup>54</sup>. Tais preceitos decorrem do próprio Código Civil e funcionam como níveis autónomos de controlo da validade do contrato, no sentido de possibilitar a observância do mesmo com os preceitos do sistema jurídico. O n.º1 do art. 271º, o n.º 1 do art. 280º e o art. 281º, todos do CC, preveem aquelas três cláusulas gerais em paralelo e

---

<sup>53</sup> Há quem também inclua a boa-fé nesta categoria de cláusulas gerais que limitam a autonomia privada, mas não há unanimidade quanto a esta. Ver, por exemplo: JORGE MORAIS CARVALHO, *Os limites à liberdade Contratual*, Almedina, Coimbra, 2016.

<sup>54</sup> Claro que essas cláusulas gerais não possuem somente essa função, mas nos ateremos aqui ao relevante ao tema em foco.

determinam que estas são fundamento de nulidade do negócio jurídico. Assim, o próprio sistema civil prevê possibilidades de correção das ações dos sujeitos jurídico-privados, de acordo com conceitos materiais. Passa-se a densificar.

As normas de ordem pública constituem um limite ao objeto, ao fim do negócio jurídico ou de uma condição inserida no mesmo, funcionando como uma garantia de que os princípios basilares do ordenamento jurídico serão respeitados pelas partes contratuais. Assim, pode ser definido como o “conjunto dos princípios fundamentais subjacentes ao sistema jurídico, que o Estado e a sociedade estão substancialmente interessados e que prevaleçam e que têm uma acuidade tao forte que devem prevalecer sobre as convenções privadas”<sup>55</sup>. Ainda, só pode ser invocada se for feita referência ao princípio afetado pelo caso concreto, pois não funciona autonomamente.

Tanto a cláusula de ordem pública como a de bons costumes, por serem conceitos indeterminados, devem ser concretizados no caso concreto, sendo certo que variam de acordo com o contexto histórico e cultural da sociedade. Portanto, deve o intérprete no caso judicativo decisório, ponderar os aspetos relevantes do negócio jurídico de acordo com os valores do sistema jurídico, podendo decidir, ou não, pelo desacordo da ação dos privados com o ordenamento.

Por sua vez, a contrariedade à Lei depende da existência de uma norma que determina que tal situação jurídica em causa, que envolve uma ou ambas as partes do contrato, não é permitida. Os contraentes não podem, em nome de sua autonomia privada, agir em total desacordo com normas imperativas, visto que, conforme já enunciado, a liberdade jurídica imanente deste princípio deve respeito ao sistema jurídico no seu todo. Certo é que a contrariedade à Lei não gera automaticamente a invalidade do contrato, pois podem estar previstas consequências diversas na norma ofendida *in casu*.

Cabe ainda falar de uma importante limitação de ordem prática à liberdade de modelação do conteúdo contratual, que é a que se verifica nos contratos de adesão<sup>56</sup>, fenómeno da sociedade moderna de consumo em massa. Se teoricamente aqui não há restrições à liberdade de contratar, uma vez que o sujeito jurídico que deseja a prestação de um serviço pode rejeitar as condições apresentadas, a verdade é que, via de regra, a sua

---

<sup>55</sup> Cfr. ORLANDO DE CARVALHO, *ob. cit.*, pg. 557-558.

<sup>56</sup> *Ibidem*, pg. 113-116.

escolha resume-se a aceitar ou não os termos propostos, sendo que se escolher não aceitar, estará impedido de satisfazer a necessidade que o levou a procurar contratar.

É manifesto que, nesses casos, a parte contratual com mais poder, nomeadamente a prestadora de serviços, impõe os termos contratuais. A outra parte não possui qualquer possibilidade de negociar os termos. Só pode os aceitar ou não contratar.

Assim, de forma a proteger a parte com menor poder, a parte mais fraca, há dispositivos legais<sup>57</sup> sobre o tema que acabam por restringir a autonomia privada em nome de uma justiça contratual e da igualdade material. Esta tendência social aspira à realização de uma ordenação jurídica objetivamente justa na relação entre os contraentes.

Contudo, devido a importância da liberdade contratual e da própria decorrência constitucional da autonomia privada<sup>58</sup>, tais limitações devem ser adequadas e proporcionais, de modo que nunca se suprima totalmente o poder de autodeterminação do sujeito jurídico-privado. Este é um cuidado que o próprio legislador deve ter.

Fundamentalmente, as limitações devem ser proporcionais e deve existir uma adequação entre os meios adotados relativamente aos resultados a obter. Será com base nisto que será realizada a decisão judicativa decisória acerca da validade das limitações que o legislador poderá traçar. Por outro lado, o princípio da proporcionalidade também é um instrumento de limitação do exercício da autonomia privada nas relações entre privados, quando, após uma análise crítica, se entender que a limitação é justificada e proporcional.

Portanto, e de acordo com todo o exposto, a autonomia não pode legitimar a prática de atos que sejam violadores da dignidade da pessoa humana. A autonomia privada possui e deve sempre possuir limites, pois a liberdade de cada indivíduo deve respeitar a do outro. Como diz António Menezes Cordeiro, “*O principal limite imposto à autonomia privada resulta das autonomias dos outros*”<sup>59</sup>. Se, como enuncia Vieira de Andrade<sup>60</sup>, a liberdade é a regra nas relações entre indivíduos iguais, a mesma encontra como limite a dignidade humana, que, por ser conteúdo essencial do direito nunca poder ser violada.

---

<sup>57</sup> Previstas, maioritariamente, na Lei n.º 24/96, de 31 de Julho, que estabelece o regime legal aplicável à defesa dos consumidores e no Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, que institui o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais.

<sup>58</sup> Como exposto no ponto anterior deste trabalho.

<sup>59</sup> Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português, I, Parte Geral, Tomo I*, Almedina, Coimbra, 2005, pg. 396.

<sup>60</sup> Cfr. VIEIRA DE ANDRADE, *ob. cit.*, pg. 255-256.

Disposto que a autonomia privada pode ter limites, sem ser desconfigurada, passa-se a analisar a discriminação como ilícito civil e o evidente conflito com a autonomia privada, em especial quando consideramos, em singelo, a aplicação do princípio da igualdade na relação entre privados.

#### 4. O princípio da igualdade no Direito Civil

*Prima facie*, deve-se dizer que o princípio da igualdade é estruturante do ordenamento jurídico português. O mesmo possui o seu fundamento na igual dignidade social de todos os cidadãos. De acordo com Gomes Canotilho e Vital Moreira, o sentido imediato da igualdade social de todos os cidadãos consiste na proclamação da idêntica validade cívica de todos, o que, conseqüentemente, conduz a proibição, desde logo, de formas de tratamento discriminatórias<sup>61</sup>.

Parece fundamental, no âmbito do assunto em discussão, a questão da aplicação do princípio da igualdade, *supra* resumidamente delineado, nas relações entre privados, na qual ambas as partes são titulares de direitos constitucionalmente protegidos, o que por si só já impõe um tratamento diferente do que ocorre entre autoridades públicas e sujeitos jurídico-privados.

Para<sup>62</sup>Gomes Canotilho e Vital Moreira, o problema da eficácia do princípio da igualdade nas relações privadas resume-se a saber se é possível um princípio objetivo da ordem constitucional ser transformado em um do direito privado. O princípio da igualdade, por ser essencial no contexto constitucional, é um princípio informador de toda a ordem jurídica e a sua transposição para a ordem jurídica privada exige certas adaptações, para que se não destrua as especificidades das relações existentes entre os sujeitos jurídico-privados.

Neste contexto, para aqueles autores, a vinculação do direito privado ao princípio da igualdade ocorre em três dimensões. A primeira configura-se pela proibição de discriminação com base nas categorias subjetivas constitucionalmente proibidas, tais como as enumeradas no n.º 2 do art. 13º, em qualquer ato ou negócio jurídico. Deste modo o princípio da igualdade funciona como um limite externo da liberdade negocial, podendo determinar autonomamente a invalidade de atos ou negócios jurídicos que o infringam ou sendo o fundamento da existência de um direito à reparação do dano. Em segundo lugar, o princípio em questão impõe um dever de tratamento igual por parte dos que são titulares de posições de poder social, sejam indivíduos ou organizações, vinculando os seus poderes normativos. Por fim, propugnam pela aplicação geral do princípio da igualdade, mediante exigência de tratamento igual, nas relações com particulares que exploram serviços ou

---

<sup>61</sup> Cfr. VITAL MOREIRA e JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *Constituição da República Portuguesa - Anotada - Volume I - Artigos 1º a 107º*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pg. 337-338.

<sup>62</sup> *Idem*.

estabelecimentos abertos ao público. Em qualquer uma dessas três dimensões, embora exista uma evidente limitação da autonomia privada, a mesma não pode ser danificada ao ponto de não possuírem os sujeitos jurídico-privados qualquer liberdade.

Para Vieira de Andrade<sup>63</sup>, nas relações privadas o princípio da igualdade não deve ser aplicado enquanto proibição do arbítrio, pois a vida privada dos indivíduos exige um espaço para a espontaneidade. Porém, tal já deverá ser aplicado, mesmo entre iguais, enquanto proibição de discriminações, quando a atuação de um privado atinja, de forma deveras grave, a dignidade humana da contraparte, de modo que se verifique uma violação dos seus direitos de personalidade. Acresce-se a isto que o princípio da igualdade de tratamento pode ser imposto por via legislativa, de modo que, caso existam circunstâncias concretas que exijam esse tipo de medida, é juridicamente possível a restrição da liberdade negocial. O que importa para esta análise é que se procure perceber que não há diferenciação por intenção de discriminar, mas que exista uma atuação racional que explique aquela atitude, pese embora que quando estejam em causa as categorias previstas no n.º 2 do art 13º da CRP, sempre será necessária uma fundamentação mais significativa do motivo racional que ocasionou a diferenciação.

Ainda, para Paulo Mota Pinto<sup>64</sup> o princípio da igualdade não pode, no contexto privado, sobrepor-se, de forma genérica, à liberdade geral de ação e à autonomia privado, a não ser em circunstâncias específicas, em que se deve afirmar a ilicitude da atuação discriminatória, como quando ocorre uma lesão de direitos protegidos *erga omnes* ou quando temos uma recusa de atuação igualmente discriminatória, com violação de legítimos interesses do discriminado. Para este autor, a aplicação das normas que consagram direitos fundamentais no âmbito privado deve ocorrer, em primeira linha, através de normas de Direito Civil, quer estas reproduzam o teor das normas constitucionais, quer contenham conceitos indeterminados ou cláusulas gerais, as quais são concretizados segundo uma interpretação conforme a Constituição<sup>65</sup>. Caso não se encontre uma norma adequada ou cláusula geral que possa ser aplicada, o julgador incorre no ónus de argumentar o motivo de não aplicar as normas de Direito Civil e de ter, por isto, recorrido diretamente as normas constitucionais. Além disto, ressalta este doutrinador que o núcleo essencial de direitos

---

<sup>63</sup> Cfr. VIEIRA DE ANDRADE, *ob. cit.*, pg. 255 e seguintes.

<sup>64</sup> Cfr. PAULO MOTA PINTO, *Autonomia...*, *ob. cit.*, pg. 321-326.

<sup>65</sup> Na mesma linha de pensamento: CARLOS ALBERTO DE MOTA PINTO, *ob. cit.*, pg. 72 e seguintes.

constitucionais correspondente a dignidade da pessoa humana também possui como destinatário os particulares.

António Menezes Cordeiro, embora ressalte as consequências na sociedade da discriminação em áreas socialmente sensíveis, historicamente marcadas por preconceitos, afirma que não há regra geral em Direito Civil que imponha a igualdade, devendo a autonomia privada prevalecer, por ser necessário que a contratação e as relações entre privadas terem como característica fulcral o livre arbítrio <sup>66</sup>.

Dito isto, consegue-se concluir que, a partir da opinião da doutrina *supra* referenciada e do que já foi até aqui exposto, o princípio da igualdade não deve ser aplicado na esfera privada da mesma forma e medida que o é na pública. Os sujeitos jurídico-privados não devem ser constrangidos pelo princípio constitucional da igualdade da mesma forma que as autoridades públicas o são.

Neste sentido, a posição tradicional é a de que a autonomia privada, no sistema privado, prevalece sobre o princípio da igualdade. Uma pessoa deve ser livre para escolher com quem quer contratar e pode decidir favorecer uma pessoa que possui uma certa característica, sem que lhe seja exigido um qualquer fundamento racional para tanto. No caso de uma pessoa que, ao receber propostas de duas pessoas diferentes, faz a sua escolha baseada no facto de que um dos proponentes pertence a sua mesma freguesia, tem-se que o outro, o que não foi escolhido, foi discriminado por não possuir aquela característica – a mesma naturalidade-, mas não deve-se considerar esta uma violação do princípio constitucional da igualdade. Não é possível que se imponha critérios de escolha objetivos ou racionais que nunca possam ser contrariados pela vontade, pois a possibilidade de distinguir e diferenciar está no âmbito do exercício da autonomia privada e da essência da pessoa humana.

Por outro lado, entende-se que o Direito Civil não deve ser interpretado de acordo com uma ótica puramente liberal, em que o foco é o indivíduo, mas sim como um sistema que tutela a pessoa humana. Neste sentido, devem também os direitos fundamentais vincular os privados nas relações que estabelecem entre si, embora seja necessária uma adaptação para a transposição destes para este campo. Prova disto é que muitos dos direitos

---

<sup>66</sup> Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português II - Parte Geral - Negócio Jurídico*, Almedina, Coimbra, 2017, pg. 529 a 535.

fundamentais possuem correspondência com direitos especiais de personalidade e alguns que não possuem podem obter tutela civilística por meio do direito geral de personalidade<sup>67</sup>, nomeadamente o princípio da igualdade<sup>68</sup>. Além disto, é importante salientar que o sistema jurídico privado deve, da mesma forma que todo o ordenamento, obediência à Constituição, sendo necessária uma comunicação entre a esfera civil e constitucional, embora nunca uma identidade completa entre os dois campos<sup>69</sup>.

Do *supra* exposto, pretende-se concluir que o princípio da autonomia privada, na sua vertente de liberdade negocial, que possibilita escolher com quem se deseja contratar, deve prevalecer sobre o princípio da igualdade. Deste modo, a imposição de regras que obriguem um tratamento igualitário entre as pessoas humanas fere a autonomia privada e não é natural da essência humana que é, por si, arbitrária, que é racional e emocional na mesma medida.

Por outro lado, não deve ser lícito a assunção de um comportamento discriminatórios que resulte na violação da dignidade da pessoa humana do outro, porque este é o princípio axiológico de todo o sistema jurídico português.

Posto isto, entende-se que quando existe uma violação patente da dignidade da pessoa humana não é legítima a argumentação jurídica da primazia da liberdade contratual, pois, nestes casos, o que temos é um abuso de liberdade que é, portanto, ilícito. Existirá nestes casos, conforme se procurará enunciar, violação de direitos absolutos daquele que é discriminado.

É neste sentido que defendemos que medidas como as citadas Leis que proíbem a discriminação e possuem aplicação em sede de relações privadas não são verdadeiras limitações à autonomia privada, nem ferem de morte esta<sup>70</sup>. Na verdade, essas Leis procuram garantir que as partes estejam a contratar com uma igualdade real, material, que é, como já

---

<sup>67</sup> O que será explorado no próximo capítulo.

<sup>68</sup> Como já referido, conseguimos, de acordo com a posição de CAPELO DE SOUSA identificar a igualdade como bem jurídico da personalidade tutelado pelo direito geral de personalidade - *Cfr.* RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra editora, 2011, pg. 288 - 294.

<sup>69</sup> *Cfr.* ANA MAFALDA MIRANDA BARBOSA, "Da igualdade ou do tratamento igualitário entre credores: breves considerações", *BFD* 92, 2016, pg. 371-372.

<sup>70</sup> Sobre a transposição das diretivas europeias e o aparente risco para autonomia privada, ver: EDUARD PICKER, "Anti-discrimination as a Program of Private Law?", *German Law Journal*, vol. 4, n.º 8, 2003, pg. 771-784, disponível em [https://static1.squarespace.com/static/56330ad3e4b0733dcc0c8495/t/56b96a1e20c6479dd7f281b9/1454991902559/GLJ\\_Vol\\_04\\_No\\_08\\_Picker.pdf](https://static1.squarespace.com/static/56330ad3e4b0733dcc0c8495/t/56b96a1e20c6479dd7f281b9/1454991902559/GLJ_Vol_04_No_08_Picker.pdf) (21.06.2017). Ora, como se pretende evidenciar, não concorda-se com os receios deste autor.

foi referido<sup>71</sup>, inseparável do conceito de autonomia privada<sup>72</sup>. Assim, a legislação anti discriminação funciona como uma forma de garantir a sobrevivência e atualização da autonomia privada em uma sociedade em que é patente a existência de desigualdades de poder entre os particulares, que violam a dignidade da pessoa humana. No contexto atual, não basta uma igualdade formal, mas sim uma material, consequência, não só da necessidade de se garantir o equilíbrio de forças entre as partes contratantes, como também pela dignidade da pessoa humana que é reconhecida de igual forma a ambas as partes e a qual o negócio jurídico não pode violar.

Assim, a liberdade contratual só pode existir, realmente, até ao ponto que a dignidade da pessoa humana esteja verificada entre os sujeitos jurídica-privada<sup>73</sup>. O que as Leis citadas determinam como ilícito é, como já enunciado, o abuso da liberdade, ou seja, o exercício da liberdade que exceda manifestamente a boa-fé, ao ponto de violar a dignidade da pessoa humana do outro e que, sempre se dirá, é ilícita nos termos do art. 334º do CC.

Contudo, a verdade é que o campo do Direito Civil é aquele em que os indivíduos possuem maior liberdade e até, diga-se, certa arbitrariedade para atuarem. As ações humanas são determinadas pela vontade individual e não somente pela razão<sup>74</sup>, de modo que não deve se procurar impor que os cidadãos sempre atuem de maneira puramente racional em suas vidas privadas, seguindo uma noção do que é moralmente correto. A possibilidade de distinguir e diferenciar está no âmbito do exercício da autonomia privada e se assim não o fosse, a vida jurídico-privada seria marcada por “*extrema rigidez, inautenticidade e irrealismo, de todo o ponto indesejáveis*”<sup>75</sup>.

Não parece realista querer impor o princípio da igualdade na relação entre pessoas humanas. Muitas das escolhas feitas por sujeitos jurídico-privados são arbitrárias ou conduzidas por sentimentos e não puramente pela racionalidade. Como falar em igualdade se as pessoas, no seu dia-a-dia, simplesmente não se entendem como iguais?

---

<sup>71</sup> Ideia que foi melhor analisado no capítulo anterior.

<sup>72</sup> Cfr. ANA MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “Da igualdade ou do tratamento igualitário entre credores: breves considerações”, *ob. cit.*, pg. 373.

<sup>73</sup> Cfr. ANA MAFALDA MIRANDA BARBOSA e JOÃO PEDRO SILVA RODRIGUES, *ob. cit.*, pg. 349-350.

<sup>74</sup> O que se traduz no brocardo em latim “*sit pro ratione voluntas*”, que significa que a vontade sirva de razão, sendo este um verso do autor Juvenal que demonstra até onde podem ir a arbitrariedade das pessoas que preferem impor o seu ponto de vista mesmo com prejuízo próprio ou de terceiros.

<sup>75</sup> Cfr. CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *ob. cit.*, pg. 75.

O princípio da igualdade não pode ser simplesmente transposto para o âmbito do Direito Civil. Isto desconfiguraria a estrutura do sistema privado, além de ser, como se procurou mostrar, impraticável. Assim, o princípio da igualdade, após as necessárias adaptações, deve ser compreendido, no âmbito deste presente trabalho<sup>76</sup>, na sua vertente negativa de proibição de discriminação. Todas as pessoas possuem a mesma dignidade e é no sentido de proteção desta que devemos compreender a aplicação do princípio da igualdade no Direito Civil, uma vez que tanto aquele princípio como o plano civilístico da liberdade contratual são eticamente fundados no mesmo, na dignidade ética do ser humano<sup>77</sup>.

Em regra, a autonomia privada prevalece sobre a questão da igualdade no Direito Civil, em especial na esfera contratual, mas não deverá ser considerada lícita uma atuação que atente contra a dignidade humana.

Todas as pessoas possuem a mesma dignidade e é no sentido de proteção desta que deve-se procurar alcançar uma solução que, de acordo com a estrutura do sistema civil e constitucional, evite os abusos de liberdade e que, consequencialmente, não permita atuações contrárias à dignidade da pessoa humana.

O que defende-se portanto, não é a justificação da ilicitude da discriminação, em âmbito civilístico, por violação do princípio constitucional da igualdade, mas sim, como tentará se argumentar no próximo capítulo, por violação de direitos absolutos.

Afinal, não parece necessário que se recorra diretamente à Constituição para socorrer a dignidade dos indivíduos em sede de Direito Civil, visto que o próprio sistema privado possui ferramentas para garantir, de acordo com os princípios e normas constitucionais que, de acordo com a hierarquia do ordenamento jurídico, devem guiar todo o sistema e sendo claro que não pode uma Lei civil ser inconstitucional. Como já afirmado, é a própria Constituição que diferencia o princípio da igualdade da proibição da discriminação. Não é válido justificar a ilicitude civil da discriminação por aquele princípio. Há forma mais coerente com o sistema de o fazer, conforme agora procurará se explicar.

