

CONSTITUIÇÃO E DIREITO PRIVADO NO
ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS – O CASO DA
DISCRIMINAÇÃO

*CONSTITUTION AND PRIVATE LAW IN THE PORTUGUESE
LEGAL SYSTEM: THE DISCRIMINATION ISSUE.*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 10, febrero 2019, ISSN: 2386-4567, pp. 92-123



Sandra
PASSINHAS

ARTÍCULO RECIBIDO: 14 de agosto de 2018
ARTÍCULO APROBADO: 11 de octubre de 2018

RESUMEN: Este artigo visa analisar o fenómeno da discriminação na escolha da contraparte negocial. Pretende-se demonstrar como a recusa de contratar com alguém, ou a contratação em termos que lhe são prejudiciais, pode constituir uma violação do artigo 70.º do Código Civil, que consagra o respeito pela personalidade. Rejeita-se neste texto a aplicação do princípio da igualdade nas relações entre privados nesta sede, porquanto, impondo uma abordagem relacional da discriminação da escolha da contraparte negocial, esta se mostra insuficiente para o seu enquadramento dogmático, para a sua fundamentação e para a compreensão dos seus efeitos.

PALABRAS CLAVE: Constituição; direito privado; discriminação; fornecimento ao público de bens e serviços.

ABSTRACT: *This article focuses on the selection of the counterparty to the conclusion of a contract. It argues that a rejection of a counterparty or a conclusion of the contract in disadvantageous terms, due to personal characteristics of the counterparty, might be considered a discriminatory behaviour, against the principle of respect for the personality set in Article 70 of the Portuguese Civil Code. A relational analysis (towards an equality principle) is rejected in this field.*

KEY WORDS: *Constitution; Private Law; discrimination; access to and supply of goods and services which are available to the public.*

SUMARIO.- I. INTRODUÇÃO.- II. A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES ENTRE PRIVADOS.- III. NOÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO NA ESCOLHA DA CONTRAPARTE NEGOCIAL. - I. O enquadramento dogmático.- 2. O fundamento ou justificação.- 3. Efeitos. IV. Conclusão.

I. INTRODUÇÃO.

A proibição de discriminação na escolha da contraparte comercial está hoje consagrada na legislação portuguesa em vários diplomas avulsos, nomeadamente, na Lei n.º 93/2017, de 28 de Agosto, que estabelece o regime jurídico da prevenção, da proibição e do combate à discriminação, em razão da origem racial e étnica, cor, nacionalidade, ascendência e território de origem¹, na 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 Directiva n.º 2004/113/CE, do Conselho, de 13 de Dezembro, e na Lei n.º 46/2006, de 26 de Agosto, que proíbe e pune a discriminação em razão da deficiência e da existência de risco agravado de saúde².

Nestes diplomas, são adoptados os conceitos de discriminação directa (em geral, a que ocorre sempre que uma pessoa com a característica protegida seja objecto de um tratamento menos favorável que aquele que é, tenha sido ou venha a ser dado a outra pessoa em situação comparável) e indirecta (ocorre sempre que uma disposição, critério ou prática aparentemente neutra seja susceptível de colocar pessoas com a característica protegida numa posição de desvantagem comparativamente com outras pessoas)³, bem como o de assédio (um comportamento indesejado, relacionado com a característica protegida da pessoa, com o objectivo ou o efeito de violar a sua dignidade e de criar um ambiente intimidativo, hostil, degradante, humilhante ou ofensivo). Estes diplomas

1 Este diploma revogou a Lei n.º 18/2004, de 11 de Maio, que transpôs para a ordem jurídica nacional a Directiva 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 objectivo estabelecer um quadro jurídico para o combate à discriminação baseada em motivos de origem racial ou étnica.

2 Este diploma não resulta de uma transposição de Directiva europeia. Todavia, Portugal assinou a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, adoptada em Nova Iorque em 30 de Março de 2007 (cfr. Resolução da Assembleia da República n.º 56/2009. D.R. n.º 146, Série I de 2009-07-30).

3 A discriminação indirecta pode ser justificada quando essa disposição, critério ou prática seja objectivamente justificado por um fim legítimo e que os meios utilizados para o alcançar sejam adequados e necessários. A discriminação directa não é passível de justificação.

vinculam todas as pessoas singulares e colectivas, públicas ou privadas⁴, e proibem, designadamente, a recusa de fornecimento ou impedimento de fruição de bens ou serviços, colocados à disposição do público, bem como a recusa ou condicionamento de venda, arrendamento ou subarrendamento de imóveis⁵.

O fundamento da proibição de discriminação entre privados encontra-se, para alguma doutrina na Constituição da República Portuguesa (CRP), nomeadamente nos seus artigos 13.º e 26.º, que consagram o princípio da igualdade e o direito a não ser discriminado, respectivamente.

O artigo 13.º, sobre o princípio da igualdade, estabelece no seu n.º 2, que: “Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual”⁶. O princípio da igualdade é um princípio estruturante do ordenamento jurídico português, que tem o seu fundamento na igual dignidade social de todos os cidadãos. Nos ensinamentos de GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, o sentido imediato da igualdade social consiste na proclamação da idêntica validade cívica de todos os cidadãos, independentemente da sua inserção económica, social, cultural e política, proibindo desde logo formas de tratamento ou de consideração social discriminatórias⁷. O princípio da igualdade é, pois, um princípio de disciplina das relações entre o cidadão e o Estado (ou equiparadas), mas igualmente uma regra de estatuto social dos cidadãos, um princípio de conformação social e de qualificação da posição de cada cidadão na colectividade. Ninguém o disse melhor do que BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS: “temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades”⁸. Partindo da cláusula de igualdade tal como desenhada por DWORKIN, enquanto direito “to equal treatment and a treatment as an equal”⁹, o princípio de igualdade não garante a cada indivíduo o mesmo tratamento ou benefício que é concedido a outros, mas garante-lhe apenas que no processo

4 Cfr. os artigos 2.º da Lei n.º 93/2017, 2.º da Lei n.º 14/2008 e 2.º, n.º 1, da Lei n.º 46/2006.

5 Artigo 4.º, n.º 2, alíneas a) e c), das Leis n.º 93/2017 e 18/2004, e artigo 4.º, alínea a) e b) da lei n.º 46/2006.

6 Este preceito abrange características pessoais em que não há legislação antidiscriminatória aprovada, como, por exemplo, as convicções políticas ou ideológicas, a instrução, a situação económica ou a orientação sexual.

7 GOMES CANOTILHO, J., e MOREIRA, V.: *Constituição da República Portuguesa Anotada I*, 4.ª ed., Coimbra Editora, 2007, anot. ao artigo 13.º, pp. 337-338, II. No mesmo sentido, MIRANDA, J.: *Manual de Direito Constitucional*, vol. IV, 5.ª ed., Coimbra Editora, 2012, p. 268.

8 SOUSA SANTOS, B.: *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade*, Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 2003, p. 56.

9 DWORKIN, R.: *A Matter of Principle*, Clarendon Press, Oxford, 1986, p. 301.

de formação da vontade política e na concessão de benefícios ou imposição de sacrifícios por parte do Estado ele será tratado com igual preocupação e respeito¹⁰. As medidas de diferenciação serão legítimas apenas quando se baseiem numa distinção objectiva de situações, tenham um fim legítimo e sejam proporcionais à satisfação do seu objectivo. A desigualdade tem de ser justificada materialmente¹¹; o tratamento desigual deve pautar-se por critérios de justiça, exigindo-se, desta forma, uma correspondência entre a solução desigualitária e o parâmetro de justiça que lhe empresta fundamento material.

O artigo 26.º, n.º I, da CRP, com a epígrafe “outros direitos pessoais”, proclama que a todos é reconhecido o direito “à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação”¹². Não sendo atribuída grande importância a esta norma pela doutrina - JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS¹³ consideram que este direito “é a expressão subjectivada do princípio da igualdade consagrado no artigo 13.º e nessa medida poderia defender-se que é tautológico” – ela parece, todavia, “impor um dever de legislar sempre que seja necessário tomar medidas para combater as formas de discriminação que a Constituição considera intoleráveis. Por outro lado, contribui para esclarecer e reforçar o sentido e alcance dos outros direitos pessoais”, ainda segundo os mesmos autores.

GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA¹⁴, reconhecendo que não é fácil o recorte jurídico e dogmático deste direito¹⁵, encontram no direito à não discriminação uma dimensão subjectiva e uma dimensão objectiva. Na sua *dimensão subjectiva*, este direito terá conteúdo útil e autónomo como um direito especial de igualdade, dada a natureza de direito pessoal beneficiador do regime jurídico dos direitos,

10 Cfr. o Ac. TC n.º 452/89 [Relator: RAUL MATEUS], de 28 de Junho. Segundo REIS NOVAIS, J.: *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 109-110, esta garantia resulta, em última análise, da incidência da ligação que, em Estado de Direito, existe entre o princípio da igualdade e a dignidade da pessoa humana.

11 Veja-se, por todos, o Acórdão TC n.º 232/03 [Relator: RUI MOURA RAMOS], de 13 de Maio. Sobre quando deve ser activada a suspeição, vide REIS NOVAIS, J.: *Os princípios constitucionais estruturantes*, cit., p. 114. DIAS GARCIA, M.G., “Princípio da Igualdade: Fórmula vazia ou fórmula ‘carregada’ de sentido?”, *Separata do BMJ*, 1987, n.º 358, 1987, p. 37, critica a tese que faz coincidir o princípio da igualdade com o princípio da proibição de discriminações materialmente desrazoáveis. Embora esta concepção do princípio da igualdade já contenha uma abertura a uma ideia material, estas teses afastam a norma ou a decisão jurídica arbitrárias, mas não a norma ou a decisão jurídica injustas.

12 A Constituição contém várias garantias contra discriminação em domínios específicos: cfr. artigo 35.º, n.º 3 (tratamento informático de dados pessoais); 46.º, n.º 4 e 160.º, n.º I, alínea c) (proibição de organizações racistas); 59.º, n.º I, alínea e) (direitos dos trabalhadores); 36.º, n.º 3 (discriminação de filhos nascidos fora do casamento); 55.º, n.º 2 (garantia de direitos dos trabalhadores no exercício da liberdade sindical); 69.º, n.º I (não discriminação das crianças); e 109.º (não discriminação em razão do sexo no acesso a cargos políticos).

13 MIRANDA, J., e MEDEIROS, R.: *Constituição Portuguesa Anotada*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, anot. ao artigo 26.º, p. 294, IX.

14 GOMES CANOTILHO, J., e MOREIRA, V.: *Constituição da República Portuguesa Anotada*, cit., anot. ao artigo 26.º, pp. 469-470, XII.

15 O enunciado linguístico - direito à protecção legal - suscita, todavia, dificuldades hermenêuticas. Cfr. GOMES CANOTILHO, J., e MOREIRA, V.: *Constituição da República Portuguesa Anotada*, cit., anot. ao artigo 26.º, p. 470, XIII.

liberdades e garantias, e apresenta-se, ainda, como um direito subjectivo fundamentalmente reconduzível a um direito à prática de não discriminação¹⁶. Na sua *dimensão objectiva*, apontará essencialmente para a efectivação e promoção da exigência de igualdade de tratamento, *id est*, da exigência de protecção com a prática de discriminação. Para estes autores, para além do enunciado ser uma norma autorizativa de medidas legais promotoras da igualdade, é também uma imposição constitucional consagradora do dever de protecção dos poderes públicos para assegurarem, na prática, a supressão ou a neutralização de actos ou comportamentos discriminatórios, ou seja de um típico direito de conteúdo positivo.

Assim, o dever de protecção contra actos de discriminação configura-se, em primeiro lugar, como um dever objectivo de protecção das entidades públicas contra formas de discriminação, e, em segundo lugar, como um direito subjectivo à emanção de medidas (sendo que a admissibilidade de um direito subjectivo concreto à legislação antidiscriminatória está sujeita aos requisitos restritivos da responsabilidade por omissão e da subjectivação dos deveres de protecção de direitos, liberdades e garantias por parte do Estado em relação a terceiros). Na síntese de JORGE REIS NOVAIS¹⁷, “a Constituição cria, ela própria, uma área juridicamente delimitável de livre acesso dos particulares ao bem jurídico, mas o juízo de prognose sobre a oportunidade, os efeitos e a orientação das medidas legislativas a tomar são essencialmente da responsabilidade do poder político democraticamente legitimado”.