---

<sup>76</sup> Diz-se no âmbito deste trabalho porque existem outras áreas em que o sentido é diferente, como entre credores. O princípio da igualdade entre credores está consagrado no art. 194º, n.º 1 do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas e não afasta a possibilidade de distinções entre nas mesmas circunstâncias, desde que exista uma justificação objetiva para tanto, tendo em vista uma adequada e necessária ponderação de todos os interesses em confronto. Sobre a igualdade neste campo, ter em linha de conta: ANA MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “Da igualdade ou do tratamento igualitário entre credores: breves considerações”, *ob. cit.*

<sup>77</sup> *Cfr.* ANA MAFALDA MIRANDA BARBOSA E JOÃO PEDRO SILVA RODRIGUES, *ob. cit.*, pg. 348.

Assim, a solução aqui proposta passa por perceber que o abuso da liberdade não deve ser tolerado como justificção para a discriminação entre sujeitos jurídico-privados, sendo o fundamento disto a dignidade da pessoa humana e não a transposição do princípio da igualdade para as relações civilísticas, sendo certo que o ordenamento jurídico-civil basta para tutelar a ilicitude da discriminação, sem que se desconfigure a autonomia privada, que permanece base do Direito Civil.

## 5. A Discriminação como ilícito civil

### 5.1 O Direito a não Discriminação

O Direito é um sistema axiológico, o qual as pessoas devem respeitar como valor imprescindível<sup>78</sup>, sendo que o fundamento valorativo basilar de toda a ordem jurídica é a dignidade do homem<sup>79</sup>. Portanto, o ordenamento jurídico, visto no seu todo, não pode permitir que ofensas à dignidade de uma pessoa sejam válidas, pois admitir a licitude deste comportamento jurídico seria enfraquecer o fundamento axiológico que sustenta todo o sistema jurídico, o que, em si, é uma contradição fundamentalmente irracional.

Além disto, o sistema jurídico civil deve ser compreendido como um conjunto de normas e princípios que regulam as relações entre os sujeitos jurídicos-privados e que tem como pressuposto a proteção da pessoa humana e da sua dignidade.

Neste contexto, será precisamente no âmbito da defesa da dignidade de cada pessoa - sendo certo que esta não é uma qualidade ou uma substância que possa ser diminuída, mas sim um facto institucional - que o sujeito encontra proteção contra a discriminação. Defende-se, assim, que existe um direito a não ser discriminado, que é violado quando, por causa de uma qualidade pessoal, uma pessoa recebe um tratamento que agride o que esta possui de mais basilar; a sua dignidade. Quando isto ocorre, há a violação de um direito de personalidade.

Isto porque o bem da personalidade humana *jus* civilisticamente protegido abarca toda a essência da pessoa humana, a forma de se relacionar consigo próprio e com a sociedade ao seu redor, incluindo aspetos morais e psicológicos. A pessoa, no seu todo, é o bem jurídico que deve ser protegido pelos direitos de personalidade. Segundo Rabindranath Capelo de Sousa<sup>80</sup>, a Lei tutela cada homem em si mesmo, concretizado na sua específica realidade moral, o que inclui sua humanidade e individualidade, de forma abrange-se o direito de cada um à diferença e à uma conceção e atuação moral própria. Ainda, como define Pedro Pais de Vasconcelos<sup>81</sup>, a tutela subjetiva de personalidade é o direito subjetivo absoluto que cada um tem de defender a sua dignidade enquanto pessoa, sendo certo que cada individuo possui a mesma dignidade e merece, por consequência disto, a mesma defesa desta.

---

<sup>78</sup> Cfr. ORLANDO DE CARVALHO, *ob. cit.*, pg. 75

<sup>79</sup> Cfr. VIEIRA DE ANDRADE, *ob. cit.*, pg. 255-256.

<sup>80</sup> Cfr. RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *ob. cit.*, pg. 116.

<sup>81</sup> Cfr. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Direitos de personalidade*, Almedina, Coimbra, 2014, pg. 53 e ss.

Assim, falar sobre o direito à não discriminação exige que, necessariamente, se avalie em que medida um tratamento que diferencia uma pessoa está a violar um direito, ou seja, em que medida é contrário ao ordenamento jurídico, *ultima ratio* exige a análise da ilicitude daquela atuação discriminatória.

Logo, procurará se argumentar que uma conduta possuirá o carácter de ilícita quando ferir um direito absoluto, nomeadamente um direito de personalidade, ou seja, quando e se existir uma ofensa a um bem da personalidade *jus* civilisticamente considerado.

## **5.2 Direitos de personalidade e a ilicitude da discriminação**

*Prima facie*, cabe estabelecer que todas as pessoas, individualmente consideradas, são sujeitos ativos das relações jurídicas que possuem como objeto imediato o bem jurídico de sua própria personalidade humana<sup>82</sup>. Também é importante salientar que uma plena e efetiva proteção da personalidade exige que se reconheça que todos possuem, além de uma igualdade formal, a mesma dignidade social.

Além disto, os direitos de personalidade incidem sobre a personalidade humana globalmente considerada ou sobre o modo de ser da pessoa<sup>83</sup>, sendo certo que a sua natureza é de direitos subjetivos que tendem a ser aplicados nas relações jurídico-civis.

Os bens jurídicos mais fundamentais estão tutelados nos direitos da personalidade, com muitos destes possuindo uma correspondência na Constituição, ou seja, muitos direitos de personalidade são uma adaptação, para o Direito Civil, de preceitos constitucionais.

A proteção conferida pelos direitos de personalidade recai sobre aquilo que é próprio da pessoa humana, o que sempre se reconduzirá a dignidade da pessoa humana. É neste sentido que defende-se que uma atuação discriminatória que atinja de forma intolerável a dignidade da pessoa humana, não deve estar de acordo com o Direito, mesmo se estivermos diante de uma relação entre civis, em que vigora o princípio da autonomia privada.

É manifesto, e já se mencionou o mesmo, que a dignidade da pessoa humana, presente desde logo no art. 1º da CRP, é fundamento axiológico de todo o sistema jurídico português<sup>84</sup>, de forma que não faz sentido que se permita que uma norma ou ato jurídico que

---

<sup>82</sup> Cfr. RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *ob. cit.*, pg. 360.

<sup>83</sup> Cfr.. PAULO MOTA PINTO, “O direito ao livre desenvolvimento da personalidade”, *in Portugal-Brasil – ano 2000*, Studia Iuridica, n.º 40, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, pg. 226.

<sup>84</sup> Cfr VIEIRA DE ANDRADE, *ob. cit.*, pg. 255 e 256.

viole tal princípio fundante permaneça válido, pois isto é contrário àquilo que sustenta todo o ordenamento. Com isto, nestas circunstâncias<sup>85</sup>, há violação de direitos de personalidade.

Os valores fundamentais da Constituição da nossa sociedade, como a igualdade e a dignidade da pessoa humana, são elementos essenciais para a tutela da personalidade, no sentido de que esta – a personalidade - também é tutelada nas suas componentes que envolvem a relação da pessoa com a sociedade, tanto na esfera política, como económica e cultural. Assim, cada pessoa humana individualmente considerada possui o poder de exigir, face aos outros sujeitos jurídicos, uma participação paritária na vida social civil. Como consequência, afirma-se a existência de um direito de não discriminação nas relações civis em razão de características relevantes<sup>86</sup> para a Constituição da personalidade daquela pessoa.

Dito isso, tem-se que não existe um direito especial de personalidade que estabeleça, expressamente, o direito à não discriminação. Isto não significa, contudo, que em uma atuação discriminatória ilícita não exista ofensa a direitos de personalidade, mas a constatação de qual o é vai depender de uma análise casuística, embora seja possível delimitar, ao menos em termos gerais, quais direitos de personalidade que podem estar envolvidos.

Desde logo, é possível estar-se diante uma violação do direito à honra, presente no n.º 1 do art. 26º da CRP e no art. 484º do CC, em que o mesmo aparece como ofensa ao bom nome, e também no n.º 3 do art. 79º do CC. A honra é a dignidade que pertence à pessoa e que é reconhecida a esta por aqueles que estão em seu meio social. Neste sentido, o direito à honra protege a ideia ética que os outros possuem de determinada pessoa. Há um círculo de qualidades morais que não variam entre os sujeitos ativos, nomeadamente a honra pessoal e familiar, pois estas são ligadas diretamente à dignidade humana, ou seja, aqui revelam qualidades, como por exemplo a honestidade, que fazem parte da honra propriamente dita da pessoa, qualidades estas que qualquer pessoa deve ter. Por outro lado, existem círculos que podem variar consoante o grupo em que cada uma das pessoas se insere, bem como conforme estas se integram neste, distinguindo-se aqui o bom nome e reputação, o que inclui a honra deontológica; o crédito pessoal; e o direito ao decoro, que tem como referência

---

<sup>85</sup> Desta mesma opinião, cita-se VIEIRA DE ANDRADE, “ (...) *proibições de discriminações que atinjam intoleravelmente a dignidade humana dos discriminados, máxime, que impliquem violação dos seus direitos de personalidade.*”, Cfr VIEIRA DE ANDRADE, *ob. cit.*, pg. 259. Ainda sobre esta temática ver: PAULO MOTA PINTO, *Autonomia...*, *ob. cit.*, pg. 328-329.

<sup>86</sup> Cfr. RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *ob. cit.*, pg. 398-399.

padrões de comportamento semelhantes aos bons costumes. Assim, estes últimos variam de acordo com o contexto social da pessoa<sup>87</sup>.

Todas as pessoas, simplesmente pelo facto de existirem, possuem direito à honra e a tutela deste envolve a proteção das características morais da pessoa contra a imputação de factos e contra a formulação de juízos ofensivos, sendo que haverá uma violação quando a atuação do outro tenha um sentido depreciativo em relação ao ofendido.

No contexto deste trabalho, pode-se, então, estar perante uma violação do direito à honra quando uma afirmação discriminatória, feita por um determinado sujeito, tenha como resultado a diminuição objetiva da imagem e do valor ético da pessoa que possui certa qualidade pessoal e que foi o objeto deste tratamento ilícito<sup>88</sup>. Procurando concretizar esta ideia, temos que este tipo de ofensa, ilícita por violar o direito à honra, pode ocorrer quando, em um contexto social, aquele que praticou a discriminação revele o motivo para tal, utilizando termos depreciativos e marcados por preconceitos sociais. Certo é que, comumente, não há a revelação da razão pelo qual a pessoa está a sofrer aquele tratamento diferenciador e, por outra via, muitas vezes é somente o facto de a pessoa possuir aquela característica que guia a atitude discriminatória o que, por si só, não lesaria o direito à honra. Uma certa pessoa pode afirmar que não vai contratar com outra por esta ser de determinada religião, mas isso não seria, por si só, um ataque a honra desta. Por outro lado, já existiria violação deste direito de personalidade se o proprietário de um estabelecimento comercial, ao negar a entrada de um possível cliente em seu estabelecimento, afirmasse que o fazia por acreditar que todos que possuem aquela mesma origem étnica, mesma religião, mesma orientação sexual, são notoriamente violentos e não confiáveis e que, portanto, aquele que desejava contratar também possuía essas características. Ou seja, é necessário que seja aposto, publicamente, a característica alvo de um tratamento discriminatório algum elemento que seja capaz de ofender a honra do discriminado e não somente que exista uma mera afirmação que é aquele elemento que a pessoa de facto possui que impede a contratação. A afirmação de uma verdade, de uma característica que o outro possui, por si só, não configura violação do direito a honra.

---

<sup>87</sup> *Cfr.* PAULO MOTA PINTO, “Mecanismos de proteção civil da honra e comunicação social”, *BFD da UM* 29 (2010), pg. 86.

<sup>88</sup> *Cfr.* PAULO MOTA PINTO, *Autonomia...*, *ob. cit.*, pg. 328

Por outra vertente, a atuação discriminatória pode configurar uma forma ilegítima de condicionamento da liberdade do discriminado, que, por previsão constitucional<sup>89</sup>, é um direito de todos. Existem diversas dimensões da liberdade, com a física, a sexual e as liberdades morais. Além disto, a liberdade possui sempre uma vertente positiva e negativa, no sentido de que tanto está resguardado a ação como a omissão, a liberdade de fazer e de não fazer.

Neste sentido, também podemos falar numa dimensão de proteção da discriminação ligado ao direito de liberdade. Primeiro, como este protege a autodeterminação da pessoa humana, podemos afirmar que a escolha de exprimir e praticar suas convicções<sup>90</sup> é expressão da liberdade, bem como o é a escolha por determinada religião, orientação política, por certa crença ou modo de vida. Atitudes que pretendam obrigar uma pessoa a adotar determinada escolha nestas áreas ou que discriminem com base nas escolhas que já foram feitas, se forem acompanhadas, direta ou indiretamente, de elementos de ameaça ou de criação de incómodos acrescidos que objetivamente cerceiem a liberdade de atuação da pessoa, terão como consequência a violação ao direito à liberdade<sup>91</sup>. O necessário para que se recorra a proteção deste direito, em casos de proibição de discriminação, é que a atuação do outro esteja a limitar a liberdade do ofendido, que afete a sua esfera de livre escolha.

Neste âmbito, é manifestamente relevante<sup>92</sup> a análise de dois acórdãos do TJUE de 14 de Março de 2017<sup>93</sup>, relativos ao uso do véu islâmico. Isto porque uma proibição de uso de símbolos religiosos envolve o direito à liberdade, em especial quando, como ocorreu nestes processos, o discriminado é constrangido a abandonar a característica em questão, ou ao menos de mostrar sinais visíveis desta.

Em ambos os acórdãos, estava em discussão o despedimento de uma funcionária, muçulmana, que usava o véu no local de trabalho e procurou-se determinar se era

---

<sup>89</sup> Art. 27.º da CRP

<sup>90</sup> O que inclui, em uma vertente negativa, também o direito de não praticar qualquer convicção religiosa.

<sup>91</sup> *Cfr.* PAULO MOTA PINTO, *Autonomia...*, *ob. cit.*, pg. 329.

<sup>92</sup> Relembra-se que este trabalho não cinge-se a uma análise do direito laboral, pelo que não se adentrará nas especificidades do mesmo. A intenção, com a análise destes dois acórdãos, muito discutidos e relevantes no contexto jurídico e social atual, é concretizar como é possível que exista discriminação ilícita por violação do direito à liberdade, enquanto direito de personalidade.

<sup>93</sup> Acórdão do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA, de 14 de março de 2017, processo n.º C 188/15, Asma Bougnaoui, Association de défense des droits de l'homme (ADDH) contra Micropole SA, disponível em <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=188853&pageIndex=0&doclang=pt&mode=-lst&dir=&occ=first&part=1&cid=76358> (04.07.17).

discriminatória a proibição do uso deste elemento religioso, bem como qual seria a natureza da possível discriminação, se direto ou indireta.

Destes dois acórdãos, proferidos no mesmo dia, é possível se retirar algumas conclusões. O TJUE entendeu que não será discriminação direta uma regra geral de empresa que proíba a todos, sem assentar em preconceitos, o uso de símbolos religiosos, por possuir uma política de neutralidade, ou seja, por existir um argumento racional e que, em si, também emana uma posição, válida e proporcional, do empregador. Pelo contrário, caso se demonstre que a proibição implica uma desvantagem específica para um grupo, é possível que exista discriminação indireta, embora esta possa ser justificada pela vontade de prosseguir uma política de neutralidade, em que a ideia seja a que não se pretende adotar qualquer posição quando a uma característica como, no caso, a religião. Os meios utilizados para que se atinjam o mesmo devem ser proporcionais e, caso a justificação seja válida, não existirá ilicitude. Por outro lado, a vontade do empregador em realizar o desejo dos clientes não pode ser considerada como requisito essencial que justifique a discriminação. Um requisito financeiro não é suficiente, e nem deve ser em um sistema que valoriza a pessoa humana para justificar uma violação de um direito de personalidade.

Contudo, a verdade é que a imposição de uma noção de neutralidade nunca afetará a todos da mesma maneira. Nas conclusões da Advogada-Geral sobre o Processo C-157/15<sup>94</sup>, Juliane Kokott aponta que, quando se adota esse tipo de estratégia, são afetados da mesma forma todos que desejem exprimir, por meio de seu vestuário, a sua posição, que pretendem demonstrar a sua característica. Não parece que tal afirmação corresponda à verdade material. Ora, a questão fulcral é que um ateu convicto ou alguém politicamente ativo pode não exibir, em determinados momentos, sinais de suas escolhas, consegue reservar essas manifestações mais claras para situações de sua vida privada, sem grandes prejuízos para a integridade de suas convicções. O mesmo não pode ser afirmado para todas as pessoas que adotam determinada religião ou culto. Além das mulheres que usam o véu islâmico, pode-se ainda falar dos homens que seguem o siquismo e usam um *dastar* (turbante), ambos elementos visíveis aos demais e que são, para os que os usam, imprescindíveis para o exercício de suas convicções religiosas. Um cristão pode, facilmente, ocultar uma cruz que

---

<sup>94</sup>Conclusões da ADVOGADA GERAL JULIANE KOKOTT, Tribunal de Justiça da União Europeia, apresentadas em 31 de maio de 2016, processo n.º C-157/15, disponível em [http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62015CC0157&lang1=pt&type=TXT&ancre=\(05.07.17\)](http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62015CC0157&lang1=pt&type=TXT&ancre=(05.07.17)).

carregue, mas o mesmo não pode ser dito sobre o *hijab*, por exemplo, e não parece existir aqui qualquer comparação viável com uma pessoa que não possua qualquer convicção religiosa, ou mesmo uma que defenda, convictamente, o ateísmo. De facto, para as trabalhadoras autoras dos processos que resultaram nos pronunciamentos *supra* referenciados do TJUE, a política de neutralidade da sua entidade empregadora, que se manifestou, no caso concreto, na proibição do uso do véu, se apresentou como uma escolha entre a manutenção do vínculo laboral e a integridade de suas convicções religiosas. Em ambos os casos, é possível identificar, especificamente, a violação do direito da liberdade, enquanto direito de personalidade que tutela a proibição da discriminação<sup>95</sup>.

Apesar do *supra* exposto, parece razoável afirmar que muitas situações de discriminação, na esfera da relação entre privados<sup>96</sup>, não podem ser subsumíveis a um dos direitos especiais de personalidade mencionados.

Concretamente, relatórios da Agência de Direitos Fundamentais da União Europeia<sup>97</sup> apontam para a ocorrência de discriminação na prestação de serviços de saúde, por meio de imposição de maiores dificuldades para o acesso aos cuidados de saúde para grupos desfavorecidos e também por uma diferença na qualidade do serviço. Releva imensamente para esta diferença de tratamento barreiras linguísticas e culturais. Como consequência disto, muitos utentes têm sua dignidade afetada quando do contacto, na comunicação e interação com profissionais de saúde, simplesmente por professarem uma religião diferente da maioria, por serem imigrantes ou por possuírem alguma deficiência<sup>98</sup>.

Acresce a isto que no sector da habitação é possível encontrar casos de discriminação. A título de exemplo, na Polónia mulheres grávidas ou com filhos pequenos encontram dificuldade em arrendar uma casa, pois os proprietários dos imóveis entendem que, em comparação a um homem ou mulher não grávida ou com filhos, será mais complexo

---

<sup>95</sup> O que não significa, necessariamente, que a discriminação foi ilícita. Primeiro, parece que, em ambos os casos, a discriminação foi indireta, pois resultou da aplicação de um critério teoricamente neutro, mas que afetou de forma significativa um grupo em especial, como se procurou mostrar. A questão fundamental para se determinar a ilicitude resulta no facto desta discriminação indireta poder ser, por meio de meios proporcionais e adequados, ser justificada. O TJUE entendeu, corretamente, que no Processo 188/15 a justificação apresentada, que foi a de realizar o desejo dos clientes, não era suficiente. No caso do Processo 157/15 entendeu que a imposição de uma política de neutralidade era uma justificação adequada.

<sup>96</sup> E não na relação laboral.

<sup>97</sup> Cfr EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS, “*Inequalities and Multiple Discrimination in access to and quality of healthcare*”, Áustria, 2013, disponível em <http://fra.europa.eu/en/publication/2013/inequalities-and-multiple-discrimination-access-and-quality-healthcare> (01.07.2018)

<sup>98</sup> Pior será, é claro, quando a pessoa apresenta mais de uma dessas características, ou seja, quando, por exemplo, possui alguma deficiência e é imigrante.

proceder com o seu despejo, caso este seja necessário, motivo pelo qual escolhem não contratar<sup>99</sup> com mulheres nestas situações.

Não parece possível, via de regra, reconduzir as situações *supra* expostas a um dos direitos especiais de personalidade citados. Contudo, temos aqui uma discriminação que viola a dignidade daqueles que a sofrem. Há uma lesão da integridade da personalidade dos ofendidos. Neste contexto, defender-se-á o recurso à tutela do direito geral de personalidade.

Retira-se a previsão deste direito do n.º 1 do art. 70º do CC, uma vez que nesta norma existe a positivação da tutela geral da personalidade. Não é possível para o legislador, *a priori*, prever todas as possíveis ofensas à personalidade humana, mas é necessário que se garanta que a dignidade da pessoa humana de cada sujeito jurídico-privado, que é frequentemente agredida, possa ser defendida.

O direito geral de personalidade possibilita precisamente isto, pois permite a existência de um mecanismo capaz de abarcar os possíveis meios de ofensa a dignidade que possam vir a surgir com o desenvolvimento da sociedade. A realidade social se desenvolve de forma mais dinâmica, comumente, do que o direito positivo consegue acompanhar e a vida em sociedade é muito mais ampla do que se pode prever. A existência e defesa de um direito geral de personalidade permite que a evolução natural da sociedade seja acompanhada por uma tutela jurídica adequada. Como diz Orlando Carvalho<sup>100</sup>, reconhecer um direito geral de personalidade permite proteger, de forma eficiente, todas as manifestações previsíveis e imprevisíveis da personalidade humana.