A originalidade da Constituição Portuguesa¹⁸ - e o que verdadeiramente confere especificidade à nossa questão - reside, contudo, no seu artigo 18.º, n.º 1, segundo o qual: “Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”. Cabe, pois, indagar da adequação ou pertinência daqueles preceitos como elementos

16 O direito à protecção contra quaisquer formas de discriminação, segundo GOMES CANOTILHO, J., e MOREIRA, V.: *Constituição da República Portuguesa Anotada*, cit., anot. ao artigo 26.º, p. 470, XII, perfila-se como direito subjectivo à não discriminação quando existe um tratamento discriminatório directo, assente sobretudo em quaisquer das características protegidas no artigo 13.º, n.º 2, mas também contra as discriminações indirectas, aquelas desigualdades de tratamento que embora não façam apelo a elementos considerados, de forma expressa pela Constituição como discriminatórios, acabam em muitos casos por encontrar fundamento nesses pressupostos. Impõe-se neste último caso um reforço da fundamentação ou das causas de justificação para a adopção de determinadas soluções. A justa medida ou proporcionalidade (necessidade, adequação, proporcionalidade) de um tratamento diferenciado carece de especial justificação. Na jurisprudência, veja-se o Acórdão TC n.º 247/2005 [Relatora: MARIA JOÃO ANTUNES], de 10 de Maio.

17 REIS NOVAIS, J.: *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 135.

18 Concordamos com CANARIS, C-WV: “A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha”, em AA.VV.: *Constituição, direitos fundamentais e direito privado* (coord. por INGO WOLFGANG SARLET), Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2003, pp. 242-243, quando refere que a influência da Constituição pode ser apreendida com algumas poucas figuras argumentativas, provavelmente utilizáveis na maioria dos ordenamentos jurídicos, o que lhes confere uma dimensão internacional. “Mas o perfil da solução dos problemas de cunho material, concretos e individuais, continua sendo em larga escala uma questão a ser solvida no âmbito do respectivo direito nacional”.

regulatórios das relações entre particulares. Estarão os particulares vinculados pelo princípio da igualdade? Devem os particulares obediência ao princípio da não discriminação? Para quem considerar que a resposta há-de ser positiva, a legislação específica que referimos acima tem um efeito meramente concretizador, e em alguns casos até limitador, da ordenação constitucional vinculativa. Para os defensores de uma resposta negativa, a limitação da liberdade da escolha da contraparte negocial não resulta directamente do quadro constitucional, mas antes de restrições impostas ao nível infraconstitucional. Esta diversidade de regimes e de ponderações justifica, por agora, uma breve análise ao problema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre privados¹⁹, questão intimamente ligada ao problema da constitucionalização do direito privado e à complexidade e diferenciação dos direitos fundamentais.

II. A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES ENTRE PRIVADOS.

Como escreveu GOMES CANOTILHO²⁰, “hoje, um dos temas mais nobres da dogmática jurídica diz respeito às imbricações complexas da irradiação dos direitos fundamentais constitucionalmente protegidos (*Drittwirkung*) e do dever de protecção de direitos fundamentais por parte do poder público em relação a terceiros (*Schutzpflicht*) na ordem jurídico-privada dos contratos”.

Na verdade, desde há muito²¹ que se vêm desenhando as tradicionais posições monistas e dualistas²², e, mais recentemente, tributária destas últimas, a teoria

19 É a questão da aplicabilidade (validade e eficácia) dos preceitos fundamentais relativos aos direitos, liberdades e garantias nas relações entre particulares. Esta questão foi baptizada por IPSEN e exportada sob a veste do problema da *Drittwirkung* (eficácia externa ou efeitos em relação a terceiros) dos direitos fundamentais. Entre nós, VIEIRA DE ANDRADE critica a designação de “eficácia horizontal”, por existirem relações de poder (verticais, *hoc sensu*) entre particulares, e considera adequado falar-se no problema da “validade nas relações entre particulares”. É a sugestão deste autor que seguiremos.

20 GOMES CANOTILHO, J.: “Dogmática de direitos fundamentais e direito privado”, em AA.VV.: Constituição, direitos fundamentais e direito privado (coord. por INGO WOLFGANG SARLET), Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2003, p. 400.

21 Veja-se já DE CASTRO, F.: “El Derecho Civil y la Constitución”, *Rev. der. priv.*, 1935, n.º 257, pp. 3 e ss.

22 As posições monistas puras defendem a aplicabilidade directa dos preceitos constitucionais relativos aos direitos fundamentais nas relações entre privados (NIPPERDEY e LEISNER) ao passo que as posições dualistas admitem uma relevância apenas indirecta ou a aplicabilidade mediata dos direitos fundamentais nas relações entre privados, mediante a intervenção do legislador do direito privado (DÜRIG). Como ensina VIEIRA DE ANDRADE, J. C.: *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.ª ed., Almedina, Coimbra, 2012, pp. 234 e ss., no espaço determinado por estas posições, surgiram soluções diferenciadas. SCHWABE distingue os direitos de liberdade dos direitos de igualdade (a ofensa dos primeiros seria sempre imputável ao Estado, na ofensa dos segundos, os poderes públicos só poderiam intervir em casos de discriminação grave). HESSE defende que não deve reconhecer-se a eficácia dos direitos em relação a particulares onde esse reconhecimento restrinja liberdade permitida pelo Direito Privado (admitindo, por exemplo, a liberdade de um testador deixar a quota disponível só aos filhos ou só às filhas).

As teorias, partindo de pressupostos distintos ou operando por vias diversas, chegavam ao mesmo resultado prático. Por um lado, as teorias dualistas admitiam de facto a influência das normas de valor dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, através das cláusulas gerais de direito privado, v.g. os bons costumes ou a ordem pública, embora essas cláusulas filtrassem, na sua concretização, o conteúdo das normas constitucionais, mantendo o “espírito jusprivatístico”. Por seu lado, as teorias da aplicação

dos deveres de protecção²³. Estas posições têm sido discutidas em vários países²⁴, mas limitaremos a nossa análise especificamente às respostas que a doutrina portuguesa tem dado ao nosso, específico, artigo 18.º, n.º I da CRP, segundo o qual os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas. Na doutrina portuguesa, encontramos posições próximas das teorias da eficácia imediata dos direitos fundamentais, ou da eficácia imediata nas relações entre privados em que um deles seja poderoso, mas também autores que seguem a aplicabilidade mediata dos direitos fundamentais e a sua tributária teoria dos deveres de protecção. É certo que todas estas opiniões da doutrina jurídica são a refracção da resposta a questões teóricas estruturais, como o significado do instituto jurídico-constitucional dos direitos fundamentais e o do papel do legislador e dos tribunais, enquanto órgãos de fiscalização da constitucionalidade,

directa assumiam que esta não vale para todos os direitos fundamentais, mas que é necessária uma análise em concreto para ver se um específico direito fundamental vincula, e em que medida, o comportamento dos particulares.

De acordo com a primeira teoria, os direitos, liberdades e garantias e direitos de natureza análoga aplicam-se obrigatória e directamente no comércio jurídico entre entidades privadas (individuais ou colectivas). Teriam, pois, uma eficácia absoluta, podendo os indivíduos, sem qualquer necessidade de mediação concretizadora dos poderes públicos, fazer apelo aos direitos, liberdades e garantias. Para a teoria referida em segundo lugar, os direitos, liberdades e garantias teriam uma eficácia indirecta nas relações privadas, pois a sua vinculatividade exercer-se-ia *prima facie* sobre o legislador, que seria obrigado a conformar as referidas relações obedecendo aos princípios materiais positivados nas normas de direito, liberdades e garantias.

- 23 Cfr. VIEIRA DE ANDRADE, J. C.: *Os direitos fundamentais*, cit., pp. 239 e ss. A teoria que faz apelo aos deveres de protecção estadual perante terceiros molda a sua construção segundo a ideia de que o Estado, além do dever de respeitar os direitos fundamentais, e de criar as condições necessárias para a sua efectivação, tem ainda o dever de os proteger contra quaisquer ameaças, incluindo as que resultam da actuação de outros particulares. Esse dever geral decorre do princípio do Estado de Direito e do correspondente monopólio estadual da autoridade e do uso da força legítima, vista que os particulares, salvo situações excepcionais, só podem evitar ou defender-se das agressões dos seus direitos por outros particulares se os poderes públicos proibirem, prevenirem e reprimirem tais ofensas.

Na expressão de CANARIS, C-W: "A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha", cit., p. 238: "o Estado ou o ordenamento jurídico estão, em princípio, obrigados a proteger um cidadão contra o outro também nas relações entre si". Alguns autores retiram do monopólio estadual da autoridade a ideia de responsabilidade pública por qualquer agressão, por privados, dos direitos fundamentais de uma pessoa, afirmando que essa ofensa é sempre imputável ao Estado, pois que, ou foi permitida por uma lei, ou pela ausência de uma lei, quando não resultou da falta de prevenção ou de repressão do incumprimento da lei em vigor.

O dever de protecção aparece associado a um princípio de protecção suficiente, formulado negativamente como princípio de proibição do défice (*Untermassverbot*) que, ao contrário do princípio simétrico – princípio da proibição do excesso (*Übermassverbot*), é entendido pela maioria da doutrina como um princípio orientador – não tem de ser visto como uma protecção mínima, mas também não impõe uma protecção máxima, seja na medida em que tem de respeitar o princípio da proporcionalidade quando atinja outros direitos e liberdades ou valores comunitários semelhantes, com relevo especial para a autonomia privada, seja na medida em que há-de respeitar a liberdade constitutiva do legislador, que pode e deve graduar a protecção conforme os valores ou bens jurídicos em causa, a intensidade da ameaça e a possibilidade de autodefesa do particular.

A ideia de liberdade e de responsabilidade individual pela ofensa de direitos fundamentais de outrém vale, quer no âmbito contratual (em que haverá uma autolimitação), quer nas relações extracontratuais (em que a ofensa é directamente imputável ao particular), de modo que o Estado só pode ser corresponsabilizado na medida em que haja incumprimento de um dever específico, seja de um dever específico de protecção do legislador, seja de um dever específico de cumprimento da lei pelo poder administrativo ou judicial.

- 24 Vide PASSINHAS, S.: *Propriedade e personalidade no Direito Civil português*, Almedina, Coimbra, 2017, pp. 348 e ss.

no quadro da divisão de poderes. Vale a pena, cremos, um olhar mais atento a algumas das posições paradigmáticas.

GOMES CANOTILHO²⁵ propõe uma metódica diferenciada na aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, que deve tomar em consideração a especificidade do direito privado, por um lado, e o significado dos direitos fundamentais na ordem jurídica global, por outro, porquanto a ideia da eficácia imediata em relação a entidades privadas dos direitos fundamentais não pretende que os titulares dos direitos, colocados numa situação de igualdade nas relações verticais com o Estado (princípio da igualdade como princípio vinculativo dos actos dos poderes públicos), tenham, nas relações jurídicas civis, essa mesma situação de igualdade mediante o auxílio do Estado. Assim sendo, relembra-nos²⁶ que autores como Nipperdey, Leisner e Lombardi salientam que a agressão aos direitos, liberdades e garantias, pode resultar não apenas dos poderes públicos mas também de poderes sociais ou privados (associações, empresas, igrejas, partidos). Trata-se, no fundo, de uma refracção da problemática geral do “domínio dos grupos”, da “representação de interesses organizados”, do corporativismo, dos complexos sociais de poder. Na verdade, os direitos, liberdades e garantias não protegem apenas os cidadãos contra os poderes públicos; as ordens jurídicas da liberdade de profissão e da liberdade de empresa, por exemplo, também podem ser perturbadas por forças ou domínios sociais (Bachof), pelo que a função de protecção objectiva dos direitos, liberdades e garantias não pode deixar de implicar a eficácia dos direitos no âmbito das relações privadas caracterizadas pela situação desigualitária das partes. Consequentemente, as leis e os tribunais devem estabelecer normas de conduta e de decisão que cumpram a função de protecção dos direitos, liberdades e garantias.

Também JORGE MIRANDA²⁷ considera que este não é um problema de equacionamento simples. Todavia, “não se compreenderiam uma sociedade e uma ordem jurídica em que respeito da dignidade e da autonomia da pessoa fosse procurado apenas nas relações com o estado e deixasse de o ser nas relações das pessoas entre si”. Não basta, pois, limitar o poder político – o imperium –, mas é preciso também limitar o dominium e assegurar o respeito das liberdades de cada pessoa pelas demais pessoas. A vinculação das entidades privadas depende de certos pressupostos (o reconhecimento da qualidade de valores

25 GOMES CANOTILHO, J.: *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 2003, p. 1289. Neste sentido, também MAC CRORIE, B.: *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*, Almedina, Coimbra, 2005. No sentido da vinculatividade directa, ABRANTES, J.J.: *A vinculação das entidades privadas face aos direitos fundamentais*, AAFDL, 1990, pp. 87 e ss, e BACELAR GOUVEIA, J.: *Manual de direito constitucional*, vol. II, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2009, p. 1125 (mas apreciando o artigo 18.º *cum grano salis*).

26 GOMES CANOTILHO, J.: *Direito constitucional e teoria da constituição*, cit., p. 1291.

27 MIRANDA, J.: *Manual de Direito Constitucional*, cit., pp. 336 e 337, e MACHADO, J.: *Liberdade de expressão*, Studia Iuridica 65, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, pp. 413 e ss, bem como em “A construção e utilização de locais para o culto: a perspectiva das confissões religiosas minoritárias”, separata da *Revista do Ministério Público*, 1997, n.º 69, pp. 119 e ss.

superiores da ordem jurídica dos direitos, liberdades e garantias, mas igualmente, o reconhecimento da necessidade de um mínimo de separação entre Estado e sociedade civil, bem como da distinção entre Direito Público e Direito Privado e entre inconstitucionalidade da lei e invalidade do contrato), que requerem não tanto uma adequação axiológica quanto uma adequação funcional na vinculação das entidades privadas, e visa cumprir certos objectivos: o equilíbrio, a concordância prática, e, se possível a realização simultânea dos direitos, liberdades e garantias, de um lado, e da autonomia privada, do outro. O autor propõe a consideração de três tipos de situações e relações: relações dentro de grupos, associações, pessoas colectivas, entre os seus membros e os poderes instituídos; relações entre particulares e poderes sociais de facto; e relações entre particulares em igualdade. A aplicação das normas sobre direitos, liberdades e garantias ocorre por identidade de razão nas duas primeiras hipóteses e por analogia na terceira. O autor propõe ainda o tratamento diferenciado (quase tópico) dos vários direitos e situações e a consideração dos problemas em concreto como problemas de escolhas entre os vários bens pelos destinatários (activos e passivos) das normas e como problemas de colisão de direitos²⁸.

VEIRA DE ANDRADE²⁹ entende que só deverá aceitar-se a transposição directa dos direitos fundamentais, enquanto direitos subjectivos, para as relações entre particulares quando se trate de situações em que as pessoas colectivas (ou, excepcionalmente, indivíduos) disponham de poder especial de carácter privado sobre (outros) indivíduos. Em tais casos, estamos perante relações de poder – e não relações entre iguais – e justifica-se a protecção da liberdade dos homens comuns que estejam em posição de vulnerabilidade. O poder em causa não terá de ser necessariamente um poder jurídico, se for um poder de facto inequívoco e objectivamente determinável, como aquele que existe em relações informais, por exemplo, numa situação de monopólio de facto, de cartelização ou de oligopólio, pelo menos de bens essenciais.

28 JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, cit., anot. ao artigo 13.º, p. 127, XI, e anotação ao artigo 18.º, p. 157, XI, concretizam esta posição do seguinte modo: quanto aos particulares, em consonância com a interpretação que os autores dão à regra da vinculação das entidades privadas pelos preceitos sobre direitos, liberdades e garantias, distinguem: (i) no interior de quaisquer pessoas colectivas de direito privado ou de quaisquer associações não personalizadas não poe haver diferenciações arbitrárias entre os seus membros; (ii) as regras específicas de igualdade e diferenciação constantes da Constituição impõem-se às relações entre particulares, nos actos e contratos que nelas directamente se subsumam; (iii) nas relações entre os particulares, nos restantes casos, prevalece a autonomia privada, salvo quando ocorram discriminações que, para lá da cláusula geral do artigo 13.º, n.º 2, da Constituição, atinjam a dignidade das pessoas ou comportem abusos de poder de facto.

29 VEIRA DE ANDRADE, J. C.: *Os direitos fundamentais*, cit., pp. 245 e ss. Nesta linha, HÖRSTER, H.: *A Parte Geral do Código Civil Português*, Almedina, Coimbra, 1992, pp. 96 e 97, considera que os direitos vinculam as entidades privadas apenas de uma maneira especial, ou seja, quando elas estão numa situação de poder, ameaçadora da liberdade e igualdade jurídica. A aplicação imediata só se dá quando a lei privada não for suficiente, para dentro dos princípios e normas, já imbuídos pela ordem de valores da Constituição, encontrar uma solução adequada (a lei privada está em contradição com a Constituição, não contém princípios em conformidade com esta ou está lacunosa de todo). No mesmo sentido, PEREIRA DA SILVA, V.: “A vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias”, *RDES*, 1987, n.º 29, pp. 259 e ss.

O autor reconhece que as situações de poder social são muitas e diferenciadas e o grau e a medida da aplicabilidade imediata dos direitos, liberdades e garantias têm necessariamente de variar conforme os tipos de situações e as circunstâncias que só em concreto podem em última análise ser determinadas³⁰. O problema da sujeição das entidades privadas poderosas aos direitos fundamentais apenas se põe na medida em que isso se justifique pela natureza da pessoa (normalmente) colectiva e pelo tipo de relação estabelecida, só valendo obviamente no âmbito dessa relação específica de poder³¹. O critério da desigualdade ou do poder social é, sobretudo, um critério teleológico que em concreto permite estender por analogia e graduar a eficácia dos direitos e liberdades nas relações privadas. Ter-se-á, portanto, em consideração, tal como nas relações com entes públicos, se e até que ponto os valores ou interesses colectivos que estão na base das diferentes situações de poder exigem e justificam, no caso concreto, a limitação da liberdade³². Os particulares poderão assim, de acordo com a natureza específica,

30 VIEIRA DE ANDRADE, J. C.: *Os direitos fundamentais*, cit., pp. 246 e ss., elenca várias situações em que tal pode suceder. Desde logo, certas relações de poder privado são semelhantes às relações especiais de poder típicas do direito administrativo, como acontece, por exemplo, entre os poderes de direcção, regulamentação e disciplina para ordem e eficiência nas empresas ou em colectividades desportivas e os poderes correspondentes dos superiores hierárquicos que caracterizam as chamadas relações especiais de direito administrativo. Igualmente, em situações paralelas de restrição da liberdade, como, por exemplo, proibição de circular, de dar entrevistas sem autorização ou de exprimir certo tipo de ideias ou comentar certos factos, a aplicação de sanções disciplinares, ou, ainda, a obediência que os menores devem aos pais ou tutores.

Outra situação é aquela que resulta dos grupos ou organizações que exercem poderes sobre os seus membros, como os sindicatos e associações em geral, as ordens religiosas, as igrejas, especialmente nos poderes de exclusão ou sancionamento disciplinar.

Noutros casos, as entidades privadas dispõem de um poder económico ou social susceptível de conformar aspectos relevantes da vida dos indivíduos não-membros (por exemplo, as empresas monopolistas ou em situações de quase-monopólio de facto, designadamente as empresas que fornecem bens ou serviços essenciais, os grupos que disponham de influência (isto é, poder) nem zonas da vida social), chegando mesmo a dispor de poderes normativos (mais ou menos vastos), tolerados ou institucionalizados. É o caso das federações desportivas, relativamente ao desporto federado, bem como, em certa medida, o caso dos sindicatos e associações patronais em matéria de contratação colectiva (na medida em que sejam susceptíveis de extensão e em que o respectivo incumprimento configure uma contra-ordenação) ou dos acordos entre empresas sobre condições negociais, na medida em que não afectem as leis de defesa da concorrência. Um caso exemplar de violação de direitos fundamentais seria o das *closed-shops*, em que os empregadores se obrigam a não admitir e até, por vezes, a despedir trabalhadores não inscritos num certo sindicato (como era prática frequente na Grã Bretanha e várias vezes condenada no TEDH). Não será suficiente, em contrapartida, uma dependência psicológica subjectiva ou momentânea, embora esta possa tornar-se relevante por outra via (por exemplo, se determinar um vício da vontade na celebração de um negócio jurídico).

31 Nesse sentido, no que respeita às pessoas colectivas, o artigo 12.º, n.º 2, da CRP poderia ser interpretado no sentido de que estão sujeitas aos deveres correspondentes aos direitos fundamentais que sejam compatíveis com a sua natureza. O artigo 12.º, n.º 2, da CRP, determina que: "As pessoas colectivas gozam dos direitos e estão sujeitas aos deveres compatíveis com a sua natureza". Mas, como acentuam MIRANDA, J., e MEDEIROS, R.: *Constituição Portuguesa Anotada*, cit., anot. ao artigo 12.º, p. 113, IV, da titularidade colectiva de direitos fundamentais, "não se segue que a sua aplicabilidade nesse domínio se vá operar exactamente nos mesmos termos e com a mesma amplitude com que decorre relativamente às pessoas singulares". Para os autores, aquele preceito não surge como uma norma de síntese ou de pósito, mas antes como norma que visa garantir (ou garantir reforçadamente) às pessoas colectivas presentes no ordenamento jurídico português um conjunto de direitos de carácter geral ou comum, com as devidas adaptações. No mesmo sentido, GOMES CANOTILHO, J., e MOREIRA, V.: *Constituição da República Portuguesa Anotada I*, cit., anot. ao artigo 12.º, pp. 330-331, IV.

32 VIEIRA DE ANDRADE, J. C.: *Os direitos fundamentais*, cit., p. 247.

a razão de ser e a intensidade do poder exercido³³ (na falta ou insuficiência da lei ou contra ela, se inconstitucional), invocar os direitos fundamentais que asseguram a sua liberdade, por um lado, e exigir, por outro, uma igualdade de tratamento em relação a outros indivíduos nas mesmas circunstâncias, arguindo a invalidade dos actos e negócios jurídicos que ofendam os princípios constitucionais ou reclamando a indemnização dos danos causados³⁴.

Nas relações entre iguais (as relações privadas típicas), os particulares não devem ser considerados sujeitos passivos dos direitos fundamentais, enquanto direitos subjectivos, com os deveres típicos correspondentes. Entende VIEIRA DE ANDRADE que essa não transposição da figura dos direitos subjectivos fundamentais para a relações de isonomia privada deve valer para todos os direitos, mesmo para os direitos mais intimamente ligados à dignidade humana³⁵. Isso não significa, porém, que os preceitos constitucionais relativos a esta matéria não se apliquem nas relações interprivadas ou que os particulares possam impunemente violar os direitos fundamentais dos outros indivíduos. Em primeiro lugar, os direitos fundamentais incluem faculdades de exigir ao estado a protecção dos bens jurídicos e da liberdade contra a violação por terceiros. Essa protecção jurídica, plasmada sobretudo na legislação penal e civil, é devida pelo Estado, pelo menos no que toca ao núcleo essencial dos direitos fundamentais, na medida em que exprime o princípio da dignidade da pessoa humana - um valor absoluto, que vincula o próprio titular dos direitos - e, a partir desse dever, que exprime a "eficácia vertical" das normas, vai projectar-se nas relações entre particulares: ficam por essa via proibidos todos os actos de pura e simples violação do conteúdo

33 Entendida num contexto de intensidade variável, esta solução teria a vantagem, para o autor, de conferir um sentido útil ou, pelo menos, de corresponder mais fielmente à norma do nosso ordenamento constitucional, que determina a vinculação de entidades privadas, a par da vinculação das entidades públicas. Por outro lado, a objecção do judicialismo (um governo dos juizes, por estes ficarem com a possibilidade de dominar abusivamente a aplicação das normas de direito privado, substituindo-se ao legislador [e, em certa medida, aos próprios particulares], com o fundamento [afinal, um pretexto] da aplicabilidade imediata dos preceitos constitucionais), que sempre se poderá fazer à aplicabilidade directa dos direitos fundamentais, é aqui limitada, às situações de poder (em regra, de pessoas colectivas), e há-de ser entendida como uma vinculação gradativa, pelo que o juiz não pode deixar de ponderar os valores em jogo, tendo em conta o diferente peso dos direitos e da liberdade nas situações concretas. A isto se somará que, no nosso sistema, não deixa de caber em primeira linha ao legislador a regulação imperativa das relações privadas e a resolução dos problemas de colisão entre as liberdades e, em geral, entre os direitos dos particulares nelas envolvidos (VIEIRA DE ANDRADE, J. C.: *Os direitos fundamentais*, cit., pp. 248 e 249). O autor considera, na p. 287, que a concepção que nega a vinculação directa, mas admite o dever de protecção estadual contra privados, com intensidade variável, também comporta riscos semelhantes, na medida em que esse dever de protecção recaia em última análise sobre o juiz, na falta ou mesmo através ou para além da lei.