É preciso salientar que o direito geral de personalidade não exclui aqueles direitos que possuem especial previsão em Lei, nem o contrário é verdade. O direito geral de personalidade tutela a personalidade visto em seu todo, sendo certo que esta é como se fosse constituída por diversos elementos, que embora até consigam ser autonomizados, como no caso do bem da integridade física ou do bem à vida, todos, juntos, constituem a personalidade, que é ilimitável e complexa. Assim, as diversas dimensões da personalidade

---

<sup>99</sup> Exemplo retirado de AILEEN MCCOLGAN e SUSANNE BURRI, *ob. cit.*, pg. 7. Outra análise da discriminação existente neste sector, mas em relação à comunidade Roma pode ser visto no relatório da agência FRA, EUROPEAN ANION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS, “*Housing discrimination against Roma in selected EU member states - an analysis of EU-MIDIS data*”, Áustria, 2009, disponível em <http://fra.europa.eu/en/publication/2012/housing-discrimination-against-roma-selected-eu-member-states-analysis-eu-midis> (01.07.2018).

<sup>100</sup> *Cfr.* ORLANDO DE CARVALHO, *ob. cit.*, pg. 203.

estão resguardadas pelo direito geral de personalidade, ao mesmo tempo em que os direitos de personalidade especiais tutelam dimensões específicas deste todo.

Neste contexto, no caso de uma possível ofensa à personalidade humana, primeiro se deve procurar as normas especiais de Direito Civil ou com efeitos nas relações *jus* civilísticas que regulam a matéria. Se o caso concreto estiver abrangido por uma norma que consagre um direito especial de personalidade, é esta que deve ser aplicada. Assim, não se pode falar que existe um concurso entre os vários direitos especiais e o direito geral de personalidade, apenas poderá existir um conflito quando, no caso concreto, existam violações, por causa do mesmo ato, de zonas múltiplas da personalidade, umas tuteladas especialmente na Lei e outras abrangidas pelo direito geral de personalidade <sup>101</sup>.

Temos que o objeto tutelado no art. 70º do CC, e, portanto, do direito geral de personalidade, é “*o próprio ser do indivíduo humano concreto*”<sup>102</sup>, sendo considerado tanto a sua dimensão física como a moral. Não serão, contudo, todos os elementos humanos enquadrados nesta tutela civil, pois caso assim o fosse este direito seria tão amplo que perderia seu sentido, se confundiria com verdadeira proteção de uma arbitrariedade plena da pessoa. A proteger tudo não se protegeria nada.

É necessário que se consiga identificar a ideia de um bem jurídico a tutelar, é necessária alguma concretização do que se está a proteger. Desta forma, sentimentos negativos, como o ódio e o racismo, ambos particularmente importantes para este trabalho, pois são, essencialmente, o fundamento para as ações daqueles que discriminam, não podem configurar bens jurídicos passíveis de serem tutelados pelo direito<sup>103</sup>.

Cabe ainda comentar que, quando estamos a falar da amplitude, para cada pessoa individualmente considerada, da proteção do direito geral de personalidade, este é normativamente limitado, desde logo, na sua própria existência e validade, por igual direito de qualquer outra pessoa. Também temos como limite as previsões resultantes dos direitos fundamentais e dos direitos especiais de personalidade que incidem sobre os outros indivíduos<sup>104</sup>.

Uma ação discriminatória para com o outro violará o direito geral de personalidade deste quando configurar uma patente violação da sua dignidade da pessoa humana. Numa

---

<sup>101</sup> Cfr. RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *ob. cit.*, pg. 575.

<sup>102</sup> *Ibidem*, pg. 516.

<sup>103</sup> *Ibidem*, pg. 517.

<sup>104</sup> *Ibidem*, pg. 524-525.

sociedade complexa e dinâmica como a atual, tem especial relevo a relação da pessoa com o seu contexto social, com os outros ao seu redor. Nenhum homem é uma ilha e é impossível viver como tal. Assim, resulta do princípio da dignidade humana que todas as pessoas, livres para configurarem a sua existência e inserção social, somente pela qualidade de seres humanos, possuem o direito de serem respeitados como pessoa e a obrigação de respeitar o outro. É neste contexto que adota-se a posição de Rabindranath Capelo de Sousa que identifica, como bem jurídico abrangido pelo direito geral da personalidade<sup>105</sup> que releva para a proteção do indivíduo contra formas de discriminação, o da igualdade<sup>106</sup>.

A igualdade *jus* civilisticamente tutelada é um elemento da noção de personalidade humana<sup>107</sup>. Não deve-se confundir esta afirmação com a defesa da imposição de uma igualdade concreta em todas as situações da vida, em todas as dimensões das relações que existem entre sujeitos privados<sup>108</sup>. O entendimento que aqui se procura defender é o de que qualquer discriminação arbitrária e sem fundamento material, seja esta praticada por entes públicos ou privados, infringe a personalidade humana, pois todos possuem idêntica dignidade da pessoa humana e igual direito de participação na vida social, bem como merecem, não somente em termos morais, mas também – e o que aqui releva - juridicamente o mesmo respeito.

Deste modo, se o caso prático não se enquadrar no âmbito de alguma legislação específica sobre proibição de discriminação, pode-se invocar, caso não se verifique nenhuma justificação válida do comportamento discriminatório e se, após ponderação, se entender que houve violação da dignidade humana, a violação de um direito de personalidade, nomeadamente o direito a não ser discriminado, que é abarcado pelo direito geral de personalidade.

---

<sup>105</sup> Aqui não se tratará mais dos bens jurídicos que já são tutelados por um direito especial de personalidade. Uma vez que, conforme já dito, se assim o fosse recorreríamos aos direitos especiais, aqueles que estão de alguma forma tutelados em normas civis ou com aplicação nas relações civis. O bem jurídico tutelado por esses direitos especiais de personalidade, como por exemplo, a honra, também é abrangido pelo direito geral de personalidade e releva para a avaliação da possível proteção conferida ao sujeito jurídico que é discriminado, mas aqui a intenção é somente analisar situações em que podemos recorrer a proteção do direito geral de personalidade.

<sup>106</sup> *Cfr.* RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *ob. cit.*, pg. 288 e ss.

<sup>107</sup> *Ibidem.*, pg. 289.

<sup>108</sup> Até porque, como já se defendeu, não se defende a aplicação direta do princípio da igualdade na relação entre sujeitos jurídico-privados, por, no entendimento aqui proposto, não ser o mesmo plenamente compatível com as especificidades do Direito Civil, com o espaço de liberdade de atuação de cada pessoa humana, em sede jurídico-civilística.

É claro que esta tutela não é sem limites. Desde logo, deve-se salientar que a noção de igualdade material exige, como dito no capítulo anterior, que se trate igual o que é igual, mas também de forma diferente o que é distinto, de acordo com as particularidades da vida real.

Além disto, conforme já enunciado, tutela-se aqui a igual dignidade das pessoas nas relações com entes públicos e também, o que é mais importante neste trabalho, em relações entre privados. É necessário que se concretize o âmbito de aplicação da proteção contra a discriminação, no sentido de procurar clarificar quando uma atuação discriminatória será ilícita, por violar direitos de personalidade ou Leis específicas, ou quando será permitida, em sede jurídica-civilística.

### **5.3 Restrição do âmbito de aplicação**

Primeiro, a lesão aos direitos de personalidade envolvidos na tutela civilística da não discriminação da pessoa humana só será juridicamente relevante se exceder os limites da adequação social.

Facto é que certas diferenciações que ocorrem no quotidiano não devem ser proibidas, por não serem contrárias aos valores ou preceitos do sistema jurídico. Ao mesmo tempo, não existem muitas situações de discriminação impostas. Assim, é necessário procurar especificar esta linha de fronteira entre a proibição e permissão de diferenciação, bem como em que medida é juridicamente possível uma imposição de adoção, pelos sujeitos jurídico-privados, de um comportamento no sentido da proibição da discriminação.

Se mesmo para o Estado, em que a regra é a do tratamento igual dos cidadãos, ao menos no sentido de uma garantia de que no processo de formação da vontade política e na concessão de benefícios ou imposição de sacrifícios por parte do Estado, cada cidadão será tratado com igual preocupação e respeito<sup>109</sup>, existem diferenças de tratamento válidas, como no caso das ações afirmativas, já citadas, é manifesto que existirá, de forma mais acentuada até, diferenciações válidas no campo do direito privado.

Assim, as diferenças de tratamento, em sede jurídico-civilística, podem ser permitidas quando tenham um fim legítimo, segundo o ordenamento jurídico visto como um todo, e sejam necessárias, adequadas e proporcionais. Os fins e os critérios adotados que resultam no tratamento desigual devem estar em conformidade com a Constituição.

---

<sup>109</sup> Cfr. SANDRA PASSINHAS, *ob. cit.*, pg. 297-298.

Por sua vez, não é de acordo com o sistema jurídico-privado exigir tratamento igual para todos em toda e qualquer medida. As pessoas usam critérios para diferenciar uns aos outros, para escolher com quem se relacionar, tanto de forma pessoal como contratual. Cabe ao ordenamento estabelecer quais critérios de tratamento desigual não são admissíveis e em quais condições, ou seja, quais qualidades pessoais devem ser relevantes em termos de proteção contra a discriminação, de forma a merecerem, portanto, a tutela do ordenamento, bem como se esta tutela valerá em todas as esferas pessoais.

Ora, desde logo exclui-se da aplicação da proibição de discriminação situações que ocorrem em âmbito estritamente privado, sendo que por isto quer-se dizer aquele das relações familiares e de afinidade. Nesta esfera sempre haverá discriminação, no sentido que se diferenciam as pessoas de acordo com suas características e por motivos arbitrários para se determinar quais vão estar em seu círculo de relações mais próximo. Não se pode obrigar uma pessoa a, neste âmbito, tratar todos de forma igual. Neste contexto, mesmo considerações que tenham como fundamento preconceitos ideológicos e considerações negativas de características inteiramente neutras não podem ser proibidas. Até porque esta área mais íntima da vida não envolve tanto a relação de uma pessoa com a sociedade de forma globalmente considerada, a inserção da pessoa em uma comunidade, mas sim a sua relação com o seu íntimo, a parte de sua vida que não se quer expor. Não há propriamente um reflexo das escolhas realizadas nesta esfera puramente privada nos outros, de forma que não podemos falar em ofensa a direitos de personalidade, em regra, de acordo com o dito no tópico anterior. Não se afeta de forma grave a dignidade de uma pessoa quando se escolhe não chamar esta para um jantar em sua casa, nem há qualquer ofensa a direitos especiais de personalidade. Uma pessoa pode se recusar a ter amigos de determinada origem étnica, o que é reprovável moralmente, mas não se enquadra no âmbito de proteção do direito aqui *in casu*. Caso assim o fosse, existiria uma robotização das relações privadas e uma verdadeira imposição de uma noção de moralidade por parte do Estado.

Também as Leis 93/2017 e 14/2008, já enunciadas, têm sua esfera de aplicação limitada aos contratos que surjam da declaração ao público, ainda que tácita. Logo, se uma proposta para a prestação de serviço ou para fornecimento de bens é feita no contexto da vida familiar<sup>110</sup>, em um contexto puramente privado, se a oferta não é dirigida às demais

---

<sup>110</sup> Se uma pessoa que deseja contratar não faz o anúncio em um meio público (não coloca um anúncio nem na internet nem em um jornal), mas só diz para alguns familiares, por exemplo.

peçoas, essas normas não se aplicam, não é uma discriminação, nos termos desta legislação, ilícita. Por outro lado, também ficam excluídas as situações em que a proximidade da esfera pessoal da pessoa que oferece bens ou serviços influencia muito mais a escolha da contraparte contratual do que considerações de ordem económica. Ou seja, se uma pessoa quer arrendar um quarto no local de sua própria residência existe a forte possibilidade que se oriente por fatores pessoais e subjetivos e não simplesmente avalie quem tem uma melhor condição financeira, de forma que essas legislações anti discriminação não se aplicam nestes casos. Com isto, assegura-se a proteção da vida privada e familiar e das transações realizadas neste contexto.

Assim, é só quando se sai da esfera do estritamente pessoal, quando os atos têm projeções mais direta e objetiva sobre outras pessoas e quando se consegue encontrar uma maior racionalidade na ação dos sujeitos, que a possibilidade de se discriminar em função de certas características torna-se apta de ser regulada. Isto porque, nestes casos, a liberdade pessoal de cada pessoa humana tem como limite a dignidade da pessoa humana do outro.

Em sede contratual, o essencial para que se possa afirmar que existe discriminação, que se praticou um ato ilícito em por este motivo, é que a pessoa atue com a intenção de conferir a outra parte um tratamento prejudicial ou menos favorável do que o inicialmente proposto, sendo que o motivo deste desfavorecimento é a consideração negativa que se realiza acerca de uma característica pessoal. Não é essencial, assim, que o sujeito atue com a intenção de causar um prejuízo patrimonial ou lesar a contraparte <sup>111</sup>.

Se foi uma experiência anterior, em que aquele contraente se mostrou pouco fiável, que conduziu ao tratamento menos favorável, não ter-se-á discriminação, uma vez que o motivo de tal não é uma visão preconceituosa sobre uma qualidade pessoal da contraparte, mas sim um facto objetivo.

Assim, é necessário que se tente identificar se qualquer característica pessoal é passiva de ser protegida contra discriminações. É comum, em sede doutrinal e jurisprudencial, que se faça uma distinção entre características modificáveis e não modificáveis. As primeiras são produtos da vontade da pessoa e são, em si próprias, resultado de um exercício da liberdade, tal como é o estilo de vida ou as preferências estéticas. Por sua vez, as não modificáveis não são produto da vontade, não são possíveis de serem alteradas, em regra. Estão entre estas a origem étnica, o sexo e a idade.

---

<sup>111</sup> Cfr. SANDRA PASSINHAS, *ob. cit.*, pg. 330.

O problema de se usar esta distinção é que há zonas em que a classificação não é tão simples, como no caso da orientação sexual e religião, que são qualidades consideradas tradicionalmente como alteráveis, mas cuja ligação da pessoa com a característica pode ser de tal modo intrínseca a todo o seu processo de socialização que, de facto, em muitos casos, faz parte da sua identidade de tal forma que sem tal esta não se reconhece <sup>112</sup>.

Esta distinção é importante porque a possibilidade de diferenciação por motivos de características modificáveis, embora vedada às autoridades públicas, é permitida aos sujeitos jurídico-privados. A razão para tal é que isto seria uma ferramenta, em um plano individual, de instrumento de afirmação das diversas posições e modos de vida que existem na sociedade. É como se ao escolher com que se estabelece atos jurídicos os sujeitos estivessem a afirmar a sua própria forma de ver o mundo e não cabe ao ordenamento jurídico ordenar as convicções individuais, pois isso significaria uma intromissão na autonomia privada de cada um. O confronto dos defensores de uma certa posição com as pessoas que defendem outra forma de pensar é, em princípio, saudável para uma discussão geral, pela sociedade, das diversas ideias e convicções<sup>113</sup>, de acordo com a autodeterminação individual. Assim, a proibição de discriminação, nas relações privadas, não deveria ser aplicada quando se trata de uma característica não modificável, até porque como essas são expressão da liberdade, não parece haver uma ofensa a direitos de personalidade quando decide não se contratar com uma pessoa por motivos ligados a essas qualidades. O mesmo não pode ser afirmado em relação as não modificáveis, uma vez que não há qualquer justificação moral ou ética para discriminação em função de características como o sexo ou origem étnica e há aqui ofensa aos direitos de personalidade. Não cabe nestes casos espaço para discussões sobre convicções, pois, como enunciado acima, o direito não tutela bens jurídicos como o machismo e o racismo.

Esta ótica não é sem críticas. Há quem, como Nuno Manuel de Oliveira e Benedita Mac Cruire, defenda que não há qualquer razão ética ou moral para sustentar esta distinção de características e que, na verdade, esta separação dual dos tipos de características apenas conduzirá aqueles que sofrem discriminação a esconderem estas suas características

---

<sup>112</sup> Cfr. PAULO MOTA PINTO, *Autonomia...*, *ob. cit.*, pg. 350-351.

<sup>113</sup> *Ibidem*, pg. 351.

consideradas mutáveis, nomeadamente a religião ou orientação sexual, que embora ditas como alteráveis são parte fundamental dos indivíduos<sup>114</sup>.

A verdade é que a realidade social é complexa e é quase impossível, ainda mais na esfera do direito privado, separar as situações da vida social de acordo com termos rígidos. De forma que é necessário se relativizar esses conceitos. Como diz Paulo Mota Pinto<sup>115</sup>, existem zonas de diminuição da possibilidade de autodeterminação da pessoa, nas quais não se deve exigir a modificação de certas características. Na realidade, a religião ou orientação política, por exemplo, fazem, para muitas pessoas, parte de sua identidade pessoal.

Desde logo, cabe afirmar que não se admite a orientação sexual como uma escolha de vida. Não existe uma orientação sexual que é regra, sendo as demais escolhas. Este tipo de visão de mundo deve ser ultrapassada, pois carrega em si mesmo uma noção discriminatória<sup>116</sup>.

Por outro lado, entende-se que, em termos de defesa contra a discriminação, deve-se abandonar o conceito binário de sexo feminino e masculino, em prol da adoção do conceito de género<sup>117</sup>. Facto é que a no contexto atual, em que os casos de pessoas que não se identificam com o género que seria aquele que a sua natureza biológica aponta são mais comuns, o direito deve desenvolver formas de possibilitar que as medidas de proteção contra discriminação em função do sexo também protejam estas pessoas que se enquadram fora do dominante modelo binário de sexo.

É comum a legislação utilizar, em suas redações, as palavras «homens e mulheres» quando querem proibir a discriminação em função do sexo. Ao utilizar essa dicotomia não se consideram as pessoas que não se enquadram na mesma, aquelas que alteram o seu sexo,

---

<sup>114</sup> Cfr. NUNO MANUEL DE OLIVEIRA e BENEDITA MAC CRUIRE, “O princípio da igualdade no direito europeu dos contratos: as Directivas 2000/43/CE e 2004/113/CE”, *O Direito* n.º 138, 2006, pg. 1097-1099.

<sup>115</sup> Cfr. PAULO MOTA PINTO, *Autonomia...*, *ob. cit.*, pg. 350.

<sup>116</sup> Diremos que a ideia de que a orientação sexual é uma escolha, uma característica mutável, é guiada pela heteronormatividade, ou seja, por uma visão de que ser heterossexual é a regra e as demais orientações sexuais são marginalizadas.

<sup>117</sup> O conceito de género aparece pela primeira vez na jurisprudência europeia no Acórdão do TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 30 de abril de 1996, processo n.º C-13/94, P contra S e Cornwall County Council, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1496618007471&uri=CELEX:61994CJ0013> (04.06.2017), que envolvia o despedimento de uma pessoa transexual e no qual se considerou que despedimento de uma pessoa transexual por razões decorrentes da resignação do seu género constitui uma discriminação proibida. O problema que se apresentou quando desta decisão foi precisamente a dificuldade de se encontrar um elemento de comparação para que se ateste a discriminação, pois por se estar a interpretar o caso como discriminação em função do sexo, a comparação que deveria ser feita seria, naturalmente, com o outro sexo, o que não funcionava em termos tão lineares neste caso. Desde então, o termo género é utilizado como sinónimo de sexo.

peças transexuais, ou que nascem forem dessa dicotomia, peças intersexuais<sup>118</sup>, ou até aquelas que não se identificam com o seu sexo biológico. É necessária uma compreensão mais ampla e compreensiva do que é género. Isto não significa que as legislações que regulam discriminação em função do sexo, ou que preveem a implementação da igualdade de tratamento entre os sexos em diversos setores, mesmo quando, porventura, utilizem os termos «homens e mulheres» devem ser abandonadas ou que tenham menos valor, mas a interpretação destas disposições deve ser no sentido incluir peças que não se enquadram na dicotomia dos sexos, de forma a proteger tanto as que sofrem por não se identificarem nesta divisão binária dos sexos, bem como as peças que sofrem com os preconceitos existentes nem função do género.

Percebe-se, portanto, que as características que compõem em seu conjunto a identidade de uma pessoa não são tão facilmente subsumíveis a critérios lineares. Entender que as características de uma pessoa podem sempre ser separadas entre mutáveis e imutáveis terá como consequência prejuízo para algumas peças, ou seja, a discriminação destas, como na questão *supra* enunciada do género.

Visto isto, defende-se que serão relevantes, nas relações entre privados, em termos de proibição de discriminação, as qualidades que são de extrema importância para a identidade da pessoa, tanto por serem não serem modificáveis, como por estarem intrinsecamente conectadas com o grupo social em que aquela pessoa está inserida e com seu modo de ser, por serem convicções que, apesar de fruto de uma escolha, são quase como impossíveis para aquela pessoa alterar, sob pena de prejudicar a sua própria integridade, de afetar o que aquela pessoa entenda ser fundamental para a Constituição da sua identidade. O fundamental não será, portanto, se a característica pode ser alterada, mas a sua relação com a identidade da própria pessoa. De facto, este não é um critério objetivo, mas a identidade humana não é passível de ser definida em termos simples, de modo que será precisa uma análise casuística sobre a relação da pessoa discriminada com a qualidade que motivou o tratamento diferenciador pelo outro.

Assim, só as características que violadas são passíveis de verdadeiramente violarem a dignidade humana devem relevar em termos de consideração da discriminação como ilícito civil. Ou seja, só assim podemos considerar uma violação de direitos de personalidade.