34 VIEIRA DE ANDRADE, J. C.: *Os direitos fundamentais*, cit., pp. 247-248. Em todo o caso, a vinculação das entidades privadas poderosas pelos direitos fundamentais raramente se produzirá em termos semelhantes à vinculação dos poderes públicos (ou nunca, pois que, desde logo, estão excluídas as faculdades de exigir a protecção activa dos direitos e liberdades, que só podem ter como destinatário o Estado, detentor do monopólio da coacção). Na realidade, as entidades privadas são também, apesar de tudo, titulares de direitos, liberdades e garantias (ainda que, no caso das pessoas colectivas, em termos limitados) e essa circunstância que terá de ser levada em linha de conta, poderá sempre implicar uma ponderação dos direitos ou valores em conflito, ainda que venha a revelar-se mínima, por exemplo, quando se trate da titularidade - que, sublinha o autor, é, em regra, limitada, por se tratar de uma pessoa colectiva - de um direito tipicamente agressivo ou intrusivo.

35 VIEIRA DE ANDRADE, J. C.: *Os direitos fundamentais*, cit., pp. 250 e 251.

essencial dos direitos fundamentais. Por outro lado, também o entendimento e a solução normativa da colisão de direitos fundamentais, dado que passam pela limitação recíproca e proporcionada dos direitos em presença, diminuem o espaço de ofensa possível e implicam uma protecção relativa dos direitos nas relações interindividuais, designadamente no plano da aplicação jurisdicional do direito privado e do direito penal.

SOUSA RIBEIRO³⁶ apresenta uma proposta de aplicabilidade mediata, pressupondo uma intensidade diferenciada dos direitos. Dos artigos 2.º e 9.º, alínea b), o autor retira: “reclama-se do Estado, no próprio domínio dos direitos, liberdades e garantias, uma intervenção nas relações jurídico-privadas, para, em protecção da parte mais fraca, estabelecer um regime limitativo da liberdade contratual do mais forte, em contenção de abusos e excessos. Desejavelmente, por via legislativa, pois só ela faculta um grau satisfatório de precisão e certeza na enunciação de previsão e estatuições. Não só quanto ao se da intervenção, mas também quanto à escolha, de entre o instrumentário diversificado que o direito privado oferece, do meio mais adequado para a concretizar, são as normas de direito ordinário que, em primeira linha, devem ser chamadas a operar. E, entre um mínimo de tutela constitucionalmente exigido e um máximo de ingerência constitucionalmente permitida, é deixado ao legislador um vasto campo de opções, no desempenho da sua competência própria”.

Mais recentemente, PAULO MOTA PINTO defendeu que a aplicação, à actividade de entidades privadas, das normas que consagram direitos fundamentais deve ocorrer, em primeira linha, através de normas de direito privado, quer estas se limitem a reproduzir o teor das normas constitucionais, quer contenham conceitos indeterminados ou cláusulas gerais, a preencher e concretizar segundo os valores constitucionalmente consagrados, e, em particular, numa actividade de interpretação conforme aos direitos fundamentais. Estas normas são, pois, como que portas de entrada no domínio privado de valorações subjacentes aos direitos fundamentais, constituindo a forma precípua para a sua efectivação, impendendo, aliás, logo sobre o legislador ordinário o dever de prever mecanismos legais protectores dos direitos fundamentais. É, pois, da própria vinculação de todos os poderes do Estado, designadamente, do legislador e do julgador, que resulta uma obrigação de ‘interpretação conforme aos direitos fundamentais’ do direito ordinário, a qual já levará, normalmente, à congruência de resultados entre direito constitucional e direito privado³⁷ – não desconhece a necessidade de apurar

36 SOUSA RIBEIRO, J.: “Constitucionalização do direito civil”, *BFD*, 1998, n.º 74, pp. 745 e ss. Já se pronunciaram pela aplicabilidade mediata, LUCAS PIRES, F.: *Uma Constituição Para Portugal*, 1975, p. 90, e MOREIRA, I.: *A solução dos direitos, liberdades e garantias e dos direitos económicos, sociais e culturais na Constituição Portuguesa*, Almedina, Coimbra, 2007, p. 90.

37 MOTA PINTO, P.: em “A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado português”, in *AAVV.: Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado* (coord. por PINTO MONTEIRO, A., NEUNER, J., SARLET, I.), Almedina, Coimbra, 2007, pp. 160 e ss, depois de mencionar vários

como se configura a relação entre os instrumentos dogmáticos dos direitos fundamentais e os do direito infraconstitucional, utilizados para a recepção das valorações daquele, o que requer que se averigue o se e o porquê da continuidade ou da divergência das figuras, dos passos da argumentação e dos resultados, entre a dogmática dos direitos fundamentais e a – muitas vezes menos desenvolvida – doutrina relativa a instrumentos privatísticos como os direitos de personalidade (ou a aplicação da cláusula geral dos bons costumes ou da ordem pública)³⁸.

Seja, porém, como for quanto a este ponto, poderão, ainda assim, existir casos em que o julgador não encontra norma aplicável adequada, ou cláusula geral ou conceito indeterminado ao qual recorrer, ou, ainda, em que deva afastar uma determinada norma ou interpretação – que é a única possível –, por contrária a direitos fundamentais. Tratar-se-á, normalmente, de casos excepcionais, em que, pensa o autor (na esteira de autores como CANARIS, STARCK, NEUNER), ao julgador que pretenda afastar-se de uma determinada norma de direito privado incumbe o ónus da argumentação – o ónus de fundamentar o exercício da faculdade de recusar a aplicação de normas que repete inconstitucionais ou de recorrer directamente às normas constitucionais, aplicando-as, sem mais, às relações de direito privado. Para além deste ponto, julga o autor, porém, que uma aplicação não mediatizada pelas normas de direito privado não será legitimada tanto pelas categorias de “poderes sociais” ou “poderes privados”, e correspondente posição de desigualdade, como pela consideração do sentido nuclear dos direitos fundamentais em questão: nesse núcleo, correspondente aos direitos humanos e que se prende com a dignidade da pessoa humana, tem de afirmar-se que são destinatários dos direitos fundamentais também os particulares, e na mesma medida das entidades públicas. Nesse núcleo essencial e matricial, é evidente que a qualificação do agente e da contraparte só pode ser irrelevante, bem como a pretensa actuação de outras faculdades ou direitos. Fora deste núcleo essencial, porém, o autor considera mais adequada à situação específica das partes nas relações de direito privado uma protecção, pelos entes públicos, de particulares perante outros particulares – que são igualmente titulares de direitos fundamentais – através do apelo à função de protecção dos direitos fundamentais (numa relação triangular lesante-Estado-vítima, portanto). À perspectiva da eficácia horizontal directa perante poderes sociais é, pois, para lá daquele núcleo essencial, preferível uma impositação com base na função dos direitos fundamentais enquanto imperativos de tutela. Consoante a situação de perigo ou de lesão do bem protegido em causa, a sua probabilidade e (se for

acórdãos do TC, defende que a experiência portuguesa de utilização do controlo de normas pela jurisdição constitucional parece mostrar, de modo particularmente claro, que logo pela via da vinculação aos direitos fundamentais do “legislador de direito privado” e da jurisdição “se pode também conseguir resultados que em grande medida se aproximam daqueles gisados por uma solução de ‘eficácia imediata em relação a terceiros’ (‘unmittelbare Drittwirkung’) dos direitos fundamentais – isto é, por uma eficácia imediata e ‘horizontal’, nas relações entre particulares”.

38 MOTA PINTO, P.: “Autonomia privada e discriminação – Algumas notas”, in AA.VV.: *Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*, vol. II, Coimbra Editora, 2005, p. 322.

o caso) previsível ilicitude, a espécie de bem em questão, etc., os deveres de protecção destes direitos – e igualmente dos direitos económicos e sociais – obrigarão, pois, as entidades públicas a intervir nas relações entre particulares, evitando-se a rigidificação e a inflexibilidade da vida jurídico-privada que resultaria de uma verdadeira substituição do direito civil pelo direito constitucional, sem deixar, porém, de obter, com uma conciliação de interesses diferenciada na situação concreta, níveis de protecção adequada às exigências dos direitos fundamentais³⁹.

Neste mesmo sentido, REIS NOVAIS⁴⁰ lembra que “o estado está obrigado, nomeadamente através da mediação do legislador ordinário, mas também, em caso de omissão deste, através da actuação autónoma do poder judicial e da Administração, a uma actuação normativa, judicial ou fáctica tendente a garantir os bens e as actividades protegidas de direitos fundamentais também contra agressões não estatais, ou seja, contra intervenções de terceiros (particulares e entidades públicas estrangeiras, logo, terceiros na relação primária de direito fundamental que se estabelece entre cidadão e Estado) ou contra contingências naturais ou riscos sociais”. Esta obrigação geral de protecção é uma consequência primária da atribuição ao Estado do monopólio da utilização da força que garante a existência da sociedade enquanto ordem de paz e fundamenta-se juridicamente na vinculação geral de todos os órgãos estatais pelos direitos fundamentais e na dimensão jurídico-objectiva autónoma de cada disposição de direito fundamental e nos deveres constitucionais explícitos ou implícitos que dela decorrem.

Se a eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas traduz um novo horizonte hermenêutico, implicando uma nova leitura do sentido das normas constitucionais definidoras de direitos e garantias fundamentais⁴¹, a posição dos vários autores que visitámos tem naturalmente implicações no tema que nos levou a percorrer este caminho: a vinculação dos privados pelo princípio da igualdade, ou, dito de outro modo, saber em que medida se pode considerar, no âmbito de uma relação jurídico-privada negocial, existir um direito a ser tratado de forma igual.

GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA⁴² referem que o problema da eficácia do princípio da igualdade na relação entre particulares consiste em saber se, de princípio objectivo da ordem constitucional, ele pode ser

39 SOUSA RIBEIRO, J.: “Constitucionalização do direito civil”, cit., p. 745, considera que esta doutrina não é compatível com a força jurídica dos preceitos respeitantes aos direitos, liberdades e garantias, pois nas “zonas por si cobertas, ela não admite padrões de conduta e critérios de solução de conflitos em contradição com o conteúdo normativo desses preceitos”.

40 REIS NOVAIS, J.: *As restrições aos direitos fundamentais*, cit., p. 88.

41 SARLET, I.: “Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais”, in AA.VV.: *A constituição concretizada*, (coord. por INGO WOLFGANG SARLET), Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2000, p. 160.