---

<sup>118</sup>O termo intersexo é aqui usado para designar o conjunto de situações em que uma pessoa nasce com uma anatomia reprodutiva ou sexual que não se encaixa na dicotomia típica de sexo feminino ou masculino.

Contudo, a repercussão sobre o afetado pela discriminação também releva para se determinar a ilicitude. Isto porque em uma situação em que uma pessoa<sup>119</sup> fica completamente impedida de aceder à prestação que desejava, por possuir uma certa característica e no caso de não existir uma outra opção viável de contratante para si, de modo que, por possuir uma característica que foi negativamente valorada, a pessoa alvo da discriminação fica completamente impedida de fruir de determinada prestação ou serviço, ter-se-á, desde logo, uma violação da dignidade da pessoa humana. Passa-se a explicar. Quando existe um monopólio ou quando não há uma outra opção contratual possível para aquela pessoa, esta fica impedida de usufruir de algo que todos os demais que não possuem determinada característica possuem acesso, o que, numa sociedade de consumo como a atual, é particularmente relevante. Assim, o importante, nestes casos, é ponderar a repercussão sobre o afetado pela discriminação, para que se avalie se este possui uma alternativa contratual. Mesmo que não estejam em causa prestações essenciais à existência ou características não modificáveis, permitir essa situação seria contrária a dignidade da pessoa humana<sup>120</sup>, pelo impacto que a negação do acesso a uma prestação ou serviço pode ter na vida daquele que foi discriminado.

Acresce a isto que a discriminação para ser de facto ilícita não pode ser justificada. A forma de justificação válida mais comum será a afirmação da existência de um motivo genuíno e substancial que explique a diferenciação. Caso exista uma justificação técnica científica, ou seja, racional, a ilicitude fica excluída. Assim, a existência de uma razão aceitável e substancial, dentro dos limites dos princípios fundamentais do ordenamento, afasta a proibição da discriminação, visto que esta proteção só faz sentido quando se pretende censurar uma atuação totalmente arbitrária que lesa a dignidade da outra contraparte. Não ocorrendo isto, por existir uma explicação racional, não faz sentido que se proíba a discriminação, pois isto exclui a ofensa aos direitos de personalidade. Salienta-se que a legislação anti discriminação costuma prever uma norma do tipo, que exclui a ilicitude nestes casos, como no n.º 3 do art. 3º da Lei 18/2004. Também, as ações positivas, já referenciadas, são formas de diferença de tratamento permitidas, precisamente por existir uma razão que é passível de justificar o tratamento distinto das pessoas.

---

<sup>119</sup>O mesmo vale para grupos inteiros que possuem a mesma característica alvo de comportamento discriminatório.

<sup>120</sup> Cfr. PAULO MOTA PINTO, *Autonomia...*, *ob. cit.*, pg. 355.

Mais discutível é a possibilidade de se justificar uma atuação discriminatória com motivos relacionados à segurança. Tal argumento só será válido se existir uma ameaça concreta, não baseada em noções preconceituosas e em que se considere tanto os direitos de personalidade do discriminado, como ameaça à integridade que este coloca aos outros, sendo certo que a restrição ao acesso aos serviços essenciais deve ser considerada como última opção, uma vez que é uma lesão grave à dignidade e, em casos extremos, até ao direito a vida. Um estabelecimento comercial que não permita a entrada de muçulmanos, por terem existido ataques recentes executados por pessoas desta religião, está a cometer uma discriminação ilícita. Aqui há um tratamento diferenciador depreciativo, baseada numa generalização irracional. Diferente será se a discriminação tiver base em uma experiência anterior, em que aquela determinada pessoa, e não uma outra que possui a mesma origem étnica ou religião, por exemplo, agiu de forma que colocou a integridade de outros em risco.

Insta salientar que no caso dos contratos *intuitu personae*, como a qualidade ou identidade de um contraente é essencial para que exista o consenso do outro e em que ou se conclui o contrato com aquela pessoa determinada ou com nenhuma outra, não existirá discriminação quando se deixa de contratar com um sujeito que não possua tal característica, porque aqui a qualidade pessoal da parte contratual recai sobre a prestação. Não será de aplicar, nestes tipos de contrato, em regra, a proibição de discriminação.

Deve-se ainda dizer que as escolhas feitas pelos sujeitos jurídico-privados e a justificação dada para as mesmas devem ser submetidas a um controlo de proporcionalidade. O fim deve ser legítimo, de acordo, portanto, com os valores constitucionais que guiam todo o ordenamento jurídico, e, também, os meios utilizados para a diferenciação devem ser adequados e necessários. Se assim não o for, a discriminação será ilícita. A jurisprudência tem entendido desta forma para resolver casos de suposta discriminação<sup>121</sup>.

Cabe ainda comentar sobre o conflito que eventualmente poderá existir com outros direitos. Desde logo, e conforme já levemente enunciado no capítulo anterior, existirá o claro conflito com a autonomia privada. É manifesto que não se pode afirmar que quando existir

---

<sup>121</sup>“Quando houver um tratamento desigual, impõe-se uma justificação material para essa desigualdade. E, quer o fim, quer os critérios do tratamento desigual têm de ser conformes à Constituição. Assim, caem sob a alçada da “proibição do arbítrio” desigualdades materialmente não fundadas ou sem uma fundamentação razoável, objectiva e racional.”, termos retirados do Acórdão do SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 11 de Abril de 2004, processo n.º 1269/09.0TVLSB.L1.S1 Relator: Paulo Sá, Processo 1269, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/922f0c5c3712bb8180257b55003d3b65?OpenDocument> (01.07.2018).

discriminação, no campo contratual, a liberdade negocial sempre será limitada, até porque a autonomia privada também é um direito de personalidade<sup>122</sup>, de importância fulcral para a autodeterminação da pessoa. No campo contratual, ter-se-á uma pessoa que quer contratar e uma que não quer, ambas a exercerem a sua liberdade contratual, seja na esfera positiva ou negativa.

A melhor solução será aquela que deriva dos critérios jurídicos de colisão de direitos. Nesse sentido e nos termos do 335º do CC, a autonomia privada cederá quando colida com outros direitos de personalidade que, no caso concreto, devem considerar-se superiores. Esta ponderação exige atenção a todas as circunstâncias do caso e que se determine relações de preferência entre os valores que relevam, bem como um esforço de delimitação do conflito, no sentido de que se for possível, deve-se determinar a prevalência de um sobre o outro ou até que um deles não vale naquela circunstância. Também é importante analisar como as partes atuaram. Assim, se um dos sujeitos jurídicos desrespeitou de forma intencional ou culposa um dos valores em conflito deverá ver seus interesses subjugados ao da outra parte<sup>123</sup>, o que, via de regra, acontecerá quando há uma conduta discriminatória, de forma que o exercício da autonomia privada não poderá ser, via de regra, nos casos que aqui se trata, justificção para a licitude da discriminação.

Uma pessoa deve ser livre para escolher com quem quer contratar e pode decidir favorecer uma pessoa que possui uma certa característica, sem que lhe seja exigido um qualquer fundamento racional para tanto. A título de exemplo, no caso de uma pessoa que, ao receber duas propostas, escolhe a do proponente que é da sua mesma naturalidade, ter-se-á que o outro, o que não possui aquela característica em comum, foi discriminado, mas não se deve considerar esta discriminação ilícita. Não é possível que se imponha critérios de escolha objetivos ou racionais que nunca possam ser contrariados pela vontade, pois a possibilidade de distinguir e diferenciar está no âmbito do exercício da autonomia privada. Contudo, como dito anteriormente, quando existe uma violação patente da dignidade da pessoa humana, a tutela do bem jurídico *jus* civilisticamente considerado da igualdade deve prevalecer, pois nesta sede existirá um abuso da liberdade.

Isto porque a liberdade contratual só pode existir, realmente, até ao ponto que a dignidade dos sujeitos envolvidos na situação jurídica não seja violada. A autonomia privada

---

<sup>122</sup> Por ser o direito a liberdade também um direito de personalidade.

<sup>123</sup> Cfr. ORLANDO DE CARVALHO, *ob. cit.*, pg. 204-205.

deve ceder face à dignidade da pessoa humana, neste caso manifestado na proteção que o direito geral de personalidade confere ao discriminado, dentro dos termos e limites citados ao longo deste trabalho. Não cabe ao Direito tutelar abusos de liberdade, ou abusos de qualquer direito.

Ainda no âmbito da liberdade, podemos falar no direito à liberdade de expressão, que pode ser definida como a livre manifestação do pensamento, das crenças e visões de mundo da pessoa humana individualmente considerada e é uma manifestação moral deste direito de personalidade e também em si um direito fundamental. Esta tem sido construída em boa medida como um direito negativo, de defesa, perante o Estado e o seu desenvolvimento não foi feito com uma consideração séria sobre os problemas da desigualdade social e da necessidade de se procurar promover uma igualdade material<sup>124</sup>, uma vez que a maioria dos direitos fundamentais tiveram sua origem em um contexto de revolta contra um Estado absolutista, em que se procurava obter ainda a igualdade formal, eliminando privilégios de certos elementos da sociedade e conferindo proteção contra eventuais abusos do Estado.

Assim, relevante para o presente tema é a questão dos discursos de ódio<sup>125</sup>, vinculados em um meio público ou na imprensa, de forma que são divulgadas considerações pessoais negativas e ofensivas acerca de uma característica, mais comumente sobre a orientação sexual, nacionalidade, religião, orientação política e gênero, sendo certo que em algumas vezes até se incita a violência contra os que possuem as características que originam este discurso.

Todos os cidadãos têm direito constitucional à sua liberdade de expressão e também há a garantia constitucional de liberdade de imprensa<sup>126</sup>, de forma que não se pode impedir, sem mais, que as pessoas não possam exprimir certa posição ou que a imprensa não vincule algum discurso feito, mesmo que este contenha posições discriminatórias. Por outro lado, não se pode esquecer a posição daqueles que se vêm agredidos por esses discursos de ódio, ainda mais por serem, comumente, já parte de grupos marginalizados e que, por isto, possuem um menor espaço para a divulgação dos seus pontos de vista e de sua defesa.

---

<sup>124</sup> Cfr JONÁTAS MACHADO, “Liberdade de Expressão - Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social”, *Studia Iuridica* 65 (2002), pg. 185.

<sup>125</sup> Comumente designado em inglês, por *hate speech*.

<sup>126</sup> Art. 37º e 38º da CRP.

Em coerência como *supra* exposto, continua-se a sustentar a posição defendida quanto à liberdade contratual. Quando há violação da dignidade da pessoa humana, o que existe *in casu* é um abuso da liberdade, que não deve ser permitido. Neste sentido, embora não se possa defender uma proibição absoluta, uma verdadeira censura, pois o mesmo seria *a priori* inconstitucional, deve-se restringir o direito de liberdade de expressão quando se pretende atingir, por meio do uso ilegítimo deste, o estatuto de um determinado grupo, violando a dignidade das pessoas que pertencem a este<sup>127</sup>. Quando isto ocorre, a expressão daquela pessoa já não é mais legal e não deve ser tutelada e a dignidade do grupo ofendido deve se sobrepor.

O entendimento *supra* mencionado parece ter sido consagrado na recente Lei n.º 93/2017, em que em sua alínea j) do n.º 2, do art. 4º, com a epígrafe “*proibição de discriminação*”, considera-se discriminatória e, portanto, proibida, “*a adoção de ato em que, publicamente ou com a intenção de ampla divulgação, seja emitida uma declaração ou transmitida uma informação em virtude da qual uma pessoa ou grupo de pessoas seja ameaçado, insultado ou aviltado*” em razão da origem racial e étnica, cor, nacionalidade, ascendência e território de origem. Assim, tem-se por meio desta norma uma verdadeira consolidação legislativa da proibição do *supra* citado discurso de ódio<sup>128</sup>.

Na Holanda, o caso<sup>129</sup> de uma blogueira de 30 (trinta) anos que regularmente publicava textos ofensivos sobre muçulmanos e turcos levou o Tribunal daquele país a, em sede de recurso, proferir sentença que condenou a demandada – a blogueira - pelos insultos proferidos contra um grupo de pessoas, em função da sua raça e/ou religião. Neste exemplo concreto, evidencia-se o conflito entre a liberdade de expressão e a proibição da discriminação, acima enunciada, bem como a demonstração de uma decisão em que proteção da dignidade do grupo ofendido prevaleceu sobre a liberdade de expressão.

Conforme tudo o que se veio expor, tem-se que, embora pareça algo muito incerto alegar que uma atuação discriminatória será ilícita quando viola o direito geral de personalidade, por ser a igual dignidade da pessoa humana um dos bens da personalidade que devem ser tutelados pelo mesmo, procurou-se demonstrar a existência de critérios que

---

<sup>127</sup> Cfr JONÁTAS MACHADO, *ob. cit.*, pg. 189-190.

<sup>128</sup> Que é muitas vezes referido em sua terminologia em inglês, *hate speech*

<sup>129</sup> Acórdão de GERECHTSHOF AMSTERDAM, 11 de Outubro de 2010, processo n.º 23-2197-09, disponível em <https://www.recht.nl/rechtspraak/uitspraak/?ecli=ECLI:NL:GHAMS:2010:BO0041> (08.07.2017).

permitem densificar quando a discriminação, no âmbito do direito privado, será contrária ao ordenamento ou seja, será ilícita.

Por outro lado, com os termos que foram propostos, não se amplia o espaço de tutela da proibição da discriminação de modo que se destrua a essência do direito privado e da liberdade de atuação dos sujeitos jurídico-privados, sendo sempre válido o já exposto acerca da autonomia privada e do princípio da igualdade.

## 6. Consequências nas relações entre particulares

### 6.1 Responsabilidade Civil

Cada pessoa humana, individualmente considerada, é sujeito ativo das relações jurídicas que possuem como objeto imediato os bens jurídicos da sua própria personalidade humana. Os sujeitos passivos são as demais pessoas singulares e coletivas. Assim, o sujeito ativo tem poderes jurídicos *erga omnes* sobre os seus bens de personalidade e pode exigir que as outras pessoas, também elas próprias titulares de seus próprios bens de personalidade, não ofendam, de forma ilícita e através de qualquer ação lesiva, a sua personalidade<sup>130</sup>.

Mesmo a ameaça de uma ofensa à personalidade garante a tutela de providências preventivas, como dispõe n.º 2 do art. 70º do CC. No caso em estudo, não parece que seja comum ou provável que se recorra a essas medidas preventivas, a não ser no caso da comunicação social, onde se pode ter um conhecimento antecipado de que será exibido algum programa ou entrevista que contenha conteúdo discriminatório.

Portanto, no caso de ofensa ao direito de não discriminação o lesado tem legitimidade para buscar reparação, uma vez que seu direito é oponível aos outros, o que leva a existência de uma obrigação, pela sociedade, de respeito a este direito.

Facto é que o equilíbrio natural da sociedade, por muitas vezes, é posto em causa pela atuação ilícita de um sujeito jurídico-privado. A prática de um facto humano contrário ao ordenamento jurídico deve ter como consequência, em princípio, a responsabilização pelos danos por parte do agente.

Para que se possa afirmar a existência de responsabilidade civil, essencial será primeiro avaliar se entre as partes existia uma relação prévia, nomeadamente um contrato, ou não. No caso da segunda opção, estamos no âmbito da responsabilidade civil extracontratual e o lesado deverá conseguir provar que os danos que sofreu não foram resultado da ocorrência normal da vida quotidiana, que ocorrem dentro da sua esfera pessoal de risco, mas sim de uma ação culposa do suposto lesante<sup>131</sup>, que agiu de forma ilícita.

O modelo português de responsabilidade extracontratual consagra a dualidade entre culpa e ilicitude, tendo como inspiração o modelo germânico de responsabilidade civil do

---

<sup>130</sup> Cfr. RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *ob. cit.*, pg. 367-368.

<sup>131</sup> Cfr. FILIPE ALBUQUERQUE MATOS, *Responsabilidade Civil por ofensa ao crédito e ao bom nome*, Almedina, Coimbra, 2011, pg. 500

BGB<sup>132</sup> <sup>133</sup>. O art. 483º do CC estabelece o que é considerado ilícito para efeitos de requisito da responsabilidade delitual, de forma que ter-se-á um facto ilícito quando a atuação do sujeito violar direitos absolutos de outros ou uma disposição legal de proteção<sup>134</sup>.

Dito isso, tem-se que uma pessoa, que sofreu discriminação por meio de ação realizada por um outro sujeito jurídico-privado, caso não haja um contrato prévio que vincule as partes, só poderá buscar indemnização se for possível que, no caso concreto, se verifique a ilicitude, até por ser possível compreender esta como elemento responsável por delimitar quais os danos que merecem ressarcimento<sup>135</sup>.

O ilícito civil aqui tratado visa proteger as pessoas das violações de deveres de vinculação gerais e visa fortalecer condutas que o Direito considera que devem ser impostos à sociedade de forma que a sua violação deve ser sancionada. O fundamental para que o lesado consiga obter ressarcimento pelo dano sofrido, é que, por meio de uma argumentação jurídica, se comprove a ilicitude, ou seja, que se verifique que o ato praticado pelo lesante está em desacordo com o ordenamento civil.

Neste contexto, a primeira modalidade de ilicitude se verifica quando há violação de direitos com eficácia *erga omnes*, de direitos absolutos, como o são os direitos de personalidade, os quais, desde já argumenta-se, podem ser violados por meio de uma atuação discriminatória de um sujeito em relação a outro.

---

<sup>132</sup> No modelo alemão, apenas determinados bens indicados pela Lei são objeto de tutela, como determina o §823 I BGB. O §823 II BGB dispõe que a indemnização pode resultar da violação de disposições legais de proteção de interesses alheios e o §826 determina que a violação dolosa dos bons costumes pode também gerar responsabilidade civil. Outro modelo de responsabilidade que cabe comentar é o francês. Neste, temos uma cláusula geral, em que não se determina a nível legislativo os bens jurídicos tutelados. Ainda, temos o conceito de *faute*, previsto desde logo no 1382º *Code Civil*, que deve ser entendido no sentido da culpabilidade. Este conceito como que integra dois elementos, o objetivo e subjetivo. Não falamos aqui de culpa e ilicitude, mas sim de *faute*. Fazendo uma análise dos diversos modelos, ver: ANA MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Lições de Responsabilidade Civil*, Principia, Cascais, 2017, pg. 87-99.

<sup>133</sup> Cabe ressaltar, contudo, que também conseguimos identificar uma influência do modelo francês da *faute* no ordenamento português. Isso porque os artigos 491º, 492º e 493º do CC, ao consagrarem uma presunção de culpa, aproximam o desvalor do resultado ao da conduta. Também na responsabilidade contratual, conseguimos encontrar semelhanças com esse modelo.

<sup>134</sup> Ainda podemos considerar uma terceira via de ilicitude, que é a do abuso de direito. Não trataremos nesse trabalho da terceira modalidade de ilicitude, uma vez que não entendemos que seja possível recorrer a esta nos casos que envolvam discriminação e nem que seja necessário, uma vez que podemos nos utilizar, como procuraremos evidenciar, as outras duas modalidades. Fica aqui o apontamento que o abuso de direito está previsto no art. 394º, na parte geral do Código. Haverá ilicitude quando se verificar uma contrariedade do exercício de um direito com os princípios normativos, com o fundamento axiológico desse mesmo direito. Ao nível da responsabilidade civil é importante ter cautela, pois muitas vezes não estamos diante de um direito subjetivo, mas sim de uma ideia genérica de liberdade de agir. Além disso, a concessão de abuso de direito é objetivo, de forma que não se exige intencionalidade de prejudicar.

<sup>135</sup> Cfr. ANA MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Liberdade vs responsabilidade...*, *ob. cit.*, pg. 213.

Isto porque o bem da personalidade humana *jus* civilmente protegido abarca tudo o que faz a pessoa ser quem ela é, desde a forma como ela se relaciona consigo própria e com a sociedade ao seu redor, até aos seus aspetos morais e psicológicos. A pessoa, considerada no seu todo, é o bem jurídico que deve ser protegido pelos direitos de personalidade.

Cada pessoa humana tem o poder de exigir, face aos outros sujeitos jurídicos, uma participação paritária na vida social civil. Isto tem como consequência, conforme *supra* melhor explanado, a afirmação de um direito de não discriminação, nas relações civis, em razão de características relevantes<sup>136</sup>, uma vez que quando uma pessoa sofre uma exclusão em função de uma característica pessoal, lhe está a ser negada o direito de fazer parte, da mesma maneira que aqueles que não possuem aquela qualidade, da vida em sociedade. Caso este direito seja violado, ao lesado deve ser garantido a possibilidade de obter ressarcimento indemnizatório, pois o sujeito que, com a sua atuação, lesa interesses de um outro, atua de forma contrária ao ordenamento, por fazer mau uso de sua liberdade e demonstrar uma conduta que despreza o facto do outro também ser titular da mesma dignidade e que exige igual respeito pela mesma. A responsabilização deste sujeito revela, além de uma função de reparação ao nível daquele que é lesado, um fundamento sancionatório, que, de acordo com Ana Mafalda Miranda Barbosa, “*visa atualizar a pessoalidade do agente perpetrador do ato*<sup>137</sup>”.

Portanto, em um caso concreto que envolva discriminação e em que não exista uma relação contratual prévia, pode-se recorrer à primeira modalidade de ilicitude, por meio da violação de direitos de personalidade, dentro dos limites citados.

Acresce a isto que a segunda parte do n.º 1 do art. 483º do CC determina que também haverá ilicitude quando houver violação de disposições legais, emanadas por órgãos nacionais e que visam a proteção de interesses alheios. Em termos materiais, a norma violada deve proteger interesses particulares, de um determinado círculo de pessoa, contra um determinado risco, bem como proibir determinado comportamento e impor uma consequência negativa caso este se verifique. Ao analisar a disposição legal, deve-se concluir

---

<sup>136</sup> Cfr. RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *ob. cit.*, pg. 398-399.