42 GOMES CANOTILHO, J., e MOREIRA, V.: *Constituição da República Portuguesa*, cit., anot. ao artigo 13.º, pp. 346-348, XII.

transformado em princípio objectivo da ordem jurídica privada. A sugestão dos autores parte de dois pressupostos fundamentais: primeiro, na sua qualidade de princípio objectivo essencial da Lei Fundamental, o princípio da igualdade deve considerar-se como princípio informador de toda a ordem jurídica; segundo, a transposição do princípio da igualdade para o direito privado impõe algumas adaptações, de forma a não aniquilar a especificidade das relações jurídico-civis⁴³.

A vinculação do direito privado ao princípio da igualdade pode, talvez, consubstanciar-se, assim, em três dimensões. Em primeiro lugar, existe uma proibição de discriminações com base nas categorias subjectivas enumeradas no artigo 13.º, n.º 2 (salvo no caso de discriminações positivas, constitucionalmente previstas) ou de outras constitucionalmente proibidas (por exemplo, artigo 36.º, n.º 4), em qualquer acto ou negócio jurídico, funcionando, assim, o princípio da igualdade, neste aspecto, como limite externo da liberdade negocial, podendo determinar autonomamente a invalidade de actos ou negócios jurídicos (contratos, testamentos, estatutos de associações, etc), que o infringjam ou fundamentar direitos à reparação de danos. Em segundo lugar, o princípio da igualdade impõe um dever de tratamento igual por parte dos indivíduos ou organizações que sejam titulares de posições de poder social (empresas, associações profissionais, igrejas, fundações, etc), vinculando, desde logo, os seus poderes normativos (regulamentos internos de associações, regulamentos de empresas, acordos colectivos, normas de auto-regulação privada, etc.). Em terceiro lugar, propugnam pela aplicação geral do princípio da igualdade, mediante exigência de tratamento igual, nas relações com particulares que explorem serviços ou estabelecimentos abertos ao público (como por exemplo, táxis, farmácias, cinemas, escolas, restaurantes, etc.).

Em qualquer caso, a relevância do princípio da igualdade nas relações privadas, como expressão da “constitucionalização do direito civil”, se é certo que implica uma correspondente limitação da autonomia privada e da liberdade negocial, não pode, porém, ir ao ponto de aniquilar esses esteios básicos do direito civil e da liberdade individual.

Para JORGE MIRANDA⁴⁴, o princípio da igualdade não vincula apenas o Estado e as demais entidades públicas nas relações com os particulares. Estende-se às relações entre particulares, embora seja necessário compatibilizá-lo com o princípio da autonomia da vontade, também ele consagrado constitucionalmente. Considera o autor que a vedação de privilégios e de discriminações do artigo 13.º, n.º 2, é também de aplicação imediata, sem necessidade de lei interposta. O autor exemplifica que perante bens sociais ou em actividades e locais privados de interesse público ou

43 Sobre as características multidimensionais do princípio da igualdade, ver MELO ALEXANDRINO, J.: *Direito Constitucional, Introdução Geral, Princípios*, 2007.

44 MIRANDA, J.: *Manual de Direito Constitucional*, cit., pp. 292 e ss.

abertos ao público (sem dúvida, em escolas, hospitais, meios de transporte, hotéis, restaurantes, casas comerciais, etc., e, com ressalvas impostas pela protecção da juventude, da saúde ou do ambiente, em locais de diversão), ninguém pode ser desconsiderado por outros, nem ser tratado arbitrariamente ou afectado nos seus direitos e deveres por algum dos factores ali previstos ou por qualquer outra causa de discriminação. No interior de quaisquer pessoas colectivas ou grupos não personalizados, ninguém pode ser titular de mais ou menos direitos ou deveres devido à raça, ao sexo, à religião, às ideias políticas ou a qualquer outra razão. O autor ressalta ainda a diferenciação que resulta da natureza das coisas. Se se trata de uma associação de fiéis de certa religião, de antigos alunos de uma universidade ou de profissionais de certa área, obviamente só quem integre essa categoria – mas todos quantos a integrem – podem ser sócios. Pelo contrário, se não existem elementos objectivos da distinção, a liberdade de as associações prosseguirem livremente as suas actividades (artigo 46.º, n.º 2) cede perante o direito positivo de associação (artigo 46.º, n.º 1)⁴⁵. Por último, como ideia geral, a autonomia da vontade nas relações entre os particulares não pode legitimar a prática de actos que, por si ou pelos comportamentos que envolvem ou permitem, sejam violadores da dignidade da pessoa humana. Dignidade e igualdade são incindíveis, seja entre pessoas e o Estado, seja entre as pessoas como particulares⁴⁶.

VEIRA DE ANDRADE, em consonância com a posição que descrevemos acima, entende que o princípio da igualdade não é aplicável nas relações privadas [entre entidades não poderosas] enquanto proibição de arbítrio ou imperativo de racionalidade de actuação⁴⁷. Em vez de se pretender impor rigidamente a cada indivíduo que, nas relações com os seus semelhantes, os trate com estrita igualdade, fundamentando sempre juridicamente os seus actos e não actuando senão com a certeza de poder justificar a sua atitude com um valor socialmente igual ou maior, deve tolerar-se um certo espaço de espontaneidade e até de arbitrariedade. Estender aos indivíduos a aplicação do princípio constitucional da igualdade afigura-se, para o autor, em princípio, “impróprio, absurdo e insuportável”. Contudo, o princípio da igualdade já terá de ser aplicado, mesmo entre iguais, enquanto proibição de discriminações que atinjam intoleravelmente

45 O autor dá o exemplo de, numa determinada localidade, haver somente uma ou um número limitado de associações de certo tipo (culturais, recreativas, desportivas, etc.), em que brigaria com o princípio da igualdade reservar o ingresso a ser natural da terra ou da região (embora talvez já não a aí residentes).

46 MIRANDA, J.: *Manual de Direito Constitucional*, cit., p. 295.

47 Segundo VEIRA DE ANDRADE, J. C.: *Os direitos fundamentais*, cit., pp. 258 e ss, quando estejam em causa situações em que certas pessoas colectivas, grupos ou indivíduos detenham uma posição de domínio económico ou social, por gozarem, por exemplo, de uma situação de monopólio, não deve permitir-se que invoquem a liberdade negocial para escolher arbitrariamente a contraparte ou impor a exclusão de terceiros (por exemplo, a única piscina da vila aberta ao público não pode excluir certas categorias de pessoas, atendendo ao sexo, à raça, à língua, à condição social, etc), e também a uma grande empresa, com forte posição no mercado de trabalho, não é lícito recusar admitir um trabalhador apenas por razões religiosas, de raça, etc (ao contrário, por exemplo, deve admitir-se a livre escolha do pessoal que presta serviços domésticos). Aí poderá valer a primazia do dever de respeito pela igualdade sobre a liberdade.

a dignidade humana dos discriminados, máxime, que impliquem uma violação dos seus direitos de personalidade.

O princípio da igualdade de tratamento pode ser imposto por disposições legislativas restritivas da liberdade geral ou negocial. Assim, por força de imposições constitucionais ou de obrigações internacionais ou ainda quando, por força das circunstâncias concretas da sociedade, houver razões sociais fortes para restringir a liberdade dos indivíduos, não permitindo determinados tipos de discriminação, será legítima a imposição por via legislativa de deveres específicos de igualdade de tratamento, na medida em que essas razões o justifiquem. O legislador pode ainda impor obrigações específicas de igualdade de tratamento, por exemplo, como contrapartida da outorga de vantagens ou da concessão de licenças, em qualquer caso, desde que tal imposição se revele adequada, isto é, justificada e razoável⁴⁸. O que importa, pois, na opinião de VIEIRA DE ANDRADE, é que haja uma actuação racional, técnica e eticamente fundada, que não se discrimine por discriminar.

SOUSA RIBEIRO, questionando a relevância do princípio da igualdade nas relações negociais, assume uma posição de extrema reserva, pois o negócio jurídico, sendo um instrumento de autodeterminação, é, por natureza, um meio de exprimir preferências subjectivas, quer em relação aos bens, quer em relação às pessoas, aos outros com quem se deseja ou não contratar. Poder desenvolver livremente a sua personalidade é também “poder manifestar simpatias e aversões, afectos e repulsas, nas disposições que se tomam e nas vinculações que negocialmente se assumem”. Admitir que alguém possa impugnar um acto de alguém que aceita de outrem uma oferta contratual, tendo anteriormente rejeitado uma idêntica, a pretexto de uma pretensa violação do princípio da igualdade, seria atingir no seu cerne e praticamente expropriar a autodeterminação contratual nas suas facetas mais basilares de liberdade de celebração e de escolha da contraparte.

Mas também o autor ressalva que a solução a favor da liberdade deixa de justificar-se quando o seu exercício atenta intoleravelmente contra a dignidade humana do preterido. O facto de cada um, pelo simples facto de ser pessoa, ser devido igual consideração e respeito, implica que a ordem jurídica, incluindo a ordem jurídico-negocial, não possa acolher como lícitas e válidas discriminações que traduzem menosprezo por certos traços individualizadores da pessoa, pela sua identidade física e cultural, pela sua posição social, pelas opções de vida que realizou. Neste sentido, admite o autor que resultam directamente do princípio da igualdade proibições de conduta negocial discriminatória. Mesmo em hipóteses

48 O autor exemplifica com o exercício de actividades destinadas ao serviço do público, como transportes de táxi, exploração de estabelecimentos comerciais, cafés, restaurantes, hotéis, casinos, etc., deve entender-se subordinado ao princípio da igualdade, mesmo fora de situações de monopólio, porque se trata de serviços de interesse directo das populações, que estão sujeitos a licenciamento e em que os particulares estão sujeitos à sua autonomia (e à sua intimidade) ao emitirem declarações gerais de vontade negocial e abrirem as portas ao público.

não cobertas, em rigor, pela cláusula geral dos bons costumes, essas práticas, quando assentam em factores, como os indicados no art. 13.º, n.º 2, forçosamente irrelevantes como critérios de decisão, podem conduzir, conforme as circunstâncias e o maior ou menor grau de ofensa para a dignidade humana, a nulidades negociais, à obrigação de indemnizar e, mesmo, em certos casos, à obrigação de contratar.

Da análise descritiva que vimos fazendo, podemos retirar que, apesar das diversas posições tomadas e das distintas opções dogmáticas que as fundamentam, os vários autores estudados estão de acordo quanto a alguns pontos que são essenciais para a nossa análise⁴⁹. Em primeiro lugar, salientamos o facto de ser consensual que, mesmo para quem admita que os direitos fundamentais têm aplicabilidade directa, o princípio da igualdade não pode ser aplicado no âmbito privado como é na esfera pública, pois tem de ser conformado em consideração da protecção da autonomia pessoal e da liberdade negocial. Em segundo lugar, que os estabelecimentos abertos ao público têm uma maior responsabilidade pelo respeito do princípio da igualdade, seja pelo facto de serem necessários ao público (admitindo-se uma posição mais ou menos dominante ou até de monopólio de facto), seja pelo facto de estarem sujeitos a licenciamento público. Por último, é também unânime entre os autores que a discriminação não pode atingir o núcleo irredutível da dignidade do preterido.

III. NOÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO NA ESCOLHA DA CONTRAPARTE NEGOCIAL

Cabe agora perguntar se o tratamento da questão da proibição da discriminação no âmbito contratual no âmbito da eficácia do *princípio da igualdade entre os particulares* – isto é, da eficácia do princípio da igualdade nas relações entre privados⁵⁰, seja imediata, seja através das cláusulas inderminadas, como os bons costumes ou a ordem pública - consitui o meio adequado para avaliar o problema da discriminação na escolha da contraparte negocial. Como procuraremos demonstrar, a resposta é negativa. A aceitação da vinculação dos particulares pelo princípio da igualdade, constitucionalmente consagrado, não é adequada nem para o enquadramento dogmático da discriminação da escolha da contraparte negocial, nem para a sua fundamentação, nem ainda para a compreensão dos seus efeitos. Pelo contrário, a avaliação de uma situação de discriminação exigirá sempre, por referência, a ofensa da dignidade da pessoa-vítima, prescindindo-se de uma análise relacional da escolha. Vejamos.

49 Já advertia GOMES CANOTILHO, J.: “Dogmática de direitos fundamentais”, cit., p. 357, que em matéria de restrição de direitos, as dogmáticas desenvolvidas a nível do direito constitucional e de direito cível não podiam chegar a conclusões muito diferentes.