<sup>137</sup> Cfr. ANA MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Lições...*, *ob. cit.*, pg. 205. Ressalta-se que aqui temos uma função sancionatória e até educativa, no sentido de que a sociedade, como um todo, ao ver uma atuação ser considerada ilícita e ao ver uma consequência dessa, nomeadamente, a determinação de montante indemnizatório que deve ser pago pelo que discrimina, pode, ao menos, evitar cometer o mesmo ato por temer o mesmo resultado. Afastamos, por outro lado, uma função punitiva da responsabilidade civil, de forma que não falamos em aplicar uma pena àquele que discrimina.

que a finalidade desta é a proteção de um grupo de pessoas no qual o lesado se insere e não de toda a coletividade. Fundamentalmente, a segunda modalidade de ilicitude estará preenchida em concreto se a pretensão indemnizatória do sujeito jurídico-privado resultar da ação de um outro sujeito que viola, precisamente pelo modo contra o qual a disposição legal sustentava a sua tutela, o bem jurídico protegido pela norma em questão<sup>138</sup>.

Cabe uma reflexão sobre a possibilidade de considerar-se as normas constitucionais como de acordo com o dito na segunda parte do n.º 1 do art. 483º do CC. No âmbito deste estudo, resta analisar se é possível invocar a violação dos direitos fundamentais previstos na Constituição, em especial o princípio da igualdade, como aquela disposição legal a qual o n.º 1 do art. 483º do CC faz referência. Não parece que tal seja possível. Como já referido, as normas de proteção, para poderem ser mobilizadas nesse sentido, não devem tutelar interesses coletivos, mas fazer referência à proteção de interesses de um grupo específico. Ora, as normas constitucionais visam, por definição, todos os cidadãos, de forma indiscriminada. Além disto, para se admitir tal possibilidade, ter-se-ia que argumentar a aplicabilidade imediata nas relações entre privados destes preceitos fundamentais, os quais, ao serem transpostos para esse âmbito, possuiriam a característica de direitos subjetivos<sup>139</sup>. Neste sentido, estaríamos diante da primeira modalidade de ilicitude e não da segunda<sup>140</sup>. Não consegue-se verificar, nos preceitos constitucionais e em específico no art. 13º da CRP, os critérios utilizados para definir o escopo das disposições legais as quais a segunda modalidade de ilicitude se aplica. Assim, não se pode recorrer diretamente à violação de normas constitucionais para fundamentar uma ação de responsabilidade civil por violação da segunda modalidade de ilicitude.

Pode-se, contudo, recorrer às Leis que proíbem discriminação em função de características específicas, que especificamente vinculam entendidas privadas e que preveem uma sanção para a violação de seus preceitos, e podem se enquadrar no que acima foi dito acerca das normas que podem ser mobilizadas no quadro da segunda modalidade de ilicitude.

---

<sup>138</sup> Cfr ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Normas de Protecção e Danos Puramente Patrimoniais*, Almedina, Coimbra, 2009, pg. 633 e MÁRIO JÚLIO ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, Almedina, Coimbra, 2018, pg. 563.

<sup>139</sup> Sendo certo que, conforme defendido no capítulo, não se entende possível a transposição direta, sem qualquer adaptação, dos princípios constitucionais para a relação entre sujeitos jurídico-privados.

<sup>140</sup> Cfr ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *ob. cit.*, pg. 417.

Neste contexto, temos a Lei 93/2017, que proíbe a discriminação em função de raça e origem étnica e a Lei 14/2008 de 12 de Março, que proíbe a discriminação em função do sexo no acesso a bens e serviços. As previsões de ambas se aplicam no domínio do acesso a bens e serviços disponíveis ao público, fora do quadro da vida familiar e privada, incluindo a habitação, e aplicam-se tanto no setor público quanto no privado, de acordo com o art. 2º de ambas as Leis<sup>141</sup>. Pode-se ainda falar na Lei 46/2006 de 28 de Agosto que proibiu a discriminação em razão da deficiência e da existência de risco agravado de saúde e que pelo seu art. 2º vincula tanto entidades públicas como privadas, pessoas singulares ou coletivas.

As Leis citadas protegem um grupo identificável de pessoas, que são aquelas que possuem as características que aqueles normativos legais pretendem proteger. Verdade é que a Lei 14/2008 e 93/2017 podem parecer fazer referência a um grupo indeterminado, uma vez que se aplicam a discriminação em função de sexo<sup>142</sup> e em função de raça ou origem étnica, respetivamente. Ou seja, características que todos possuem. A Lei 14/2008 não se aplica só às mulheres, por exemplo. Ocorre que, concretamente, há uma restrição do grupo, pois este será aquele que sofre, de facto, discriminações. Sem querer adentrar no campo sociológico, existem grupos que, historicamente, sofreram um tratamento diferenciador prejudicial e que são vítimas, mesmo com os avanços sociais, de preconceitos. Tradicionalmente, as minorias étnicas, os estrangeiros e as mulheres são vítimas de discriminação e são estes grupos que mais se beneficiam com normas do tipo. A *ratio* de tais Leis é a proteção das pessoas que sofrem discriminação em função daquelas características.

Acresce a isto que estas Leis tutelam as pessoas contra um determinado risco, nomeadamente o de, em função de possuírem a qualidade que a Lei faz referência, o sujeito se ver impedido de exercer algum direito ou de aceder a certos bens e serviços. As Leis que visam proteger os sujeitos jurídicos-privados contra a discriminação em função do sexo, origem étnica e raça e deficiência e risco agravado de saúde, possuem a função de garantir a igualdade nos setores abrangidos pelas respetivas normas, impondo, para tal, sanções para o descumprimento das disposições, vinculando as entidades privadas a cumprirem os comportamentos pretendidos, isto é, à não discriminarem.

---

<sup>141</sup> A Lei 14/2008 exclui do âmbito de aplicação a educação e a publicidade. A Lei 18/2004 não o faz.

<sup>142</sup> Refere-se aqui a menção feita no capítulo anterior no sentido de se compreender discriminação em função do sexo como em função do género, por ser este conceito mais amplo e atual, sendo esta interpretação de acordo com a jurisprudência do TJUE.

As Leis citadas ao proibirem a discriminação enunciam situações que, em abstrato, se consideram discriminatórias<sup>143</sup>. Assim, há como que uma presunção de discriminação<sup>144</sup>. De forma geral, serão consideradas discriminatórias práticas, no âmbito das relações entre sujeitos privados, em que a declaração negocial é dirigida ao público, ainda que de forma tácita e que existirá a negação da prestação de um serviço ou do acesso a um bem, devido a uma das características tuteladas por aquelas normas. Isto porque nestes casos não costuma existir uma seleção da contraparte negocial, de forma que há um menor espaço para que se justifique um tratamento que diferencie as pessoas. A título de exemplo, analisar-se-á um restaurante hipotético. A recusa de prestação de serviços a uma pessoa que pertence a certa nacionalidade, sendo que há mesas vagas neste estabelecimento, será prática discriminatória ilícita, em princípio. Funcionará aqui a presunção de discriminação.

Por outro lado, se uma proposta para a prestação de serviço ou para fornecimento de bens é feita no contexto da vida familiar<sup>145</sup>, em um contexto puramente privado, se a oferta não é dirigida às demais pessoas, estas normas não se aplicam, não é uma discriminação, nos termos dessa legislação, ilícita. Também ficam excluídas as situações em que a proximidade da esfera pessoal da pessoa que oferece bens ou serviços influencia muito mais a escolha da contraparte contratual do que considerações de ordem económica. Ou seja, se uma pessoa quer arrendar um quarto no local de sua própria residência existe a forte possibilidade que se oriente por fatores pessoais e subjetivos e não simplesmente avalie quem tem uma melhor condição financeira, ou seja, que utilize um critério racional, de forma que essas legislações anti discriminação não se aplicam nestes casos. Fora do âmbito da oferta ao público, discriminações diretas, no sentido de adoção de critérios ou de emissão de declarações claramente discriminatórias, também estão enquadradas nesta presunção de discriminação.

---

<sup>143</sup> Para o elenco de práticas determinadas por essas Leis ver o art. 4º da Lei 46/2006, o art. 3º da Lei 18/2004 e o art. 4º/2 da Lei 14/2008. A Lei 18/2004 tem um âmbito de aplicação mais extenso que a Lei 14/2008, por incluir o setor de educação e publicidade e a Lei 46/2006 inclui particularidades das características aqui tuteladas, ao considerar que é prática discriminatória, por exemplo a recusa ou o impedimento da utilização e divulgação da língua gestual e a recusa ou a limitação de acesso ao meio edificado ou a locais públicos ou abertos ao público.

<sup>144</sup> Cfr ANA MAFALDA MIRANDA BARBOSA E JOÃO PEDRO SILVA RODRIGUES, “Nós (Eu e Tu) e o outro (Estado) ou o outro entre Nós?”, *BFD* 87, 2011, pg. 352.

<sup>145</sup> Se uma pessoa não faz o anúncio em um meio público (não coloca um anuncio nem na internet nem em um jornal), mas só diz para alguns familiares, por exemplo.

Assim, para que se preencha a segunda modalidade de ilicitude, ter-se-á que verificar se o caso concreto se encontra verificado no âmbito de relevância da Lei, isto é, se o facto praticado pelo lesante é concretamente considerado como discriminatório por estas disposições legais.

Tem-se que as legislações *supra* apontadas estabelecem algumas regras para a reparação por responsabilidade civil. Há, ainda, referência a outras formas de sanções, para além da esfera de reparação civil, como a estipulação de contraordenações e sanções acessórias, que são aplicadas simultaneamente com as coimas<sup>146</sup>. Portanto, preenche-se a necessidade de existir, para que se identifique a violação de uma disposição legal capaz de preencher a segunda modalidade de ilicitude, alguma forma de sanção prevista para o descumprimento das disposições. O facto de existirem disposições deste tipo evidenciam que o legislador entendeu que os interesses protegidos por estas Leis são importantes para o desenvolvimento da sociedade, de forma que a violação das mesmas revela um comportamento contrário aos interesses sociais que deve ser prevenido, além de censurado.

Percebe-se, portanto, que nos casos que envolvam discriminação em função das características que as citadas Leis tutelam, ou seja quando se encontrem dentro do âmbito material destas, será possível, via de regra, afirmar que os critérios necessários para que se ateste a segunda via de ilicitude estão verificados.

Feitas estas considerações, tem-se que as citadas Leis positivam a tutela de uma zona específica do bem jurídico objeto<sup>147</sup> de proteção dos direitos de personalidade acima citados. Assim, caso a situação concreta esteja enquadrada no escopo material daquelas disposições legais, deve-se recorrer à segunda modalidade de ilicitude, uma vez que, desta forma, não será necessário a argumentação jurídica no sentido de se comprovar a existência da violação de um direito absoluto, o que, nos casos que envolvem discriminação sempre exigirá algum expediente argumentativo axiológico, uma vez que não existe um direito absoluto positivado, no Direito Civil, de não discriminação, sendo necessário o recurso a algum direito especial ou ao direito geral de personalidade, conforme já enunciado no capítulo anterior.

---

<sup>146</sup> Artigos 6º e 10º e 11º da Lei 18/2008; Artigos 9º, 10º e 12º, 13º da Lei 14/2008; Artigos 6º, 7º e 9º e 10º da Lei 46/2006.

<sup>147</sup> A igualdade *jus* civilisticamente tutelada, como antes referido.

Assim, o recurso a uma disposição legislativa evita esta situação. Neste sentido, afirma-se que a segunda modalidade de ilicitude carrega uma certa facilitação, em comparação com a primeira, em termos de prova da sua existência<sup>148</sup>. As disposições legais concretizam, em seus textos, formas de conduta determinadas que não são permitidas e a ilicitude da conduta fica provada com a observância, pelo lesante, de tais formas de atuação.

Outro ponto importante de comparação entre as duas modalidades é em relação ao critério da culpa, outro pressuposto da responsabilidade civil. Dispõe o n.º 2 do art. 483º do CC que, em regra<sup>149</sup>, só haverá responsabilidade civil se a culpa do agente for verificada. No âmbito da violação de direitos absolutos, o lesado deverá provar a culpa daquele que atuou de forma ilícita, sendo que aqui culpa é traduzida como um desvio na conduta que é exigível a um membro da sociedade e se manifesta em duas modalidades, nomeadamente no dolo e na negligência<sup>150</sup>. Deve-se provar, não só que a ação foi obra daquela pessoa, mas que esta devia e podia ter atuado de forma diferente naquela circunstância, de acordo com os valores do nosso ordenamento<sup>151</sup>. Se na ilicitude existe um desvalor objetivo, na culpa este é subjetivo<sup>152</sup>.

Portanto, e de acordo com o modelo de inspiração germânica adotado, a culpa e a ilicitude não se confundem e ambas devem estar verificadas para que a pretensão indemnizatória seja válida. No caso concreto, deverá se avaliar se a conduta daquele que praticou o ato discriminatório é reprovável e em que medida.

Na esfera da segunda modalidade, a culpa deve reconduzir-se à violação normativa<sup>153</sup>, não tendo de ser previsível o resultado dessa atuação. Diz Ana Mafalda Miranda Barbosa que, nesta, “*o juízo da culpa se antecipa, sem que isso implique uma alteração significativa em relação à primeira modalidade*”<sup>154</sup>.

---

<sup>148</sup> Cfr ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *ob. cit.*, pg. 260.

<sup>149</sup> Diz-se em regra porque existem possibilidades de responsabilidade objetiva. Não se tratará destas aqui, por não se enquadrar o tema trabalhado nesses casos.

<sup>150</sup> O lesado terá direito à indemnização tenha o lesante atuado com dolo ou com negligência. A diferença revela para cálculos de indemnização, de acordo com o art. 494º CC e também ao nível das cláusulas de limitação e exclusão de responsabilidade que são, nos termos do art. 809º CC, válidas quando se referem à culpa leve. Além disso, também pode existir diferença em relação ao nexos de imputação objetiva, Cfr. ANA MAFALDA MIRANDA BARBOSA, Do nexos de causalidade ao nexos de imputação, *ob. cit.*, pg. 902 e ss.

<sup>151</sup> Cfr MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, *ob. cit.*, pg. 579.

<sup>152</sup> Cfr ANA MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Lições ...*, *ob. cit.*, pg. 228.

<sup>153</sup> Cfr ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *ob. cit.* pg. 671.

<sup>154</sup> Cfr ANA MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Lições ...*, *ob. cit.*, pg. 175.

No contexto deste trabalho, afirma-se que, comumente, as pessoas não revelam o motivo da discriminação, de forma que o lesado, ao querer fazer valer a sua pretensão indemnizatória, encontrará dificuldade em provar a culpa do demandado, em provar que aquela que discriminou não estava a atuar dentro da sua esfera de autonomia privada e dentro dos limites do ordenamento jurídico, mas sim com dolo ou negligência. Ora, esta dificuldade será, essencialmente, a mesma nas duas formas de ilicitude apresentadas. Isto porque a culpa na segunda modalidade reconduz-se, como dito, à violação da disposição legal de proteção, o que passa por provar que o demandado realizou uma das condutas proibida pelas Leis, mas que o fez em função do demandante possuir a característica protegida.

Para clarificar o *supra* exposto, utilizar-se-á, a título de exemplo, a Lei 14/2008, que em seu n.º 1 do art. 4º dispõe que é proibida a discriminação direta e indireta em função do sexo, sendo que no número 2 deste artigo positiva-se as presunções de situações discriminatórias. Assim, a recusa do fornecimento de um serviço, prevista na al. a) do n.º 2 do art. 4º, em função do sexo, uma vez que a definição de discriminação direta e indireta prevista no art. 3º utiliza essa expressão, será discriminatória. Portanto, terá o autor do pedido indemnizatório de provar que, não só o agente recusou o serviço, mas que o fez em função do sexo do demandante. Ora, se estivéssemos no seio da primeira modalidade, também teria que ser provado que a negação, por parte do outro, daquele serviço foi feita por motivos discriminatório em função daquela característica. A verificação da culpa reside, pois, na violação da dignidade da pessoa humana, no desvio na conduta expectável de uma pessoa.

Diferença mais significativa se apresenta em sede de ónus da prova<sup>155</sup>. Em regra, cabe a parte que alega um facto o provar. Nesse sentido, desde logo cabe ao demandado fazer prova da culpa do demandante, por meio de elementos objetivos e subjetivos. Este ónus será invertido se houver alguma presunção legal neste sentido.

No âmbito da segunda modalidade de ilicitude, será difícil encontrarmos uma situação de violação não culposa de uma norma. Embora não seja possível afirmar que culpa e ilicitude se confundem totalmente, a verdade é que possuem uma estreita relação nesta esfera. A ilicitude, nesta modalidade, tem uma função dominante em relação à culpa<sup>156</sup>. Entende-se que, a partir do momento que o legislador desejou impor uma forma de comportamento que considera adequada, de modo que sanciona aqueles que atuem em

---

<sup>155</sup> E o que facilitará a tarefa de evidenciar a culpa, como se explicará.

<sup>156</sup> Cfr ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *ob. cit.*, pg. 654.

desconformidade com este, poucas serão as situações em que não existirá, quando a pessoa age daquela maneira que o legislador quis impedir, culpa. Assim, podemos falar em uma inversão do ónus da prova<sup>157 158</sup>.

As Leis 46/2006 e 14/2008 apresentam previsões acerca do ónus da prova, em seus artigos 6º e 9º, respetivamente. As disposições dessas duas Leis são semelhantes<sup>159</sup> e são no sentido de que cabe aquele que alega a discriminação (em função das características resguardadas por cada uma das Leis) apresentar elementos de facto suscetíveis de a indicarem, incumbindo a outra parte provar que não houve discriminação direta ou indireta<sup>160</sup>.

Já no caso da Lei mais recente, temos que o n.º 1 do art. 14º da Lei 93/2017 determina que, nas ações consideradas como discriminatórias pela dita norma, presume-se a “*intenção discriminatória*”, não sendo necessária prova nesse sentido. O número 2 do mesmo artigo ressalva que tal presunção é ilidível.

Ocorre que, conforme o dito acerca da culpa na segunda modalidade de ilicitude, o disposto na legislação indicada não difere muito da regra. Essencialmente, como cabe ao demandante alegar a ilicitude do comportamento do outro, por meio da violação da Lei, este já está a apresentar elementos de facto suscetíveis de indiciarem a discriminação, uma vez que as Leis proíbem precisamente aquele comportamento. Assim, pode-se afirmar que esta solução é mais ou menos semelhante ao que as normas apresentam, se não se observasse as

---

<sup>157</sup> Cfr ANA MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Lições ...*, *ob. cit.*, pg. 178.

<sup>158</sup> O que não elimina a importância da culpa. Inclusive, funcionam aqui causas de exclusão de culpa. Sobre o assunto, ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *ob. cit.*, pg. 688-689.

<sup>159</sup> A maior diferença se encontra na Lei 14/2008, que difere, inclusive, do texto da Diretiva 2004/113/CE, que foi transposta para o direito interno por aquela Lei. A Diretiva impõe um padrão mínimo de proteção, que não pode ser reduzido, somente aumentando. O art. 9º, n.º 1 da Diretiva apresenta a seguinte redação: “*Os Estados-Membros devem tomar as medidas necessárias, de acordo com os respetivos sistemas judiciais, para assegurar que, quando uma pessoa que se considere lesada pela não aplicação, no que lhe diz respeito, do princípio da igualdade de tratamento apresentar, perante um tribunal ou outra instância competente, elementos de facto constitutivos da presunção de discriminação direta ou indireta, incumba à parte demandada provar que não houve violação do princípio da igualdade de tratamento*” (grifo nosso). Por sua vez, o texto do art. 9º da Lei é: “*Cabe a quem alegar ter sido lesado por um ato de discriminação direta ou indireta apresentar os factos constitutivos do mesmo, incumbindo à parte demandada provar que não houve violação do princípio da igualdade de tratamento.*” (grifo nosso). Ora, vemos que existe diferença, pois parece ser mais exigente a Lei que a Diretiva, o que não é possível. Este problema se resolve ao fazermos uma interpretação da Lei no sentido da Diretiva, o que tem por resultado uma aproximação com as previsões das outras duas Leis citadas, que seguem o modelo de ónus da prova proposto pela Diretiva 2000/43/CE, que a Lei 18/2004 transcreveu para o ordenamento interno e que a Diretiva 2004/113/CE seguiu.

<sup>160</sup> É necessário que se prove, portanto, que as diferenças de tratamento não assentam em nenhuma das condutas que as referidas Leis tratam como discriminatórias, que se houve uma diferença de tratamento essa não ocorreu em função da característica em questão ou então tem que se provar que não existiu qualquer distinção.

regras específicas da legislação, mas somente às regras de funcionamento da responsabilidade civil. Contudo, estas normas consolidam um sistema de certa facilitação para aquele que foi discriminado, uma vez que nunca será simples conseguir provar que outra pessoa agiu com intuito discriminatório, que aquela diferença de tratamento ocorreu em função da qualidade que é protegida pelo ordenamento, conforme já mencionado. Por outro lado, apresentar elementos de facto que demonstrem uma diferença de tratamento pode ser tarefa mais viável, uma vez que se adentra menos na esfera psicológica daquele que supostamente discriminou, embora seja importante ressaltar que é necessário a apresentação de factos que possibilitam que se conclua, com certa segurança, pela verificação da discriminação e não de alguns poucos e fracos indícios desta.

O conceito de ônus da prova presente nessas Leis anti discriminação não é inédito. A Suprema Corte Americana, em 1973, no caso “*McDonnell Douglas Corp. v. Green*”<sup>161</sup>, entendeu ser suficiente que o demandante provasse somente a discriminação *prima facie*, o que poderia, de acordo com esta decisão judicial, ser feito por meio da constatação de que o demandante pertencia a uma minoria racial; que ele se candidatou para o trabalho em questão e que era competente para exercer este; que apesar das suas qualificações, ele foi rejeitado e que, após isto, o demandado continua a procurar uma pessoa, com as mesmas qualificações o demandante possuía, para aquele trabalho. Ao passo que o acusado de discriminar, o demandado, deveria provar que possuía um motivo racional para proceder daquela forma e não um discriminatório. Neste sentido, a prova do comportamento discriminatório, de facto, caberia ao demandado, uma vez que será este que terá que argumentar que não agiu em função de uma conceção negativa em relação a uma característica do demandante. Isto se o demandado conseguiu juntar alguma evidência de que existiu um tratamento discriminatório<sup>162</sup>.

---

<sup>161</sup> Tal caso ocorreu no âmbito do direito do trabalho. O Sr. Green, um mecânico na empresa demandada e um ativista pela causa da igualdade de raças, foi despedido por esta. Algum tempo depois, respondeu a um anúncio de trabalho, para o qual era qualificado, na mesma empresa e teve a sua candidatura negada, sendo que após isso ainda continuaram a procurar uma pessoa para ocupar aquela posição, ou seja, ainda não existia alguém para aquele cargo. Assim, o Sr. Green alegou que sofreu discriminação, em função de sua raça, apresentando para tal o seu tratamento desfavorável. *Cfr.* acórdão da SUPREME COURT OF THE UNITED STATES, de 14 de Maio de 1973, processo n.º 72-490, McDonnell Douglas Corp. contra Green, disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/411/792/> (24.04.2017).

<sup>162</sup> A razão para que se chegasse a essa decisão, que já tinha sido repetida em outras ocasiões pela mesma corte, ver: acórdão da SUPREME COURT OF THE UNITED STATES, de 04 de Março de 1981, processo n.º 79-1764, Texas Department of Community Affairs contra Burdine, disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/450/248/case.html> (01.07.2018), foi que se entendeu que o empregador, em princípio, atua de forma racional quando decide quem contratar ou despedir e que somente ele

Transpondo este pensamento para o contexto no Direito Civil português, ter-se-á que o determinado pelas Leis que regulam o assunto é que só se deve alterar o ónus da prova, que seria do demandante, em relação aos factos que esta parte não tem acesso ou não conseguirá, segundo requisitos razoáveis, ter ao seu dispor. Não existe uma inversão completa, nem se onera em demasia o demandado, de forma que para este seria paticamente impossível se defender da acusação de discriminação. Em contrapartida, não se exige do demandante uma prova diabólica.

De forma mais clara, aquele que alega a discriminação não precisa provar a motivação do lesante, somente apresentar factos que permitam se concluir pela ocorrência de uma discriminação direta ou indireta. Portanto, o demandante deve provar os factos que alega e o demandado deve apresentar argumentos razoáveis e racionais que justifiquem o tratamento conferido, o qual, em princípio, parece ser um ilícito discriminatório.

Exigir que o demandante prove a motivação daquele que lhe discriminou seria desproporcional e frustraria a maioria das ações neste sentido, não protegendo de maneira eficaz aquele que foi lesado pela discriminação ou asseguraria a reparação do dano sofrida por causa desta, que é a finalidade do instituto da responsabilidade civil. Isto porque a existência da discriminação na nossa sociedade é explicada pela existência de estereótipos e preconceitos intrínsecos no pensamento das pessoas, bem como por relações seculares de poder de uma maioria sobre uma minoria. A discriminação ilícita, por definição, é irracional. Assim, a prova de que uma pessoa agiu com a intenção de discriminar em função de uma certa qualidade é deveras subjetiva. Se uma pessoa que está a vender um certo bem móvel, recusa a melhor oferta que recebeu, sendo que esta foi feita por alguém que pertence a uma minoria étnica, à primeira vista será possível, e até previsível, assumir que existe aqui uma discriminação em função da origem étnica. Contudo, na realidade, a recusa de estabelecer o contrato pode ter fundamento em uma experiência negativa prévia com aquela pessoa ou alguma outra justificação proporcional e adequada. Ou seja, por um motivo racional e não discriminatório. Ocorre que comumente a motivação está oculta, uma vez que as pessoas não revelam o motivo que as leva a não contratar com certa pessoa.

---

tem a capacidade para explicar o motivo pelo qual atuou. Além disto, pressupõe-se que a razão mais provável que explique a razão da recusa de uma pessoa que pertence a uma minoria para ocupar um cargo vago, para a qual esta é competente, é o facto de o candidato pertencer àquela minoria.

Parece, portanto, que a escolha feita pelas citadas Leis foi razoável e proporcional, possibilitando que aquele que sofreu uma discriminação consiga ter sucesso na sua pretensão indenizatória, mas, ao mesmo tempo, não condenando desde logo o demandado, uma vez que esse ainda tem possibilidade de provar que atua de forma racional.

Assim, o ónus da prova se apresenta como uma diferença significativa entre as duas modalidades de ilicitude, uma vez que as regras presentes nas normas citadas não se aplicam, via de regra, na violação de direitos absolutos. Neste campo, de acordo com as regras próprias de repartição do ónus da prova, cabe ao lesado provar, em juízo, uma eventual violação culposa dos seus direitos de personalidade com base no comportamento discriminatório.

Contudo, os motivos apresentados para justificar a opção legislativa feita, em relação ao ónus da prova, também se aplicam à discriminação em função de outras características relevantes e em outros âmbitos. Desta forma, defende-se uma interpretação extensiva para qualquer discriminação em função de característica relevante, no acesso a bens e serviço. Não parece que seja possível ampliar este entendimento para os casos de discriminação em qualquer âmbito das relações privadas. Este expediente foi retirado da área laboral, na qual, em princípio, os empregadores agem de acordo, pelo menos em maior medida, pela razão. Há menos espaço para conceções subjetivas, ou pelo menos assim exige o ordenamento. O mesmo pode ser afirmado do acesso a bens e serviços, em que temos uma oferta indiscriminada ao público<sup>163</sup>. Aqui também, em comparação com outras esferas privadas, há uma maior frieza na escolha da contraparte negocial. Assim, é adequado e proporcional que, se o demandante conseguir apresentar elementos de facto constitutivos da presunção de discriminação direta ou indireta, entenda-se que, provavelmente, ocorreu uma discriminação, pois o demandado não deve ter razões que expliquem a recusa de contratar, a não ser por motivos discriminatórios. Se existir um motivo racional, cabe ao suposto lesante o apresentar, porque só este conseguirá o fazer, uma vez que a conduta expectável de um homem médio é que, no acesso a bens e serviços com oferta ao público, não exista uma recusa de contratar irracional. Assim, por meio de uma extensão teleológica, poderíamos aplicar o disposto nas citadas Leis sobre o ónus da prova em outros casos em que, no acesso a bens e serviços, exista uma discriminação ilícita.

---

<sup>163</sup> Lembra-se que foi previamente excluído a área de esfera estritamente privada da aplicação daquelas Leis. Se o público não tem conhecimento da oferta, as citadas Leis não se aplicam.

Assim, e aplicando-se o disposto no capítulo anterior, quando, no acesso a bens e serviços, exista uma atuação discriminatória, o lesado deverá apresentar factos constitutivos da lesão do seu direito de não ser discriminado, invocando, na maioria dos casos, o direito geral de personalidade que tutela o bem *jus* civilisticamente considerado da igualdade e que, tal atuação discriminatória do outro, violou a sua dignidade da pessoa humana, pois, só assim, existirá violação de direito de personalidade, ou seja, de um direito absoluto, de acordo com a primeira modalidade de ilicitude.

Ainda cabe uma nota sobre a responsabilidade extracontratual, acerca da exclusão de ilicitude<sup>164</sup>. O facto danoso não será ilícito quando for praticado no livre exercício de um direito. Aqui aquele que discrimina poderia, portanto, argumentar que foi no exercício da sua autonomia privada que o ato ilícito foi praticado. Contudo, e em correspondência com o enunciado ao longo deste trabalho, não se considera válida essa forma de exclusão, pois nos casos de discriminação ilícita, existe um patente caso de um abuso de liberdade por parte daquele que diferencia o outro e que não deve ser tutelado pelo direito.

Acresce a isto que, sobre o dano, resumidamente<sup>165</sup>, pode-se afirmar que este critério pode ser definido como toda a ofensa de bens ou interesses alheios protegidos pelo Direito. Assim, serão ressarcidos aqueles que tenham resultado do ilícito, de acordo com o nexo de causalidade. Extremamente importante é a noção de que o dano surge como limite e medida da indemnização<sup>166</sup>. Nas ações de responsabilidade civil extracontratual por discriminação ilícita, o ilícito viola a esfera dos direitos absolutos do lesado, viola o seu direito a não ser discriminado, como já explicado em capítulos anteriores, o que gera danos não patrimoniais, ressarcíveis nos termos do art. 496º do CC. Poderá, ainda, estarem verificados danos patrimoniais, se no caso concreto da recusa na prestação de um serviço, acesso a um bem ou de estabelecer um contrato advenha alguma perda financeira ao

---

<sup>164</sup> Via de regra, a exclusão de ilicitude pode se dar pelo regular exercício de um direito e o cumprimento de um dever jurídico, pela ação direta, legítima defesa, estado de necessidade e o consentimento do lesado – *Cfr.* MARIO JÚLIO ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações, ob. cit.*, pg. 567 e seguintes.

<sup>165</sup> Para uma análise aprofundada do nexo de causalidade: ANA MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Responsabilidade civil extracontratual: novas perspectivas em matéria de nexo de causalidade*, Princípia, Cascais, 2014.

<sup>166</sup> *Cfr.* ANA MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “Reflexões em torno da Responsabilidade Civil: teologia e teleonomologia em debate”, *BFD*, 2005 n.º 81, pg. 516.

discriminado e, é claro, se ficar provado que esta redução patrimonial teve como origem o ilícito<sup>167</sup>.

Cumpra ainda dizer que, com a admissão da responsabilidade civil extracontratual nos casos em que há discriminação, cumpre-se o objetivo de tentar prevenir a ocorrência de tal ilícito, uma vez que ao existir a ameaça de a pessoa que discrimina ser condenada ao pagamento de uma indemnização, há uma tendência para que se observe a conduta desejada pelo Direito, ou seja, a não discriminação, de se adotar deveres de cuidado como forma de evitar danos. Isto aliado à imposição de contraordenações pelas Leis citadas que proíbem comportamentos discriminatórios, funciona como uma verdadeira prevenção de futuros comportamentos ilícitos<sup>168</sup>.

Em uma outra esfera, caso exista uma relação contratual que vincule as partes, há que se avaliar se estão preenchidos os requisitos da responsabilidade contratual. Esta tem como fundamento basilar uma ideia de confiança<sup>169</sup>, no sentido de que as partes, ao estabelecerem uma obrigação contratual, acreditam que as prestações serão cumpridas pelo outro, ao mesmo tempo que se comprometem a cumprir o que de si é expectável. Além disto, o próprio sistema contratual, por ter a boa-fé<sup>170</sup> como princípio basilar, releva para esta confiança. A relação obrigacional que une as partes é complexa e pressupõe o cumprimento de vários direitos e deveres, sendo os mais significativos destes os deveres de conduta que decorrem da boa-fé.

Assim, a responsabilidade contratual possui como função a satisfação do interesse do credor, mas não pela forma que inicialmente se previu e que se realizaria caso a situação tivesse corrido o rumo que as partes inicialmente idealizaram. É importante salientar que o credor não fica satisfeito somente com a realização da prestação, mas sim com o facto de tal ocorrer de acordo com as formas delimitadas previamente e de maneira que se conserve seus

---

<sup>167</sup> Não subscrevemos à corrente que aceita o dano punitivo no direito português. O dano punitivo, também mais conhecido em seu termo em inglês - *punitive damages* - possibilita a fixação de uma indemnização em um montante superior ao prejuízo que o lesado sofreu, como forma de o punir pela prática do ato ilícito. Não aceitamos tal tipo de dano por considerar que este não é está de acordo com o instituto da responsabilidade civil português, que na verdade utiliza o dano como uma forma de limitar o valor da indemnização. Além disso, o dano punitivo nada mais é do que uma espécie de multa privada, uma aproximação perigosa do direito penal no âmbito do Direito Civil, que não deve ser acolhido. Uma análise mais profunda sobre o tema em: ANA MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “Reflexões em torno da Responsabilidade Civil: teologia e teleonomologia em debate”, *ob. cit.*, pg. 570 e ss.

<sup>168</sup> *Cfr.* ANA MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “Reflexões em torno da Responsabilidade Civil: teologia e teleonomologia em debate”, *ob. cit.*, pg. 519 e 520.

<sup>169</sup> *Cfr.* ANA MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Lições...*, *ob. cit.*, pg. 19.

<sup>170</sup> Entende-se boa-fé no sentido objetivo, como norma de conduta.

interesses pessoais e patrimoniais. Como consequência deste entendimento, tem-se que a responsabilidade contratual resultará do não cumprimento, do cumprimento defeituoso ou da mora. Nestas situações, o devedor não cumpre a obrigação que lhe era devida, o faz de forma defeituosa ou, embora cumpra o dever de prestar, viola deveres de proteção, o que resulta em uma lesão na esfera pessoal ou no património do credor<sup>171</sup>.

Cabe limitar o que seriam estes deveres de cuidado. Não existe um dever geral de solidariedade ou de respeito para com o outro, mas na relação contratual, como já enunciado, vigora a boa-fé. Assim, a fonte desse dever de cuidado tem de ser precisamente esse princípio. Em nome do interesse contratual, para se garantir uma efetiva prestação, deve-se observar certos cuidados, de modo que “*os danos que se podem reconduzir ao âmbito contratual são aqueles que deveriam ser obliterados com o cumprimento do referido dever*”<sup>172</sup>.

Conforme o *supra* exposto, para que seja possível que uma atuação discriminatória seja apta a gerar responsabilidade contratual é necessário que exista uma prévia obrigação que vincule as partes envolvidas, nomeadamente o sujeito que se sente ofendido e o que supostamente realizou a ação discriminatória. Ainda, é necessário reconduzir esta atuação discriminatória a uma das modalidades de incumprimento *supra* elencadas.

Ponto fulcral é que existindo incumprimento da obrigação contratual, esta como que se transforma em uma obrigação de indemnizar e tal facto jurídico independe do que conduz à falha na prestação, ou seja, de qual a modalidade de incumprimento ou qual foi a motivação do devedor. Existirá, caso verifique-se os outros requisitos, sempre responsabilidade contratual.

Portanto, o fundamental não é o que motiva o comportamento do devedor, mas sim que este não cumpriu com a sua prestação, violando a confiança que motiva toda esta relação jurídica. Por exemplo, em um caso em que um contraente, do sexo masculino, reserva um quarto de casal em um hotel em seu nome, pagando pelo mesmo, mas quando chega no estabelecimento junto de seu marido, lhes é negado a permanência em um quarto de casal por o hotel ter uma política contra casais homossexuais, embora tenha aquele contraente previamente estabelecido que queria um quarto com estas condições e tendo tal lhe sido

---

<sup>171</sup> Cfr ANA MAFALDA MIRANDA BARBOSA, Lições ..., *ob. cit.*, pg. 410.

<sup>172</sup> *Ibidem*, pg. 412.

garantindo, ou seja, existindo um contrato nestes termos, há uma violação do contrato. Neste caso, a obrigação de prestar não foi cumprida e o estabelecimento hoteleiro incorre em responsabilidade contratual, mas não precisamente porque discriminou aquele casal, mas sim porque não cumpriu com a obrigação previamente estabelecida.

Ocorre que, no exemplo *supra*, há falta de cumprimento da prestação principal do contrato, sendo que este pode ser definido como a não realização da prestação por parte do devedor, que pode agir por vontade própria ou por facto que lhe é imputável.<sup>173</sup> Não releva, portanto, para que se afirme o não cumprimento de uma prestação, a razão subjetiva que motivou a atuação, ou a não atuação, do devedor. O mesmo raciocínio pode ser estendido analogicamente para as outras modalidades de incumprimento.

A mora, prevista no art. 804º, configura-se como um atraso na prestação, imputável ao devedor e sendo que a prestação tem ainda de ser possível. Acresce aos tipos de incumprimento, as situações de cumprimento defeituoso, que englobam o cumprimento imperfeito e as situações de violação positiva do contrato<sup>174</sup>. O primeiro tipo é, como já referido, marcado pelas situações de não observância dos deveres de prestação, ao passo que o segundo é definido pela violação de deveres de conduta, que emergem por força da boa-fé diante do caso concreto, sendo que pode-se afirmar que este princípio contratual faz, por vezes, surgir deveres de proteção relacionados ao credor.

A título de exemplo e para clarificar o argumento *supra* exposto, tem-se que um membro de uma minoria étnica celebra um contrato de prestação de serviços. Na execução deste, o prestador de serviços sempre ostentou um comportamento discriminatório em relação àquele contraente. Não está aqui em questão o incumprimento da prestação, mas sim o dever de proteção em relação a integridade da personalidade das partes contratuais, dever este que se integra no conteúdo contratual. Este comportamento discriminatório traduz-se em um cumprimento defeituoso do contrato. Nestes termos, não há uma presunção de discriminação, mas sim de falta de respeito para com os fundamentos reguladores do contrato. A solução seria a mesma se o prestador de serviços de tratasse o outro contraente

---

<sup>173</sup> Nos termos dos artigos 790º e 791º, caso seja impossível, por motivos objetivos ou subjetivos, cumprir a obrigação, esta se extingue. Dessa forma, não temos aqui um incumprimento por parte do devedor. Se a impossibilidade for imputável ao devedor, o credor terá também direito a uma indemnização, nos termos do art. 801º, sendo tal situação mais semelhante aos casos de incumprimento dispostos, embora a obrigação se considere extinta, de forma que não são duas situações idênticas.

<sup>174</sup> *Cfr.* ANA MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Lições...*, *ob. cit.*, pg. 419.

simplesmente por não simpatizar com este, sem existir um motivo discriminatório<sup>175</sup> como base de seu comportamento.

Assim, a reprovação do ordenamento em relação às modalidades de não cumprimento citadas situa-se na falha de se proceder de acordo com os deveres previamente estipulados, ou seja, a tutela reside na proteção do contante contra a violação da confiança que as partes depositam no contrato. Como o que está em causa nesta modalidade é a satisfação do interesse do credor, a não realização do mesmo determina que o devedor incorra em responsabilidade contratual, tendo este como defesa a prova de que o facto, isto é, a não satisfação do interesse do credor, não lhe é imputável.

O dano que aqui existe não é, como no caso da responsabilidade extracontratual, a violação do direito a não ser discriminado, mas sim a falha no cumprimento da obrigação contratual, na prestação devida, no respeito aos princípios contratuais. O dano é diretamente relacionado à existência do contrato.

A questão da discriminação será relevante, possivelmente, na atribuição de danos não patrimoniais, uma vez que é possível que se consiga provar que o conhecimento de que o devedor não cumpriu com a sua obrigação por motivos discriminatórios causou danos que, pela sua gravidade, merecem a tutela do direito, nos termos do n.º 1 do art. 496º do CC. Sendo que é importante ressaltar que não é unânime na doutrina a compensação dos danos não patrimoniais a nível contratual<sup>176</sup>, mas a afirmação desta possibilidade parece ser a opinião majoritária<sup>177</sup> da doutrina e da jurisprudência e defende-se que esta posição é a que está em maior conformidade com o sistema. O art. 496º do CC não prevê especificamente a possibilidade de aplicação na responsabilidade contratual, mas isto não é determinante, pois o silêncio do legislador não deve ser considerado como afirmação da impossibilidade<sup>178</sup>, até pelo Direito não se esgotar na letra da Lei, e nada impedir que a nível contratual existam interesses que ultrapassem a dimensão patrimonial. Nos casos em que existe uma

---

<sup>175</sup> Cfr. ANA MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Lições...*, ob. cit., pg. 324, nota 14.

<sup>176</sup> Contra a indemnização dos danos não patrimoniais a nível de responsabilidade contratual temos os autores ANTUNES VARELA e MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA.

<sup>177</sup> Mesmo na jurisprudência, como, por exemplo, “*Paralelamente, são também indemnizáveis, a título de danos não patrimoniais, os incómodos, perturbações e frustrações de ordem moral, sofridos em consequência dos sobreditos erros de conceção, nos termos dos artigos 494.º e 496.º, n.º 1, subsidiariamente aplicáveis no domínio da responsabilidade contratual.*”, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 14 de Dezembro de 2016, processo n.º 492/10.0TBPTL.G2.S1, Relator: Tomé Gomes, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/e94b83b1e4a081ee802580890060d46a?OpenDocument> (01.07.2018).

<sup>178</sup> Cfr. ANA MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Lições...*, ob. cit., pg. 428.

discriminação, ter-se-á uma ofensa à integridade da pessoa, que pode, portanto, configurar danos não patrimoniais, se existir uma violação à dignidade da pessoa humana, nos termos já dispostos. Não parece existir nenhuma justificação jurídica viável para que estes danos não possam ser indemnizados a nível contratual.