50 Excluimos do nosso tema a proibição de discriminação nas relações laborais, por razões que se prendem com a sua especificidade própria.

I. O enquadramento dogmático

No plano dogmático, constatámos acima, e é pacificamente consensual na doutrina, mesmo para os defensores da aplicabilidade directa dos direitos fundamentais nas relações entre privados, que “o princípio constitucional da igualdade não pode sic et simpliciter ser transplantado no direito civil sem ser harmonizado e sem que se torne compatível com o inteiro sistema normativo, segundo a hierarquia de valores, e, portanto, com a funcionalização dos institutos civilísticos fundamentais constitucionalmente garantidos”⁵¹.

No âmbito das previsões, deparamo-nos, desde logo, com várias dificuldades suscitadas pelo dever de igualdade de tratamento das várias, ou de todas, as contrapartes negociais. Em primeiro lugar, se é verdade que a discriminação consiste frequentemente num tratamento diferente (e pior relativamente ao tratamento dado a outras contrapartes negociais), também podemos conceber como dicriminatória a situação em que perante uma proposta contratual, que só uma contraparte aceitou, lhe vem a ser concedido um tratamento pior do que o conteúdo da proposta originariamente dirigida ao público. No prisma da igualdade de tratamento, todavia⁵², a questão colocar-se-á necessariamente na comparação entre o tratamento reservado às diversas contrapartes contratuais do mesmo contraente, pois a diferença de tratamento exige sempre um juízo relacional. Este juízo relacional, todavia, não é necessário em matéria de discriminação da contraparte negocial, na medida em que a recusa a contratar é uma noção não relacional. É certo que A pode recusar negociar com B e negociar com C. Mas se recusa contratar com B e C, a discriminação não é excluída pela igualdade de tratamento, antes pelo contrário, subsiste em ambos os casos. O que é significativo para a análise do comportamento de A é o facto de ele, de acordo com o complexo programa contratual⁵³, ter tratado B de modo diverso de que o trataria se este não apresentasse uma determinada qualidade pessoal, que terá sido determinante para o consenso, rectius, para a falta dele. Na verdade, a existência de discriminação basta-se com um juízo hipotético⁵⁴ do tratamento

51 Parafraaseamos MOTA PINTO, P.: “Autonomia privada e discriminação – Algumas notas”, cit., p. 321. No mesmo sentido, GOMES CANOTILHO, J.: *Direito constitucional e teoria da constituição*, cit., p. 1293, e SOUSA RIBEIRO, J.: “Constitucionalização do direito civil”, cit., p. 744, para quem “a aplicação das normas constitucionais tuteladoras de posições subjectivas levanta problemas de ajustamento e de concordância prática (...). As relações interprivadas revestem-se de outra complexidade, surgindo-nos aí, sob formas conflituais muito diversificadas, o entrechoque de vários aspectos da liberdade de um, ou das esferas de liberdade de dois sujeitos”.

52 O conceito de discriminação adoptado pelo nosso legislador parece todavia seguir este entendimento: existe discriminação directa em todas as situações em que uma pessoa seja sujeita a “tratamento menos favorável que aquele que é, tenha sido ou possa vir a ser dado a outra pessoa em situação comparável” (cfr. artigos 3.º, n.º I, alínea b), da Lei n.º 93/2017, o artigo 3.º, alínea a), da Lei n.º 14/2008, e o artigo 3.º, alínea a), da Lei n.º 46/2006), e existe discriminação indirecta quando determinada pessoa seja colocada “numa situação de desvantagem comparativamente com outras pessoas (artigos 3.º, n.º I, alínea c), da Lei n.º 93/2017, o artigo 3.º, alínea b), da Lei n.º 14/2008, e o artigo 3.º, alínea b), da n.º Lei 46/2006).

53 Na expressão de BIANCA, M.: *Diritto Civile*, vol. IV: *L'obbligazione*, Giuffrè, Milão, 1992, p. 13.

54 MAFFEIS, D.: *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, Giuffrè, Milão, 2007, p. 69.

daquela pessoa se, por exemplo, outra fosse a sua raça ou origem étnica, o seu género, ou não sofresse de uma deficiência ou de um risco agravado de saúde.

Em segundo lugar, a posição que fundamenta a proibição de discriminação no princípio da igualdade ignora que o bem protegido não é a igualdade entre as partes contratantes mas a personalidade, e a dignidade, de cada parte negocial⁵⁵. É certo que esta dignidade tem uma dimensão da igualdade, que não pode de modo nenhum ser excluída. Fazendo apelo aos ensinamentos e aos argumentos de RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA⁵⁶, sobre a autonomia da protecção jurídica da igualdade como bem essencial da personalidade humana, “a igualdade juscivilisticamente tutelada não é apenas uma finalidade ou um instrumento de realização do direito, mas também, nos seus aspectos essenciais, um elemento da própria noção de personalidade humana. Até porque ocupando a igualdade humana essencial o centro de gravidade da natureza humana não pode ser deslocada para o horizonte ou para a periferia da convivência social, sob pena de assim não se tutelar devidamente a própria personalidade humana, a qual rectamente concebida implica manifestamente a defesa de tal igualdade, como sua qualidade constitutiva, básica e profunda”.

No âmbito contratual, estamos, pois, perante uma discriminação em todos os casos em que a recusa a contratar por uma parte⁵⁷, ou as condições em que se dispõe a contratar, são determinadas por uma qualidade pessoal (em sentido amplo) da contraparte e, nesse sentido, consubstanciam um desrespeito ou uma diminuição da dignidade do outro. Quando o intuito discriminatório conduz o contraente à recusa, a qualidade pessoal da contraparte tem carácter determinante (ou incidente) em negativo, em via exclusiva, do consenso. Igualmente, quando o intuito discriminatório conduz o contraente a propor condições diversas e desvantajosas, a qualidade da contraparte tem carácter determinante em negativo, em exclusivo do consenso (ou incidente sobre o consenso) na medida em que o contrato teria sido concluído, mas em condições diferentes⁵⁸.

2. O fundamento ou justificação

Um comportamento contratual discriminatório deve, pois, ser sancionado porquanto se apresenta como contrário à dignidade pessoal. O modelo subjacente

55 Neste sentido, MAFFEIS, D.: *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, cit., p. 23. Curiosamente, esta assumpção é claríssima no conceito de assédio, que, segundo o artigo 3.º, c), da Lei 14/2008, pode ser considerado discriminação quando ocorra um comportamento indesejado, relacionado com o sexo de uma dada pessoa, com o objectivo ou o efeito de violar a sua dignidade e de criar um ambiente intimidativo, hostil, degradante, humilhante ou ofensivo.

56 CAPELO DE SOUSA, R.: *O direito geral de personalidade*, Coimbra Editora, 1995, p. 289, nota 704.

57 Sujeitos activos da discriminação podem ser empresas, face a outras empresas (pense-se a discriminação de pequenas empresas de imigrantes) ou a consumidores, ou privados relativamente a outros privados, e pode mesmo ser um sujeito que pertença à mesma raça, etnia, nacionalidade ou território do preterido.

58 Seguimos MAFFEIS, D.: *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, cit., 2007, p. 71.

a esta posição não é de um mercado em que todas as contrapartes sejam tratadas de uma maneira igual, mas antes um que visa combater a limitação à liberdade de cada pessoa concreta e assim valorizar e tutelar a dignidade de cada contraparte negocial, a qual é irredutivelmente diferente de qualquer outra⁵⁹. A igualdade que visa o direito antidiscriminatório é a igual liberdade de cada um do preconceito⁶⁰, e assim a igualdade na liberdade, mas não a igualdade no tratamento⁶¹.

O trabalho de reconstrução do significado de proibição de discriminação no âmbito contratual deve, pois, ser conduzido considerando os princípios e as regras do direito dos contratos, e impõe, desde logo, que deva ser considerada a liberdade do contraente de se autodeterminar em função das qualidades pessoais da sua contraparte⁶². A liberdade de escolha da contraparte negocial constitui uma manifestação concreta da liberdade contratual. Mas essa escolha da contraparte negocial há-de ser necessariamente limitada pela proibição de discriminação, que responde à exigência de protecção da dignidade de cada pessoa em concreto.

Com a expressão “igualdade de tratamento”, utilizado pelas leis antidiscriminatórias acima referidas, define-se, para o campo contratual, um preceito de não discriminação, que não proíbe tratar de modo diverso os outros, mas proíbe um tratamento menos favorável com base num preconceito. O artigo 3.º, n.º 2, da Directiva 2004/113/CE, refere expressamente que “a presente directiva em nada prejudica a liberdade de cada indivíduo escolher o outro contraente, desde que essa escolha não seja motivada pelo sexo a que esse contraente pertence”⁶³. Parece que podemos retirar desta norma, como orientador hermenêutico, que a discriminação só é proibida quando constituir motivo do negócio, por contraposição a efeito do próprio negócio. Em abono da nossa posição, veja-se que o artigo 3.º, n.º 1, da Lei n.º 93/2017, considera práticas discriminatórias aquelas “em razão dos factores indicados no artigo 1.º [origem racial e étnica, cor, nacionalidade, ascendência e território de origem]”; o artigo 1.º, da Lei n.º 14/2008, define o seu objecto como prevenir e proibir “a discriminação, directa e indirecta, em função do sexo”, e, igualmente no artigo 1.º,

59 MAFFEIS, D.: *idem*, p. 71.

60 O preconceito consiste em fazer derivar de uma qualidade real da contraparte uma qualidade hipotética. Assiste-se, pois, a uma formação da vontade com base exclusiva num facto histórico não conhecido. Cfr. MAFFEIS, D.: *idem*, p. 37.

61 MAFFEIS, D.: *idem*, p. 71.

62 Para mais desenvolvimentos, PASSINHAS, S.: *Propriedade e personalidade no Direito Civil português*, cit., pp. 433 e ss.

63 MAFFEIS, D.: *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, cit., p. 47, entende que a proibição de discriminação não opera na medida em que a escolha do contraente não se baseie (não se motive) no factor relevante de proibição abrange naturalmente todos os factores cobertos pela legislação antidiscriminação. WIEMANN, J.: “Obligation to Contract and the German General Act on Equal Treatment (*Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*)”, *German Law Journal* 11 (2010), pp. 1131-1146, disponível em <http://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11&artID=1288> delimita a liberdade contratual à liberdade de celebrar um contrato sem discriminar. Vide, ainda, MANTELLO, M.: “La tutela civile contro le discriminazioni”, *Riv. dir. civ.*, 2004, n.º 50, pp. 456-457.

da Lei n.º 46/2006, o legislador se referiu a “discriminação, directa ou indirecta, em razão da deficiência”. As locuções “em razão de” ou “em função de” exprimem, em nossa opinião, o carácter determinante de uma certa qualidade pessoal na tomada ou não da decisão negocial. Portanto, para que haja discriminação, não é necessário que o sujeito aja com o escopo específico de causar um prejuízo patrimonial ou de lesar a contraparte, mas basta que ele configure e queira reservar à contraparte contratual um tratamento prejudicial ou menos favorável do que o inicialmente proposto⁶⁴, tratamento esse resultante da consideração de uma qualidade pessoal discriminatória. É um motivo ilícito o que visa um resultado persecutório ou discriminatório. Note-se, contudo, que não há intenção de discriminar – e portanto não há discriminação – se o contraente se recusa a contratar ou determina condições diferentes e piores porque a contraparte – qualquer que seja a sua raça, etnia, proveniência geográfica, religião, nacionalidade, sexo, ou outra característica – se revelou pouco fiável por ocasião de contratos anteriores.