Em resumo, tem-se que é possível que, em especial no decorrer da execução de um contrato, o devedor, inspirado por concepções preconceituosas sobre uma característica do credor, não cumpra a prestação que lhe era devida, de acordo com as modalidades enunciadas. Contudo, não será aqui necessário um esforço argumentativo-jurídico no sentido de se provar a ilicitude da atuação discriminatória. Será suficiente que se evidencie o não cumprimento da obrigação previamente estabelecida entre as partes, sendo que esta leva a obrigação de indemnizar, sendo que a culpa por parte do devedor é presumida.

Cabe ainda uma nota sobre a possibilidade de cumular fundamentos em uma mesma pretensão indemnizatória das duas modalidades de responsabilidade. Isto porque devido a uma conduta discriminatória, o lesado pode sofrer violação à sua integridade moral, aos seus bens de personalidade, o que, segundo terminologia enunciada por Paulo Mota Pinto, configura um “*interesse na integridade*”<sup>179</sup> daquele que é discriminado. Contudo, também é possível, nas palavras do mesmo autor, existir um “*interesse na prestação*”<sup>180</sup>, traduzido pela vontade de se ver cumprida uma prestação, sendo certo que é uma ação, realizada pela contraparte negocial, motivada por uma percepção negativa de alguma qualidade que a outra pessoa possui, que frustra esta vontade. Quando estes dois interesses coexistam, pode existir a violação do direito geral de personalidade, resultante não da relação contratual propriamente dita, mas de uma relação social entre duas pessoas titulares da mesma dignidade, e, por outro lado e conforme o já enunciado, a violação do contrato, devido a frustração da prestação e que tem como consequência a responsabilidade contratual. Assim, é viável que o mesmo facto danoso, o mesmo ato discriminatório, possa ser assimilado, na

---

<sup>179</sup> Cfr. PAULO MOTA PINTO, *Autonomia...*, ob. cit., pg. 361.

<sup>180</sup> *Idem*.

sua intencionalidade problemática, pelo regime da responsabilidade contratual, seja pelo interesse contratual positivo<sup>181</sup> ou negativo, e extracontratual<sup>182</sup>.

O Código Civil não se pronuncia sobre o assunto, mas Vaz Serra, nos trabalhos preparatórios do Código, apontou que a solução seria que o lesado pudesse cumular os dois regimes na sua pretensão indemnizatória. Dentro dos que defendem um sistema de cúmulo, temos a possibilidade do lesado, em uma única ação, utilizar os dois regimes, utilizando as normas que entender mais favorável; de poder optar entre um dos regimes e a de admitir a possibilidade de existirem duas ações autónomas, uma para averiguar o delito contratual e outra em referência à ofensa de direitos absolutos. Por sua vez, o sistema de não cúmulo determina a aplicação do regime da responsabilidade contratual, como consequência de um princípio de consunção<sup>183</sup>.

Algumas notas breves sobre o assunto. Primeiro, admitir o modelo dual de responsabilidade civil, por razões não só sistemáticas, mas também axiológicas, é assumir que não há especialidade entre a responsabilidade extracontratual e contratual, de modo que não se pode afirmar que uma prevalecerá sobre a outra em caso de concurso. Além disto, também não parece possível que se admita a existência de duas ações autónomas<sup>184</sup>. Isto porque há uma única conduta ilícita, que desencadeia danos que excedem as relações contratuais, invadindo a esfera da dignidade do discriminado, mas tendo todas essas consequências origem no mesmo facto, no mesmo ilícito, de forma que só deve existir uma pretensão indemnizatória<sup>185</sup>.

Ainda no âmbito da responsabilidade civil, cabe um pronunciamento acerca da responsabilidade pré contratual, que se enquadra no processo de negociações, em uma fase preliminar à formação do contrato. Como base legal, refere-se o art. 227º do CC, que tutela a confiança, de modo que cada um dos possíveis contraentes tem o direito de exigir que a

---

<sup>181</sup> Posição defendida por: PAULO MOTA PINTO, *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, Volumes I e II, Coimbra Editora, Coimbra, 2009. Na jurisprudência: Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 21 de Outubro de 2010, processo n.º 1285/07.7TJVN.F.P1.S1, Relator: Barreto Nunes, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/37180c4a4554378280257823003f25a6?OpenDocument> (01.07.2018).

<sup>182</sup> Cfr. ANA MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Lições...*, *ob. cit.*, pg. 20.

<sup>183</sup> Cfr. MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, “O concurso da responsabilidade civil contratual e da extracontratual”, in *Ab vno ad omnes: 75 anos da Coimbra Editora: 1920-1995*, ANTUNES VARELA, DIOGO FREITAS DO AMARAL, JORGE MIRANDA, J. J. GOMES CANOTILHO (organizadores), Coimbra Editora, Coimbra, 1998, pg. 561.

<sup>184</sup> Cfr. MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, Almedina, Coimbra, 2014., pg. 549.

<sup>185</sup> Além do princípio da economia processual, que por si só indicaria a não preferência por dois processos autónomos.

outra parte atue de acordo com a boa-fé, estando resguardadas as expectativas legítimas<sup>186</sup>. A ilicitude aqui resultará, portanto, da violação das regras de boa-fé inerentes aos deveres de proteção, informação e lealdade que cabem aos contraentes.

Em sede deste trabalho, parece que será possível recorrer a este instituto. Ora, em uma negociação para a formulação de um contrato, em que as partes nunca se encontraram pessoalmente, pode ocorrer que no dia previsto para a acerto final dos termos do contrato e formalização do mesmo, uma das partes, ao ver a outra, percebe que esta possui certa característica e decide não assumir a sua parte no contrato, por ter percepções discriminatórias sobre aquela qualidade. Aqui, a conduta ao longo da relação pré contratual proporcionou ao que foi discriminado uma expectativa da realização do contrato, existia confiança neste sentido, de forma que pode-se afirmar a rutura das negociações foi injustificada, o que possibilita o recurso à responsabilidade pré contratual, pelo menos pela violação do interesse contratual negativo daquele que foi discriminado<sup>187</sup>. Aqui, tal como argumentado sobre a responsabilidade contratual, a discriminação é somente o motivo que leva à rutura injustificada das negociações, que conduz um dos possíveis contraentes a violar o princípio da boa-fé. Não é o facto de a discriminação ter existido, por si só, que resulta no direito a uma indemnização.

Em termo de conclusão, tem-se que pela via da responsabilidade civil, de acordo com os casos e circunstâncias específicas, o lesado obtém reparação pelo seu “*interesse na integridade*”. Contudo, no que consta do “*interesse na prestação*”, não necessariamente uma indemnização monetária reparará, pois pode haver um interesse real no cumprimento da prestação, na contratação, na prestação em si. Aqui, ter-se-á que refletir sobre a possibilidade de se afirmar um verdadeiro dever de contratar resultante da consideração da discriminação como ilícita.

## **6.2 Dever de Contratar**

Para um contrato existir, pelo menos duas partes devem manifestar a sua liberdade contratual no sentido positivo, ou seja, ambas devem manifestar sua vontade no sentido de

---

<sup>186</sup> Cfr. MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações, ob. cit.*, pg. 303.

<sup>187</sup> Há concordância entre a jurisprudência e doutrina quanto ao ressarcimento do interesse contratual negativo, mas não quanto ao positivo, como explicitado no Acórdão do SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, de 15 de Dezembro de 2011 processo n.º 1807/08.6TVLSB.L1.S1, Relator: Álvaro Rodrigues, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstjf.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/2a88ef24a5df538680257b900033ee5b> (01.07.2018).

desejarem contratar. Há uma proposta feita por uma das partes, da qual segue uma aceitação pelo outro e as partes entram em uma relação contratual.

Acontece que nos casos de discriminação expostos no decorrer deste<sup>188</sup> trabalho, não é este cenário que se verifica. Como *supra* enunciado, o discriminado pode ter a intenção de ver satisfeito a seu “*interesse na prestação*” e não somente uma reparação referente à violação do seu direito absoluto, a reparação da lesão na sua sede moral. Resta discutir, então, se será possível impor um dever de contratar à parte que comentou o ato ilícito, àquele que discriminou.

O contrato é um acordo de vontades, é manifestação da autonomia privada em forma da liberdade contratual<sup>189</sup>. Neste sentido, não se pode simplesmente impor um dever de contratar, só porque alguém cometeu um ato ilícito. O contrato não pode ser visto como uma punição para aquele que agiu em desconformidade com o direito. Por outro lado, e de acordo com a concepção social do Direito que foi enunciada ao longo deste trabalho, o contrato não pode ser visto de maneira isolada, mas deve ser visto dentro de um ordenamento que tem como centro a dignidade da pessoa humana.

Será dentro deste contexto e da dicotomia entre autonomia privada e a proteção contra a discriminação, que inevitavelmente paira sobre todo este estudo, que será realizada a análise sobre o dever de contratar.

Desde logo, é necessário fazer uma distinção. Só adentra-se na questão do dever de contratar quando existiu alguma indicação pela parte que supostamente discriminou no sentido de formar uma relação contratual. Passa-se a clarificar. De forma alguma poderá ser alegado qualquer ilicitude ou ser exigida qualquer consequência legal no caso de uma pessoa, de determinada minoria racial, que deseja comprar um imóvel pertencente a um terceiro que em nenhum momento fez qualquer anúncio de venda ou manifestou qualquer intenção no sentido de alienar o seu imóvel. Uma pessoa, sem qualquer intenção de formar um contrato, com quem quer seja, não pode ser obrigada a tanto, só pelo outro pertencer a um grupo marginalizado. Isto seria destruir a liberdade contratual e, *máxime*, estaria a retirar-se a autonomia da pessoa humana. Não é isto que as leis anti discriminação ou a defesa de

---

<sup>188</sup> Aqui, sempre que nos referimos à discriminação estaremos a tratar daquela ilícita, de acordo com os critérios expostos ao longo deste trabalho. A questão não é a ilicitude do ato, mas se é possível falarmos em dever de contratar e se sim em que termos.

<sup>189</sup> Faz-se aqui uma referência à explicação realizada no capítulo 3.

um direito a não discriminação pretende. Afinal, nesta situação, não há qualquer ofensa à dignidade da pessoa humana daquele que pertence a um grupo marginalizado.

O ato de contratar não é uma sanção, não está este enquadrado no âmbito do direito penal em que ao Estado cabe aplicar penas e restringir a liberdade daqueles que infringem os bens jurídicos tutelados por este, mas sim enquadra-se no direito privado que surge como uma zona de liberdade na qual as pessoas são convidadas a agir<sup>190</sup>.

Portanto, em regra, não pode-se impor contratos contra a vontade do sujeito jurídico-privado, nem esta recusa pode levar a alguma sanção, da mesma forma que ninguém pode ser impedido de contratar, ou punido por o querer. Contudo, como quase tudo no Direito, a regra possui exceções<sup>191</sup>.

Um contrato, para ser constituído, inicia-se com uma declaração negocial no sentido positivo de contratar. Tanto pode existir uma proposta, feita de forma genérica ou pode esta ser dirigida a uma pessoa em específico, como pode também existir algo mais genérico, nomeadamente um convite a contratar.

A proposta contratual define-se como a declaração feita por uma das partes e que uma vez aceite pela outra tem como consequência a formação do contrato. A resposta positiva da outra parte é suficiente para que o contrato se forme. Para tanto, a proposta deve ser completa, deve revelar a intenção inequívoca de celebração do contrato e deve revestir a forma requerida para o contrato<sup>192</sup>. Caso algum desses elementos não estiver presente não existirá uma proposta, mas sim um convite a contratar.

De acordo com o n.º 1 do art. 224º do CC, a proposta que tem como destinatário uma pessoa em específico torna-se eficaz logo que este a tenha em poder ou que seja conhecida. Já as genéricas, são eficazes com a manifestação positiva da vontade do declarante. Ainda, de acordo com o n.º 1 do art. 230º do CC, após ser recebida ou conhecida pelo destinatário, a proposta é irrevogável.

Existindo, de facto, uma proposta, que necessariamente deve conter todos os termos citados, a declaração de aceitação dos termos desta<sup>193</sup> pelo destinatário torna perfeito o contrato proposto, de acordo com o art.º 232º e 224º do CC.

---

<sup>190</sup> Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português...*, ob. cit., pg. 42.

<sup>191</sup> Cfr. MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, ob. cit., pg. 230 e 231.

<sup>192</sup> Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português...*, ob. cit., pg. 319

<sup>193</sup> E aqui é necessário ter uma aceitação de todos os termos exatamente como foram propostos. Caso contrário, se o destinatário propuser novos termos ou alguma mudança no que existe, não temos aceitação, mas uma nova proposta.

Desta forma, uma proposta feita sem vícios de vontade vincula o proponente, a não ser que chegue, ao mesmo tempo em que se tem conhecimento da proposta, uma retratação desta, nos termos do n.º 2 do art. 230º do CC.

Após a aceitação de uma proposta o contrato está formado. Aqui não cabe qualquer análise acerca do dever de contratar, pois o contrato já existe. O que pode ocorrer é que, após a aceitação, por posteriormente conhecer alguma característica que instigue sentimentos discriminatórios daquele que inicialmente era o proponente ou aceitante, este desejar rescindir o contrato.

Assim, se existir uma proposta, uma vontade declarada no sentido de contratar, seguida de uma aceitação, se posteriormente a parte que realizou a proposta ou aceitou a mesma não desejar seguir com o contrato, devido a motivos discriminatórios, pode-se alegar que esta está vinculada à sua prestação e cabe aqui o regime da execução específica, previsto no art. 830º, ou as partes podem por meio de um distrate<sup>194</sup> revogar o próprio contrato<sup>195</sup>. Caso não, caberá a execução específica do contrato.

Isto porque a aceitação torna perfeito o contrato proposto, como já referido, de modo que há obrigação de celebrar o contrato. Não há aqui violação da liberdade de contratar, pois esta já foi manifestada em sentido positivo em momento anterior. De facto, o regime acima disposto será o mesmo em qualquer caso, não só naqueles em que a execução do contrato não ocorra por causa de alguma discriminação. Tal como disposto no caso da responsabilidade contratual, não é a discriminação em si que gera a consequência, mas as regras obrigacionais do Direito Civil sobre o assunto.

De ressaltar será os casos de oferta ao público, por esta possuir certas particularidades, por ser dirigida a uma generalidade de pessoas. A maioria dos contratos celebrados na vida diária seguem esta forma, pois seria impossível, na nossa sociedade moderna e consumista, existir propostas específicas para cada possível consumidor. Contudo, para de facto ser considerada uma proposta contratual deverão estar reunidos os três requisitos citados, sendo que o contrato somente se forma com a eventual aceitação de qualquer pessoa, uma vez que a oferta foi dirigida a toda a sociedade<sup>196</sup>.

Disto consegue-se retirar uma importante conclusão. Em todos os casos em que existe uma proposta, dirigida a uma pessoa específica ou ao público geral, que seja seguida

---

<sup>194</sup> O que também é uma manifestação de vontades das partes.

<sup>195</sup> Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português, II, ob. cit.*, pg. 324.

<sup>196</sup> *Ibidem*, pg. 325 e 326.

por uma aceitação, o que, conseqüentemente, forma o contrato, existirá um dever de contratar, ou em termos mais juridicamente rigorosos, um dever de executar o contrato, uma vez que este já existe.

Ainda caberá, nos casos em que a não concretização contratual teve como fundamento uma discriminação e que esta seja ilícita, de acordo com os termos previamente explicitados, indemnização por danos não patrimoniais, caso os requisitos do instituto da responsabilidade civil – aqui contratual – estejam verificados.

De forma prática, haverá este tipo de dever de contratar em locais como restaurantes ou supermercados, em que existe uma oferta ao público. De facto, parece que são estes os casos que as Leis 93/2017 e 14/2008 fazem referência a recusa de bens e serviços, “colocados à disposição do público” e “disponíveis ao público”, respetivamente.

Por outro lado, não pode uma pessoa que sofreu uma recusa de formulação do contrato, só por pertencer a um grupo tradicionalmente desfavorecido, alegar a discriminação e, portanto, o dever de contratar da outra parte. Isto porque o direito privado é a esfera do Direito em que pode ser considerado que há maior espaço para a arbitrariedade do sujeito jurídico-privado.

Só valerá o *supra* exposto sobre a execução específica, quando não exista espaço para discricionariedade do proponente contratual, quando não há espaço para uma seleção da contraparte negocial<sup>197</sup>. A título de exemplo, no caso de uma proposta de venda publicado em um jornal, em que o proponente receba mais do que uma aceitação, há espaço para escolha. Há espaço para exercício da autonomia privada e não se deve atacar esta por se ter decidido contratar com uma pessoa e não com outra, só porque aquele pertence a um grupo que sofre tradicionalmente discriminação. Se a motivação para esta escolha realmente tenha sido a visão desfavorável que existe sobre aquela característica, poderá existir espaço para responsabilidade extracontratual, mas o dever de contratar não será uma consequência viável deste comportamento.

Diferente também serão os casos em que há mero convite de contratar, em que por uso de diversos meios, os interessados em contratar tentam incitar pessoas indeterminadas a o fazer, sem que realmente exista todos os pressupostos exigíveis da proposta<sup>198</sup>. Por exemplo, um anúncio a dizer somente “*arrenda-se quartos na Av. da República*” não é uma

---

<sup>197</sup> Cfr. ANA MAFALDA MIRANDA BARBOSA e JOÃO PEDRO SILVA RODRIGUES, *ob. cit.*, pg. 353.

<sup>198</sup> Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português...*, *ob. cit.*, pg. 325 e 326.

proposta, mas sim um convite a contratar. Aqui já não será tão simples perceber quando existe um dever de contratar.

Para concretizar o dito, exemplifica-se com um caso concreto que teve lugar nos Estados Unidos, em que um comerciante individual, que faz bolos e doces, recusou-se a realizar um bolo de casamento para um casal homossexual<sup>199</sup>. A individualização do negócio abre espaço para a liberdade de escolha com quem contratar. Aqui a porta aberta do estabelecimento é um convite a contratar, mas há espaço para seleção da outra parte contratual e se há vontade de contactar, se existe manifestação positiva da liberdade de contratar. Nestes casos parece que, embora seja possível que se alegue uma violação do direito a não discriminação, de forma que uma indemnização pela violação desse direito absoluto poderia ser possível, nos termos do ponto anterior, não deve existir um dever de contratar, mas ao contrário deve prevalecer a liberdade contratual<sup>200</sup>.

Isto porque deve ser, de facto, uma exceção o dever de contratar, pois o recurso a este é uma violação clara da liberdade contratual. Assim, defende-se que a regra deve ser a de não existir o dever de contratar quando há espaço para a escolha da outra parte contratual, quando há espaço para a arbitrariedade, embora exista viabilidade para, constatando-se a ilicitude da atuação discriminatória, existir responsabilidade civil.

Acresce a isto o conteúdo das Leis anti discriminatórias. Estas, quando referem-se a proibição de discriminação no acesso a bens e serviços, tem seu enfoque naqueles que estão colocados a disposição do público, ou seja, naqueles em que há um convite a contratar dirigido ao público geral. Parece-nos que a vontade do legislador foi no sentido de proibir a discriminação exatamente nos casos em que há um espaço reduzido para escolha da contraparte negocial.

Isto não será assim quando existir um monopólio. Retornando ao exemplo do bolo, se aquele fosse o único estabelecimento que faz bolos de casamento na cidade em que o casal

---

<sup>199</sup> Neste caso, a Suprema Corte americana deu razão ao confeitiro que, por motivos religiosos, se negou a preparar um bolo de casamento para um casal homossexual. Por sete votos a dois, os magistrados concluíram que a Comissão de Direitos Cívicos do Colorado, que tinha previamente considerado que o comerciante violara uma Lei estadual que proíbe negar serviços com base na raça ou orientação sexual, violou os direitos religiosos daquele comerciante, protegidos pela primeira emenda da Constituição americana, entendendo que aqui o ato de recusa de fazer o bolo não carregava em si uma mensagem social, mas sim estava dentro do âmbito de discussão de ideais, Acórdão da SUPREME COURT OF THE UNITED STATES, de 04 de Junho de 2018, processo n.º No. 16-111, Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission, disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/584/16-111/opinion3.html> (01.07.2018).

<sup>200</sup> Sem prejuízo da responsabilidade civil, como exposto no ponto anterior.

vive ou nos seus arredores<sup>201</sup>, na confrontação da liberdade contratual na sua esfera positiva, do discriminado, e na negativa, daquele que não quer contratar, prevalecerá a primeira, pois o contrário seria uma exclusão do discriminado ao acesso a bens e serviços, de todo prejudicial para a inclusão da pessoa humana na sociedade e que, portanto, demonstra clara violação da dignidade da pessoa humana.

Como parece quase óbvio, no caso de serviços considerados essenciais, também ter-se-á um dever de contratar. Aqui não há espaço para a liberdade de escolha da contraparte negocial, em nome da dignidade dos consumidores, que necessitam daquele serviço para conseguirem ter uma vida normal e digna.

Assim, a regra mantém-se como a de não existir o dever de contratar, mesmo quando há uma clara discriminação, embora exista uma consequência jurídica para a ilicitude da discriminação, nomeadamente, a responsabilidade civil, nos termos expostos no subcapítulo anterior.

---

<sup>201</sup> É claro que, atualmente, esses casos serão reduzidos, pois é, em geral, fácil e viável se deslocar de uma cidade para a outra, além de ser muito reduzida as situações em que só existirá um estabelecimento comercial de um tipo em determinada localidade. Contudo, tal ainda é possível e por isso se previu.

## 7. Conclusão

Se a nossa sociedade já evolui no sentido de não mais termos Leis claramente discriminatórias, como existiam no nosso passado recente, como, apenas para citar algumas, no caso das diferenças existentes entre homens e mulheres, filhos legítimos e ilegítimos, também não se deve ser ingénuo a ponto de afirmar que não existe mais desigualdades,

A Constituição pode prever que todos são iguais perante a Lei, mas não consegue forçar que todos sejam tratados como iguais perante a sociedade e o mesmo não é factualmente real.