O motivo discriminatório leva-nos inevitavelmente à questão da coordenação da escolha da contraparte negocial nos contratos *intuitu personae*, ou seja, na definição de GALGANO, os contratos em que “a identidade ou as qualidades de um contraente são determinantes do consenso do outro ou dos outros contraentes”. São contratos em que não está em causa o concluir ou não o contrato, mas antes o concluí-lo com aquela pessoa determinada ou com nenhuma outra. De facto, não podem aceitar-se como discriminatórios todos os casos em que uma qualidade da contraparte – relevante como factor de discriminação – tenha sido determinante do consenso ou da conduta da contraparte. Mas para que a proibição não se aplique, é necessário que a qualidade pessoal incida efectivamente sobre a prestação, ou seja, que estejamos em presença de um contrato em que a qualidade pessoal da contraparte contribua para identificar não a função do contrato, mas a prestação devida no contrato⁶⁵. Esta questão é particularmente premente quando é a contraparte a alienar bens ou serviços, mas permite-nos sublinhar que, uma vez assente que a qualidade pessoal da contraparte recai sobre a prestação, a proibição de discriminação não opera (pense-se na contratação de uma ama de origem russa, para que a criança aprenda a língua, na escolha de um determinado jurista como árbitro para um litígio, bem como na recusa da contratação de uma *babysitter* judia, se o serviço for para ser prestado apenas aos fins-de-semana).

Também devemos distinguir o motivo discriminatório dos limites da oferta contratual⁶⁶, sejam os limites imanentes da oferta, sejam os limites que resultam

64 Cfr. MAFFEIS, D.: *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, cit., pp. 161-163.

65 MAFFEIS, D.: *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, cit., pp. 166 e ss.

66 ALMEIDA COSTA, M.J., *Direito das Obrigações*, 12.ª ed., Almedina, Coimbra, 2009, p. 236, nota 2, considera admissível, contudo, a limitação do âmbito da oferta ao público (exemplo, um restaurante de serviço exclusivo dos alunos de determinada escola, ou dos empregados de certa fábrica), que se afigura válida,

da própria declaração negocial. Os limites imanentes - ou tácitos ou naturais, na classificação de BAVIERA⁶⁷ - são aqueles que resultam dos pressupostos da própria oferta, por exemplo, a existência das mercadorias oferecidas, os lugares disponíveis no meio de transporte, num hotel ou num teatro, o horário numa agenda médica). Quanto aos limites autonomamente determinados, como a recusa de fornecimento de serviços a crianças e a menores, estas são formas de construção de uma clientela que, em nossa opinião, podem ser consideradas como lícitas⁶⁸.

Retomando a nossa premissa fundamental, devem ser consideradas ilícitas, no âmbito das relações negociais privadas, todas aquelas diferenças de tratamento que - em virtude de uma característica pessoal da contraparte, determinaram a não vinculação negocial da contraparte ou determinaram-na em termos diversos do inicialmente previsto num convite a contratar ou numa oferta ao público - atinjam a dignidade pessoal de uma das partes. É no âmbito da defesa da sua dignidade - do seu direito a não ser discriminado, isto é, que uma sua qualidade pessoal seja determinante na escolha negocial da outra parte - que o sujeito encontra a tutela concedida pela proibição de discriminação e a contraparte encontra os limites da sua liberdade de actuação.

O artigo 70.º, n.º I, do CC, afirma a protecção dos indivíduos "contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral". Neste sentido, como bem definiu PEDRO PAIS DE VASCONCELOS⁶⁹, a tutela subjectiva da personalidade é "o direito subjectivo absoluto que cada um tem de defender a sua dignidade como pessoa". Vimos atrás que também as pessoas colectivas podem ser vítimas de discriminação. Ainda que falte o radical axiológico da dignidade da pessoa humana, não é inconcebível que se reconheça que o direito de pessoa colectiva a não ser discriminada encontre tutela no regime dos direitos de personalidade. É certo que o artigo 70.º refere que a lei "protege os indivíduos", o que suscitou a questão de saber se as pessoas colectivas são ou não titulares de direitos de personalidade. A doutrina, que podemos considerar dominante⁷⁰, tem respondido, ainda que com justificações ou fundamentações diversas⁷¹, em sentido afirmativo pelo que também não encontramos aqui um obstáculo à abordagem proposta.

desde que o critério não seja ilícito, ou contrário à moral ou aos bons costumes. Mas, a declaração estereotipada "reservado o direito de admissão", ou equivalente, em rigor, não tem relevância e pode encobrir uma delimitação arbitrária da frequência.

67 BAVIERA, G., *L'offerta al pubblico: contributo alla teoria del negozio giuridico*, Società Editrice Libreria, Milão, 1907, p. 82.

68 Desenvolvimentos em PASSINHAS, S.: *Propriedade e personalidade no Direito Civil português*, cit., p. 426.

69 PAIS DE VASCONCELOS, P.: *O direito de personalidade*, Almedina, Coimbra, 2006, pp. 53 e ss.

70 Que merece a oposição de OLIVEIRA ASCENSÃO, J.: *Teoria Geral do Direito Civil I*, Lisboa, 1996, pp. 263 e 264.

71 PASSINHAS, S.: *Propriedade e personalidade no Direito Civil português*, cit., p. 430.

3. Efeitos

Se o princípio da igualdade de tratamento não é adequado ao nível da previsão das situações de discriminação, nem ao nível da sua fundamentação, também se mostra desadequado ao nível dos efeitos.

Em primeiro lugar, o princípio da igualdade de tratamento entre as contrapartes é inadequado para responder às exigências de igualdade material. O instrumento para a remoção da desigualdade entre as partes não seria a igualdade de tratamento, mas antes a satisfação das necessidades e de todos os interesses da contraparte, o que requereria, inexoravelmente, um tratamento diferenciado para cada uma delas. Seguindo esta linha, *ad absurdum*, o que o ordenamento exigiria ao contraente seria uma tarefa que ultrapassaria em muito os deveres de cooperação entre as partes e que se revelaria incompatível com as regras de mercado, em que é suposto que o contraente aja prosseguindo os seus interesses próprios, não os dos outros.

Em segundo lugar, o princípio geral da igualdade não se mostra adequado a fornecer aos particulares orientações inequívocas quanto às suas obrigações, desde logo porque as várias concepções de igualdade - formal, material, social - podem conduzir a respostas distintas. A proibição de discriminações não significa, pois, uma exigência de igualdade absoluta em todas as situações, nem proíbe diferenciações de tratamento. O objectivo da proibição de discriminação não é, sublinhemos, a remoção de uma desigualdade de facto ou material, mas, pelo contrário, o reconhecimento, num plano de efectividade, da igual dignidade de todas as pessoas, independentemente das suas qualidades pessoais⁷².

A deslocação da questão da proibição da discriminação da escolha da contraparte negocial para o âmbito infraconstitucional, para além do rigor analítico, tem ainda vantagens quanto aos efeitos da solução oferecida. Na verdade, o seu âmbito de aplicação é mais amplo do que aquele expressamente estatuído no artigo 13.º, n.º 2, da CRP⁷³: podem considerar-se como violadoras da dignidade, ou conceber-se a tutela do direito a não ser discriminado por decisões negociais determinadas por características que não aquelas que constem no elenco do artigo 13.º⁷⁴. Pense-se, por exemplo, na idade, no peso ou na disforia de género⁷⁵.

72 MAFFEIS, D.: *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, cit., p. 44.

73 Ainda que este preceito seja meramente exemplificativo, pode colocar-se a questão de saber se uma determinada característica protegida cabe no seu âmbito (por exemplo, a crença).

74 Já assim CAPELO DE SOUSA, R.: *O direito geral de personalidade*, Coimbra Editora, 1995, pp. 290 e ss.

75 O idadismo é um problema premente no direito laboral, mas pode não ser subestimado noutros domínios (pense-se, por exemplo, na prestação de cuidados de saúde). O peso é um factor discriminatório que não pode ser negligenciável, se nos recordarmos, por exemplo, daquelas companhias aéreas que pretendiam fixar tarifas diferenciadas consoante o peso dos passageiros. Por último, autonomizamos a disforia de género, porque, em nossa opinião, esta não cabe no âmbito da protecção contra a discriminação baseada no sexo.

Acresce que a nossa proposta permite uma aplicação em extensão mais vasta do que aquela que resulta da legislação avulsa mencionada. É que aqueles diplomas surgem como regulações do mercado, actuando no âmbito da oferta ao público⁷⁶, mas não podemos excluir a possibilidade de ocorrência - e o sancionamento - de comportamentos discriminatórios nos negócios realizados na esfera privada⁷⁷. As leis antidiscriminatórias introduziram um limite textual ao seu âmbito de aplicação, referente à liberdade do contraente que se dirige ao público, quer no que diz respeito à negociação e celebração do contrato, quer no que diz respeito à sua execução. A razão é simples de explicar. O que o direito antidiscriminatório europeu visa é prevenir a exclusão, ou a limitação, de cada pessoa aceder às trocas de mercado, por ser atribuída relevância, exclusivamente, a uma qualidade pessoal sua, que não recaia sobre a prestação. As ofertas ao público ou os convites, como as mensagens publicitárias, podem ser dirigidos a categorias de sujeitos determinadas ou determináveis por força da sua qualidade pessoal. O que é importante sublinhar é que o critério para seleccionar entre os destinatários da declaração não pode ser discriminatório. As leis antidiscriminatórias aplicam-se nos locais abertos ao público, à exposição numa vitrina ou em bancas de venda, nos contratos de self-service ou em venda automática, no comércio electrónico, aos serviços turísticos, aos meios de transporte, aos contratos que surgem numa televenda, aos gritos dos vendedores ambulantes acompanhados da colocação à disposição das mercadorias ou à simples disposição dos produtos, com o preço, no mercado. Para além da natureza inclusiva do contrato, o requisito da oferta ao público tem a ver com a questão da difusão social⁷⁸. As directivas antidiscriminação e a legislação que as transpõem não se interessam pelo episódio singular⁷⁹, o qual não comporta nenhuma relevância negativa em termos de interesse público, mas interessam-se, pelo contrário, pelos episódios de discriminação singulares quando eles são potencialmente difusos: só quando o fenómeno é difuso a contraparte contratual se encontra realmente em dificuldade de satisfazer o seu próprio interesse e é estrangida a custos extra para procurar para si bens ou serviços.

76 A proibição da recusa de contratar opera não apenas com referência à alienação mas também à aquisição de bens e serviços. Pense-se por exemplo na recusa de um comerciante de automóveis usados em adquirir um automóvel de um estrangeiro que se propõe comprar um carro novo.

77 Na verdade, as Directivas antidiscriminação têm como âmbito normativo a oferta, *rectius*, a disposição ao público, ou seja, não se aplicam ao contrato individualizado, quer na fase que precede quer na fase posterior à celebração do contrato concluído após uma proposta, um convite a contratar ou à manifestação individualizada de interesse. A grande opção de fundo do direito antidiscriminatório foi a de limitar a aplicação da proibição de discriminação ao contratos que surjam da declaração ao público, ainda que tácita, como acontece com a maior parte das técnicas para colocar à disposição bens e serviços. Para a transposição, vide o artigo 4.º, n.º 2, alínea a), da Lei n.º 93/2017, que se refere à recusa de fornecimento ou impedimento de fruição de bens ou serviços, colocados à disposição do público; ou o artigo 2.º da Lei n.º 14/2008, que estabelece o seu âmbito de aplicação "às entidades públicas e privadas que forneçam bens e prestem serviços disponíveis ao público a título gratuito ou oneroso".

78 O pressuposto da difusão social significa que a discriminação deve respeitar a mais do que um contraente, sujeito activo da conduta.

79 MAFFEIS, D.: *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, cit., p. 40.

Ou seja, o âmbito de protecção da legislação antidiscriminação não abrange todas as situações em que a contraparte negocial discrimine⁸⁰; não abrange, desde logo, as situações em que, na contratação individualizada, existam comportamentos discriminatórios ofensivos da dignidade humana – ou seja, que a contraparte não tome uma decisão negocial, ou tome em termos diferentes dos inicialmente previstos, em função de uma qualidade pessoal do preterido.

Em síntese, no âmbito contratual, existe discriminação sempre que a recusa a contratar por uma parte⁸¹, ou as condições em que se dispõe a contratar, sejam determinadas por uma qualidade pessoal (em sentido amplo) da contraparte e, nesse sentido, consubstanciem um desrespeito ou uma diminuição da dignidade do outro. É por referência ao direito de cada um a não ser discriminado com base num preconceito, isto é, à tutela da personalidade, que se deve aferir da existência ou não de uma situação ilícita.