O mundo atual, embora globalizado e mais avançado do que no passado, ainda é marcado por discriminações, por grupos a serem constantemente inferiorizados e por preconceitos enraizados, sem que se possa afirmar uma previsão temporal para que isso não exista. Quase todos os dias, sem ser necessário muita procura, é vinculado nos meios de comunicação algum caso de discriminação.

Como o Direito deve acompanhar a realidade social, para se manter atual, é necessário tutelar as situações em que as discriminações, que ocorrem comumente, são contrárias aos preceitos jurídicos.

Como procurou evidenciar-se ao longo deste trabalho, a discriminação não é ilícita somente quando parte do Estado, mas também o pode ser nas relações entre privados, mesmo quando não existe uma diferença de poder entre as partes, ou seja, mesmo quando, supostamente, há igualdade entre aqueles que interagem, embora na realidade isto nem sempre se verifique e é devido a esta discrepância que surge a questão da ilicitude civil da discriminação.

Tanto a discriminação direta como a indireta e o assédio discriminatório são tutelados por meio legislativo, no caso de certas características que possuem um longo historial de tratamento desfavorável, nomeadamente no caso da discriminação em função do sexo, na Lei 14/2008 e da discriminação racial, na Lei 93/2017. E por boa razão, pois estes são os tipos de preconceitos mais “tradicionais” e que, devido a isto, mereceram uma primeira análise por parte do legislador.

Como procurou mostrar-se, existe um direito a não ser discriminado, que é consequência do direito geral de personalidade e da sua aplicação no direito português, e a sua violação merece a tutela jurídica. Desta forma, pode-se ampliar para outras características que não as resguardadas pelas Leis já existentes esta proteção, embora, como

também tentou se deixar claro, não será qualquer característica que merecerá esta proteção, mas somente aquelas que, pela sua forte ligação com a personalidade, quando são ofendidas resultam na violação da dignidade da pessoa humana do discriminado. Além disto, esta análise deve ser feita de forma casuística, pois uma certa característica pode ser essencial para a formação de uma pessoa e insignificante para outra, como, por exemplo, a religião.

É por causa da violação de direitos absolutos que será possível afirmar a possibilidade do discriminado recorrer ao instituto da responsabilidade extracontratual, quando os demais requisitos deste estiverem verificados. Nos casos em que há um contrato, não é a discriminação o foco, mas sim a violação da boa-fé e dos deveres contratuais que conduz à reparação. Por via da responsabilidade, será viável a reparação no interesse da integridade do discriminado.

Mais difícil será a obtenção da prestação em si, quando esta é negada e a parte discriminada ainda a deseja. Não será admitida em todos os casos o dever de contratar, pois o mesmo seria em demasia violador da autonomia privada, mas em nome de um Direito Civil ligado a preceitos humanos, deve o mesmo ser admitido em alguns casos. Em outros o contrato será consequência das próprias regras obrigacionais, não existindo um dever de contratar, mas *ultima ratio* um dever de executar o contrato.

Por outro lado, também se quis demonstrar que o estudo da discriminação necessita de ser atualizado, como no caso da questão de género. Acresce a isto que embora a primeira vista possa parecer que os casos de discriminação em sede de Direito Civil, em sede contratual, sejam raros, o mesmo não é, infelizmente, verdade.

Com o fenómeno cada vez mais frequente de compras *on-line* e do uso e trato dos dados pessoais, em sede eletrônica, a discriminação ganha novos contornos. Afinal, é muito mais simples discriminar quando se está protegido por uma tela de computador. Facto é que os termos e condições de compra, por vezes, diferem de país para país e que existem sítios eletrónicos de compra que se recusam a contratar com certos tipos de pessoas. Tudo com base em um suposto trato dos dados, que acoberta a clara discriminação<sup>202</sup>. O assunto da discriminação permanece atual e agora não mais deve se bastar pelo campo do direito laboral ou constitucional.

---

<sup>202</sup> Para mais informação sobre o assunto, consultar as seguintes matérias disponíveis em <https://observador.pt/opiniao/a-discriminacao-que-esta-escondida-nas-compras-online/> e <https://jornalggn.com.br/noticia/estudo-diz-que-racismo-e-preconceito-podem-influenciar-compras-online>, (22.06.2018)

O Direito Civil precisa se manter atual e seus princípios basilares devem acompanhar a evolução social e da interpretação do Direito. A liberdade contratual deve ser analisada tendo em vista a realidade, isto é, a de que muitas vezes em uma relação entre sujeitos jurídico-privados não existe liberdade para uma das partes, por não existir igualdade material entre as mesmas, sendo certo que estes dois princípios essenciais do ordenamento português – a liberdade e a igualdade - estão estritamente interligados, como também se mostrou nesta tese.

O direito não deve tutelar o abuso de liberdade, que, de facto, enfraquece a autonomia privada. Ao mesmo tempo, deve tutelar as violações graves da dignidade da pessoa humana dos sujeitos-jurídico privados, afinal aquele preceito também é base do Direito Civil, bem como o é de todo o sistema jurídico.

A questão da discriminação em sede de Direito Civil nunca será simples, por ser esta área do Direito basicamente fundamentada na autonomia privada. Mesmo em nome da proteção contra a discriminação, não se pode sacrificar a autonomia privada, a liberdade contratual, sob pena de desconfigurar o sistema privado.

Esta tensão esteve presente ao longo de todo este trabalho e não se tem qualquer pretensão de resolver por completo e sem dúvidas esta questão, pois o Direito não é uma ciência exata. Não é possível, no caso concreto, somar a existência de discriminação ilícita, nos termos previstos, e diminuir a autonomia privada para, como resultado, obter uma solução. Será sempre necessária uma avaliação casuística e ponderação dos interesses e direitos em causa.

O que se pretendeu evidenciar, e espera se ter alcançado, é que é possível existir discriminação ilícita em Direito Civil, sem ser em sede laboral, campo em que o tema é mais estudado, já existindo todos os preceitos para esta constatação na própria estrutura do sistema privado. E, principalmente, que existem consequências jurídicas desta afirmação.

Esta fundamentação é extremamente relevante no sentido de proteção daqueles que são discriminados, pois, além de possibilitar a obtenção de reparação dos danos sofridos, também confere um carácter de prevenção, uma vez que aqueles que discriminam passam a sentir que existe uma consequência negativa para seus atos. Leis não são capazes de, por si só, mudar ideias, mas se o Direito passa a condenar uma atitude, se considera que esta não está de acordo com o sistema jurídico, com a conduta que a sociedade deve seguir, com o

passar do tempo, a consciência social pode adotar tal proibição como verdade. Ou no mínimo, assumir que existe represálias para quando se discrimina.

Não cabe ao Direito Civil punir e não se quer confundir a esfera da Moral com a do Direito, mas dentro do nosso ordenamento jurídico, que possui a dignidade da pessoa humana em seu centro, e apesar da autonomia privada, não será toda atuação discriminatória permitida. Assim, caso se verifique a ilicitude, existirão consequências jurídicas, não por se impor, mais uma vez se repete, o princípio constitucional da igualdade nas relações privadas, de modo que todos seriam obrigados a se tratarem com as mesmas condições, em todas as sedes, mas por ser ilícito a violação de direitos de personalidade tal como o direito a não discriminação o é, por ser o mesmo fundado no bem *jus* civilisticamente tutelado da igualdade, abarcado, tal como todos os elementos da identidade humana, pelo direito geral de personalidade.

Orlando de Carvalho<sup>203</sup> diz que à medida que a prática jurídica exige, certas zonas da personalidade vão se afirmando como bens relativamente autónomos e como objeto de direitos de personalidade potencialmente distintos. Talvez, e assim espera-se, com o desenvolvimento da sociedade e a procura pela concretização da igualdade material, direito a não discriminação se autonomize, tornando-se um direito especial de personalidade, o que facilitará a pretensão jurídica dos discriminados, quando esta existir, e fortalecerá a tutela dos interesses dos mesmos.

Enquanto assim não for, aquele que sofre uma discriminação ilícita, em sede de Direito Civil, merece a tutela jurídica, apesar do espaço para a arbitrariedade e apesar, e até mesmo por causa, da autonomia privada.

Afinal, como se procurou mostrar ao longo deste trabalho, um tratamento diferenciador que viole de forma intolerável a dignidade do outro, viola um direito absoluto, viola direitos de personalidade, de forma que o lesado deve poder utilizar dos meios legais para obter reparação pelos danos causados, seja qual via for viável no caso concreto.

---

<sup>203</sup> Cfr. ORLANDO DE CARVALHO, *ob. cit.*, pg. 206.

## Bibliografia

- ABEGG, ANDREAS e THATCHER, ANNEMARIE, Review Essay – Freedom of Contract in the 19th Century: Mythology and the Silence of the Sources – Sibylle Hofer’s Freiheit ohne Grenzen? Privatrechtstheoretische Diskussionen im 19. Jahrhundert, *German Law Journal*, vol. 5, n.º 1, 2004, pg. 101-114, disponível em [https://static1.squarespace.com/static/56330ad3e4b0733dcc0c8495/t/56b918de7c65e43d5a989144/1454971102689/GLJ\\_Vol\\_05\\_No\\_01\\_Abegg.pdf](https://static1.squarespace.com/static/56330ad3e4b0733dcc0c8495/t/56b918de7c65e43d5a989144/1454971102689/GLJ_Vol_05_No_01_Abegg.pdf) (01.07.2018)
- ANDRADE, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Almedina, Coimbra, 2016.
- BARBOSA, ANA MAFALDA MIRANDA, *Liberdade vs. Responsabilidade - A Precaução como fundamento da imputação delitual?*, Almedina, Coimbra, 2006.
- BARBOSA, ANA MAFALDA MIRANDA, *Lições de Responsabilidade Civil*, Principia, Cascais, 2017.
- BARBOSA, ANA MAFALDA MIRANDA, “Da igualdade ou do tratamento igualitário entre credores: breves considerações”, *BFD* 92, 2016, pg. 367-401.
- BARBOSA, ANA MAFALDA MIRANDA, “Reflexões em torno da Responsabilidade Civil: teologia e teleonomologia em debate”, *BFD* 81, 2005, pg. 511-600.
- BARBOSA, ANA MAFALDA MIRANDA E RODRIGUES, JOÃO PEDRO SILVA, “Nós (eu e tu) e o outro (Estado) ou o outro entre nós?”, *BFD* 87, 2011, pg. 319-355.
- CARVALHO, JORGE MORAIS *Os limites à liberdade Contratual*, Almedina, Coimbra, 2016.
- CARVALHO, ORLANDO DE, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012.
- COMISSÃO DOS DIREITOS DA MULHER E DA IGUALDADE DOS GÉNEROS, *Relatório sobre a aplicação da Diretiva 2004/113/CE do Conselho que aplica o princípio de igualdade de tratamento entre homens e mulheres no acesso a bens e serviços e seu fornecimento*, Bruxelas, 2017, disponível em <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=REPORT&reference=A8-2017-0043&format=XML&language=PT#title1> (04.06.2017).
- COMISSÃO EUROPEIA, *Relatório sobre a aplicação da Diretiva 2004/113/CE do Conselho que aplica o princípio de igualdade de tratamento entre homens e mulheres no acesso a bens e serviços e seu fornecimento*, Bruxelas, 2015, disponível em

[http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014\\_2019/plmrep/AUTRES\\_INSTITUTIONS/COMM/COM/2017/02-06/COM\\_COM\(2015\)0190\\_PT.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/plmrep/AUTRES_INSTITUTIONS/COMM/COM/2017/02-06/COM_COM(2015)0190_PT.pdf) (04.06.2017).

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Tratado de Direito Civil Português, I, Parte Geral, Tomo I*, Almedina, Coimbra, 2005

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Tratado de Direito Civil Português II - Parte Geral - Negócio Jurídico*, Almedina, Coimbra, 2017.

COSTA, MARIO JÚLIO DE ALMEIDA, *Direito das Obrigações*, Almedina, Coimbra, 2014.

COSTA, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA, “O concurso da responsabilidade civil contratual e da extracontratual”, in *Ab vno ad omnes: 75 anos da Coimbra Editora: 1920-1995*, ANTUNES VARELA, DIOGO FREITAS DO AMARAL, JORGE MIRANDA, J. J. GOMES CANOTILHO (organizadores), Coimbra Editora, Coimbra, 1998 p.555-565.

EUROPEAN INSTITUTE FOR GENDER EQUALITY, “*Gender Equality Index 2017: Measuring Gender Equality in the European Union 2005-2015 – Report*”, Lituânia, 2017, disponível em <http://eige.europa.eu/rdc/eige-publications/gender-equality-index-2017-measuring-gender-equality-european-union-2005-2015-report> (01.07.18).

EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS, “*Inequalities and Multiple Discrimination in access to and quality of healthcare*”, Áustria, 2013 disponível em <http://fra.europa.eu/en/publication/2013/inequalities-and-multiple-discrimination-access-and-quality-healthcare> (01.07.2018).

EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS, “*Housing Discrimination against Roma in selected EU Member States - an analysis of EU-Midis Data*”, Áustria, 2009, disponível em <http://fra.europa.eu/en/publication/2012/housing-discrimination-against-roma-selected-eu-member-states-analysis-eu-midis> (01.07.2018)

FREEDMAN, SANDRA, *Discrimination Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012.

HERVEY, TAMARA K., “Thirty years of EU sex equality law: looking backwards, looking forwards”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 12, nº 4 (2005), pg. 307-325.

LEITÃO, ADELAIDE MENEZES, *Normas de Protecção e Danos Puramente Patrimoniais*, Almedina, Coimbra, 2009.

LOPES, DULCE MARGARIDA DE JESUS, “O princípio da não discriminação em função do sexo na ordem jurídica comunitária”, *Temas de Integração*, vol. 4, nº 8 (1999), pg. 93-158.

MACHADO, JONÁTAS, “Liberdade de Expressão - Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social”, *Studia Iuridica* 65 (2002).

MATOS, FILIPE ALBUQUERQUE, *Responsabilidade Civil por ofensa ao crédito e ao bom nome*, Almedina, Coimbra, 2011.

MCCOLGAN, AILEEN e BURRI, SUSANNE, *Sex Discrimination in the Access to and Supply of Goods and Services and the Transposition of Directive 2004/113/EC*, European Network of Legal Experts in the field of Gender Equality (org), 2009, disponível em [ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=3695&langId=en](http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=3695&langId=en) (04.06.2017).

MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO, *Cláusula Penal e Indemnização*, Almedina, Coimbra, 1999.

MOREIRA, VITAL e CANOTLHO, JOSÉ JOAQUIM GOMES, *Constituição da República Portuguesa - Anotada - Volume I - Artigos 1º a 107º*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.

MULDER, JULE, “New Challenges for European Comparative Law: The Judicial Reception of EU Non-Discrimination Law and a turn to a Multi-layered Culturally-informed Comparative Law Method for a better Understanding of the EU Harmonization”, *German Law Journal*, vol 18, n.º 3, 2017, disponível em [https://static1.squarespace.com/static/56330ad3e4b0733dcc0c8495/t/5928253b15d5db322a3ed700/1495803196611/12\\_Vol\\_18\\_No\\_03\\_Mulder.pdf](https://static1.squarespace.com/static/56330ad3e4b0733dcc0c8495/t/5928253b15d5db322a3ed700/1495803196611/12_Vol_18_No_03_Mulder.pdf), (05.11.2017).

NETO, FRANCISCO DOS SANTOS AMARAL, “A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional”, *BFD nº especial- Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Ferrer Correia vol. 2*, 1989, pg. 5-41.

OLIVEIRA, NUNO MANUEL DE e CRUIRE, BENEDITA MAC, “O princípio da igualdade no direito europeu dos contratos: as Directivas 2000/43/CE e 2004/113/CE”, *O Direito* n.º 138 (2006) pg. 1097-1099.

PASSINHAS, SANDRA, *Propriedade e personalidade no Direito Civil Português*, polic., Coimbra, 2014.

PICKER, EDUARD, “Anti-discrimination as a Program of Private Law?”, *German Law Journal*, vol. 4, n.º 8, 2003, pg. 771-784, disponível em

[https://static1.squarespace.com/static/56330ad3e4b0733dcc0c8495/t/56b96a1e20c6479dd7f281b9/1454991902559/GLJ\\_Vol\\_04\\_No\\_08\\_Picker.pdf](https://static1.squarespace.com/static/56330ad3e4b0733dcc0c8495/t/56b96a1e20c6479dd7f281b9/1454991902559/GLJ_Vol_04_No_08_Picker.pdf) (21.06.2017).

PINTO, CARLOS ALBERTO DA MOTA, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, Reimpressão da 4ª edição, 2012.

PINTO, PAULO MOTA, “Os Mecanismos de Protecção Civil da Honra e a Comunicação Social”, *BFD da UM, n.º 29 Especial, ano XIV*, 2010, p. 83 – 92.

PINTO, PAULO MOTA, “O direito ao livre desenvolvimento da personalidade”, in *Portugal-Brasil – ano 2000, Studia Iuridica n.º 40*, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, pp. 149-246.

PINTO, PAULO MOTA, *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, Volumes I e II, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.

PINTO, PAULO MOTA, “Autonomia privada e discriminação – algumas notas”, in *Estudos em homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*, Coimbra, Coimbra Ed., vol. II, 2003, pg. 313-363.

RABINDRANATH, CAPELO DE SOUSA, *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra editora, 2011, pg. 398-399.

VASCONCELOS, PEDRO PAIS DE, *Direitos de personalidade*, Almedina, Coimbra, 2014.

## **Jurisprudência**

Acórdão do Tribunal Constitucional, 31 de Janeiro de 2009, processo n.º 240/2007, Relatora: Conselheira Maria Lúcia Amaral, disponível em <http://www.dgpj.mj.pt/sections/politica-legislativa/anexos/rpce/acordaos-do-tribunal/acordao-69-2008/> (01.07.2018).

Acórdão do Tribunal Constitucional, 26 de Novembro de 2008, processo n.º 580/2007, Relatora: Conselheira Maria Lúcia Amaral, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20080569.html> (03.07.17).

Acórdão do Supremo Tribunal Federal do Brasil, de 26 de Abril de 2012, processo ADPF n.º 186, Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, disponível em [www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+597285%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+597285%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/atafe8l](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+597285%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+597285%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/atafe8l) (01.07.2017).

Acórdão da Supreme Court of the United States, de 8 de Março de 1971, processo n.º 124, Griggs contra Duke Power CO, disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/401/424/case.html> (01.07.2018).

Conclusões da Advogada Geral Juliane Kokott, Tribunal de Justiça da União Europeia, apresentadas em 20 de Setembro de 2012, processo n.º C-394/11, disponível em <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=127265&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=234603> (03.07.17).

Acórdão do Tribunal de Justiça, 8 de novembro de 1990, processo n.º C-177/88, Elisabeth Johanna Pacifica Dekker contra Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1496617727301&uri=CELEX:61988CJ0177> (04.06.2017).

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 14 de março de 2017, processo n.º C-188/15, Asma Bougnaoui, Association de défense des droits de l'homme (ADDH) contra Micropole SA, disponível em <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=188853&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=76358> (04.07.17).

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 14 de março de 2017, processo n.º C-157/15, Samira Achbita, Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding contra G4S Secure Solutions NV, disponível

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=188852&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=76390em> (04.07.17).

Conclusões da Advogada-Geral Juliane Kokott, Tribunal de Justiça da União Europeia, apresentadas em 31 de maio de 2016, processo n.º C-157/15, disponível em <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62015CC0157&lang1=pt&type=TXT&ancre=> (05.07.17).

Acórdão do Tribunal de Justiça, 30 de abril de 1996, processo n.º C-13/94, P contra S e Cornwall County Council, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1496618007471&uri=CELEX:61994CJ0013> (04.06.2017).

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 11 de Abril de 2004, processo n.º 1269/09.0TVLSB.L1.S1 Relator: Paulo Sá, Processo 1269, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/922f0c5c3712bb8180257b55003d3b65?OpenDocument> (01.07.2018).

Acórdão de Gerechtshof Amsterdam, 11 de Outubro de 2010, processo n.º 23-2197-09, disponível em <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:GHAMS:2010:BO0041> (02.08.2018).

Acórdão da Supreme Court of the United States, de 14 de Maio de 1973, processo n.º 72-490, McDonnell Douglas Corp. contra Green, disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/411/792/> (24.04.2017).

Acórdão da Supreme Court of the United States, de 04 de Março de 1981, processo n.º 79-1764, Texas Department of Community Affairs contra Burdine, disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/450/248/case.html> (01.07.2018).

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 14 de Dezembro de 2016, processo n.º 492/10.0TBPTL.G2.S1, Relator: Tomé Gomes, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/e94b83b1e4a081ee802580890060d46a?OpenDocument> (01.07.2018).

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 21 de Outubro de 2010, processo n.º 1285/07.7TJVNF.P1.S1, Relator: Barreto Nunes, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/37180c4a4554378280257823003f25a6?OpenDocument> (01.07.2018).

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 15 de Dezembro de 2011 processo n.º 1807/08.6TVLSB.L1.S1, Relator: Álvaro Rodrigues, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstjf.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/2a88ef24a5df538680257b900033ee5b> (01.07.2018).

Acórdão da Supreme Court of the United States, de 04 de Junho de 2018, processo n.º No. 16-111, Masterpiece Cakeshop, Ltd. contra Colorado Civil Rights Commission, disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/584/16-111/opinion3.html> (01.07.2018).