O quadro normativo descrito, com diplomas avulsos para determinadas características protegidas, mostram-nos, contudo, que existem duas vias regulatórias para a determinação em concreto do regime aplicável aos actos discriminatórios. Perante uma situação suspeita, o primeiro passo é, pois, verificar se estamos perante uma característica protegida por uma regulamentação específica, regulada autonomamente pelo legislador nacional, para determinar a aplicação dos efeitos específicos aí previstos (referimo-nos, concretamente à inversão do ónus da prova, à relevância de elementos estatísticos e à possibilidade de participação das associações na defesa dos interesses do discriminando), bem como a aplicação de sanções (a prática de qualquer acto discriminatório constitui *contra-ordenação*, e pode levar à aplicação de uma sanção acessória). O infractor incorre em responsabilidade civil, nos termos gerais⁸², e se a discriminação resultar da omissão de um dever, o infractor está obrigado ao seu cumprimento, se este ainda for possível.

Fora do âmbito das leis antidiscriminatórias não funcionam os remédios específicos. A oferta ao público discriminatória não é nula, mas deve entender-se que se dirige indistintamente ao público, com a consequência de poder ser aceita por qualquer pessoa. A violação de um direito de personalidade, o direito a não ser discriminado, pode convocar a tutela específica prevista nos artigos 878.º a 880.º

80 Sobre a discriminação do consumidor perante o profissional, nomeadamente a questão do boicote, ver, GALGANO, F.: *Diritto civile e commerciale*, vol II, tomo I, 4.ª ed., CEDAM, Pádova, 2004, p. 361, e MAFFEIS, D.: *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, cit., pp. 176 e ss. sobre a tutela ressarcitória da empresa.

81 Sujeitos activos da discriminação podem ser empresas, face a outras empresas (pense-se a discriminação de pequenas empresas de imigrantes) ou a consumidores, ou privados relativamente a outros privados, e pode mesmo ser um sujeito que pertença à mesma raça, etnia, nacionalidade ou território do preterido.

82 A recusa de acesso a bens e serviços é uma noção mais ampla do que a recusa a contratar, porque inclui ainda a recusa a cumprir o contrato (depois da sua celebração). A disciplina antidiscriminatória é ainda uma disciplina do incumprimento. Se existir um ilícito discriminatório, podem, pois, concorrer a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual.

do CPC, que instituíram um processo especial para a tutela da personalidade, pelo qual podem ser decretadas providências concretamente adequadas a evitar a consumação de qualquer ameaça ilícita e directa à personalidade física ou moral de ser humano ou a atenuar, ou a fazer cessar, os efeitos de ofensa já cometida. Tendo havido a lesão de direitos absolutos, quando intencional e casualmente provocadora de danos, surgirá a obrigação de indemnizar, nos termos gerais da responsabilidade extracontratual. Quanto ao contrato, tendo sido recusada a sua celebração ou, celebrado o contrato, o ofertante se recuse ao seu cumprimento, valerão igualmente as regras gerais.

IV. CONCLUSÃO.

A prática discriminatória afecta negativamente, usando as palavras de FARIA COSTA, *“aquilo que de mais profundo, denso e radical o homem tem: a relação com o outro, ou, se se quiser, a manifestação da ‘minha’ liberdade vivida com a liberdade do outro”*⁸³. A extensão ou delimitação da proibição de discriminação no âmbito contratual não passa por apurar se as normas constitucionais, que reconhecem direitos fundamentais, têm, também, eficácia imediata no domínio das relações jurídico-privadas, impondo-se à vontade das partes nas suas convenções, pois, como pensamos ter demonstrado - numa situação em que o problema da eficácia em relação a entidades privadas dos direitos primeiramente referidos se volve nitidamente num específico problema de colisão entre direitos e princípios constitucionalmente consagrados, de que são titulares entidades privadas – a invocação do princípio da constitucionalidade dificilmente nos pode orientar na determinação dos limites permitidos e nos diálogos a encorajar.

A discriminação na escolha da contraparte negocial, em nossa opinião, prescinde de um juízo relacional, bastando-se com um juízo hipotético do tratamento daquela pessoa se não tivesse uma determinada característica. Existe uma discriminação em todos os casos em que a recusa a contratar por uma parte, ou as condições em que se dispõe a contratar, são determinadas por uma qualidade pessoal (em sentido amplo) da contraparte e, nesse sentido, consubstanciam um desrespeito ou uma diminuição da dignidade do outro.

Um comportamento contratual discriminatório deve, pois, ser sancionado porquanto se apresenta como contrário à dignidade pessoal. O trabalho de reconstrução do significado de proibição de discriminação no âmbito contratual deve, naturalmente, ser conduzido considerando os princípios e as regras do direito dos contratos, e impõe, desde logo, que deva tomar em consideração

83 FARIA COSTA, J.: “O círculo e a circunferência: em redor do direito penal da comunicação”, AA.VV.: Estudos comemorativos de 150.º Aniversário do Tribunal da Boa Hora, Lisboa, Ministério da Justiça, 1995, pp. 185 e ss.

a liberdade do contraente de se autodeterminar em função das qualidades pessoais da sua contraparte, limitada, todavia, pela proibição de discriminação, que responde à exigência de protecção da dignidade de cada pessoa em concreto. Portanto, para que haja discriminação, basta que o sujeito configure e queira reservar à contraparte contratual um tratamento prejudicial ou menos favorável do que o inicialmente proposto, tratamento esse resultante da consideração de uma qualidade pessoal discriminatória. É no âmbito da defesa da sua dignidade – do seu direito a não ser discriminado, isto é, que uma sua qualidade pessoal seja determinante na escolha negocial da outra parte – que o sujeito encontra a tutela concedida pela proibição de discriminação e a contraparte encontra os limites da sua liberdade de actuação, conformada pelo artigo 70.º, n.º I, do CC, que afirma a protecção dos indivíduos “contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral”.

O objectivo da proibição de discriminação não é, sublinhemos, a remoção de uma desigualdade de facto ou material, mas, pelo contrário, o reconhecimento, num plano de efectividade, da igual dignidade de todas as pessoas, independentemente das suas qualidades pessoais. A deslocação da questão da proibição da discriminação da escolha da contraparte negocial para o âmbito infraconstitucional, para além do rigor analítico, tem ainda vantagens quanto aos efeitos da solução oferecida. Na verdade, o seu âmbito de aplicação é mais amplo que aquele do artigo 13.º, n.º 2, da CRP: podem considerar-se como violadoras da dignidade, ou conceber-se a tutela do direito a não ser discriminado por decisões negociais determinadas por características que não aquelas que constem no elenco do artigo 13.º, como a idade, o peso e a disforia de género. Acresce que a nossa proposta permite uma aplicação em extensão mais vasta do que aquela que resulta da legislação avulsa mencionada, pois, para além da oferta ao público, abrange os comportamentos discriminatórios nos negócios realizados na esfera privada.

BIBLIOGRAFIA

ABRANTES, J.J.: *A vinculação das entidades privadas face aos direitos fundamentais*, AAFDL, 1990.

ALMEIDA COSTA, M.J., *Direito das Obrigações*, 12.^a ed., Almedina, Coimbra, 2009.

BACELAR GOUVEIA, J.: *Manual de Direito Constitucional*, vol. II, 3.^a ed., Almedina, Coimbra, 2009.

BAVIERA, G., *L'offerta al pubblico: contributo alla teoria del negozio giuridico*, Società Editrice Libreria, Milão, 1907.

BIANCA, M.: *Diritto Civile*, vol. IV: *L'obbligazione*, Giuffrè, Milão, 1992.

CANARIS, C-W.: "A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha", em AA.VV.: *Constituição, direitos fundamentais e direito privado* (coord. por INGO WOLFGANG SARLET), Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2003, pp. 223-243.

CAPELO DE SOUSA, R.: *O direito geral de personalidade*, Coimbra Editora, 1995.

DE CASTRO, F.: "El Derecho Civil y la Constitución", *Rev. der. priv.*, 1935, n.º 257, pp. 3-48.

DIAS GARCIA, M.G., "Princípio da Igualdade: Fórmula vazia ou fórmula 'carregada' de sentido?", *Separata do BMJ*, 1987, n.º 358, 1987.

DWORKIN, R.: *A Matter of Principle*, Clarendon Press, Oxford, 1986.

FARIA COSTA, J.: "O círculo e a circunferência: em redor do direito penal da comunicação", AA.VV.: *Estudos comemorativos de 150.º Aniversário do Tribunal da Boa Hora*, Lisboa, Ministério da Justiça, 1995, p. 185.

GALGANO, F.: *Diritto civile e commerciale*, vol II, tomo I, 4.^a ed., CEDAM, Pádova, 2004.

GOMES CANOTILHO, J.: *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7.^a ed., Almedina, Coimbra, 2003.

GOMES CANOTILHO, J.: "Dogmática de direitos fundamentais e direito privado", em AA.VV.: *Constituição, direitos fundamentais e direito privado* (coord. por INGO WOLFGANG SARLET), Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2003, pp. 339-357.

GOMES CANOTILHO, J./MOREIRA, V.: *Constituição da República Portuguesa Anotada* I, 4.ª ed., Coimbra Editora, 2007.

HÖRSTER, H.: *A Parte Geral do Código Civil Português*, Almedina, Coimbra, 1992.

LUCAS PIRES, F.: *Uma Constituição Para Portugal*, 1975.

MACHADO, J.: *Liberdade de expressão*, *Studia Iuridica* 65, Coimbra Editora, Coimbra, 2002.

MACHADO, J.: “A construção e utilização de locais para o culto: a perspectiva das confissões religiosas minoritárias”, separata da *Revista do Ministério Público*, 1997, n.º 69, pp. 119-152.

MAC CRORIE, B.: *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*, Almedina, Coimbra, 2005.

MAFFEIS, D.: *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, Giuffrè, Milão, 2007.

MANTELLI, M.: “La tutela civile contro le discriminazioni”, *Riv. dir. civ.*, 2004, n.º 50, pp. 456-457.

MELO ALEXANDRINO, J.: *Direito Constitucional, Introdução Geral*, Princípia, 2007.

MIRANDA, J.: *Manual de Direito Constitucional*, vol. IV, 5.ª ed., Coimbra Editora, 2012.

MIRANDA, J./MEDEIROS, R.: *Constituição Portuguesa Anotada*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2005.

MOREIRA, I.: *A solução dos direitos, liberdades e garantias e dos direitos económicos, sociais e culturais na Constituição Portuguesa*, Almedina, Coimbra, 2007.

MOTA PINTO, P.: “Autonomia privada e discriminação – Algumas notas”, in AA.VV.: *Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*, vol. II, Coimbra Editora, 2005, pp. 313-363.

MOTA PINTO, P.: em “A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado português”, in AAVV.: *Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado* (coord. por PINTO MONTEIRO, A., NEUNER, J., SARLET, I.), Almedina, Coimbra, 2007, pp. 145-163.

OLIVEIRA ASCENSÃO, J.: *Teoria Geral do Direito Civil I*, Lisboa, 1996.

PAIS DE VASCONCELOS, P.: *O direito de personalidade*, Almedina, Coimbra, 2006.

PASSINHAS, S.: *Propriedade e personalidade no Direito Civil português*, Almedina, Coimbra, 2017.

PEREIRA DA SILVA, V.: "A vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias", *RDES*, 1987, n.º 29, pp. 259-274.

REIS NOVAIS, J.: *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004.

REIS NOVAIS, J.: *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

SARLET, I.: "Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais", in AA.VV.: *A constituição concretizada*, (coord. por INGO WOLFGANG SARLET), Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2000, pp. 107-163.

SOUSA RIBEIRO, J.: "Constitucionalização do direito civil", *BFD*, 1998, n.º 74, pp. 729-755.

SOUSA SANTOS, B.: *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade*, Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 2003.

VIEIRA DE ANDRADE, J. C.: *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.ª ed., Almedina, Coimbra, 2012.

WIEMANN, J.: "Obligation to Contract and the German General Act on Equal Treatment (*Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*)", *German Law Journal* 11 (2010), pp. 1131-1146, disponível em <http://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11&artID=1288>