

A Discriminação e o Direito Civil: Breves notas sobre as consequências jurídicas da discriminação

JOEL BELCHIOR DA SILVA *

Sumário: Sumário: 1. Considerações iniciais; 2. A responsabilidade civil por actos ilícitos; 2.1 A violação de um direito; 2.2. A violação de norma legal destinada a proteger interesses alheios; 2.3. O artigo 484.º; 3. As providências não especificadas do n.º 2, do artigo 70.º; 4. O dever primário de contratar, a execução específica e a nulidade dos negócios jurídicos discriminatórios; 5. A jurisprudência; 6. Conclusão; Bibliografia e netgrafia.

Resumo: Nas relações entre privados, a prática de determinados actos ou a ocorrência de certos eventos poderá originar a obrigação de indemnizar, sendo certo que a discriminação pode ser susceptível de gerar responsabilidade civil. A questão que agora se coloca prende-se com a necessidade de aferir até que ponto o direito civil tutela questões de discriminação. Até que ponto o direito civil está ao serviço do cidadão vítima de discriminação.

Palavras-chave: discriminação racial, religiosa ou sexual; racismo; raça; etnia; religião; orientação sexual; xenofobia; igualdade; direitos fundamentais; direitos humanos; dignidade da pessoa humana.

Abstract: In relations between private parties, the practice of determined acts or the occurrence of certain events may give rise responsibility to indemnify. The discrimination may give rise to civil liability. The question that now aris-

JURISMAT, Portimão, 2017, n.º 10, pp. 107-128.

* Mestre em Direito pela ULHT de Lisboa; Licenciado em Direito pelo ISMAT.

es is the need to gauge the extent to which civil law protects issues of discrimination. To what extent civil law is at the service of citizens who are victims of discrimination.

Key words: racial, religious or sexual discrimination; racism; race; ethnicity; religion; sexual direction; xenophobia; equality; fundamental rights; human rights; human dignity.

1. Considerações iniciais

Questões relacionadas com a discriminação¹ e com a protecção contra a discriminação – com especial destaque e relevância para o combate da discriminação racial, étnica, nacional, religiosa, sexual ou baseada na orientação sexual, já que estas formas de discriminação foram aquelas que historicamente mais sofrimentos infligiram nos povos – apenas foram consideradas muito recentemente, tanto no ordenamento

¹ De uma forma muito geral e como refere FRANCISCA VAN DUNEM, “discriminar, do latim *discriminare* é, etimologicamente o acto de diferenciar, distinguir, separar” – DUNEM, Francisca Van, “A Discriminação em função da raça na lei penal”, in *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, org. Jorge de Figueiredo Dias [et al.], Coimbra Editora, 2001, p. 939 e 940. Desta lapidar síntese e usando as palavras de MÁRIO LAGES, podemos chegar à seguinte definição de discriminação: “designa práticas sociais que resultam de atitudes valorativas fundadas sobre o preconceito e dizem respeito a categorias de indivíduos que são reputados inferiores em razão de características raciais, étnicas, políticas, religiosas, linguísticas, económicas, sociais, etárias, etc.” – LAGES, Mário “Discriminação”, in *Polis – Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*, Vol. II, 2.ª Edição revista e actualizada, Verbo, 1998, p. 568. Também PAULO PINTO ALBUQUERQUE, aponta uma definição de discriminação: “consiste na distinção, exclusão, restrição ou preferência de uma pessoa ou de um grupo de pessoas com base em uma característica ou qualidade dessa pessoa ou grupo de pessoas, com vista a que não goze dos mesmos direitos e liberdades das outras pessoas.” – ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3.ª Edição, Universidade Católica, 2015, p. 901. Já ANDRÉ LAMAS LEITE afirma que a “discriminação consiste em toda a atividade, ativa ou omissiva, que resulte em um tratamento desigual de uma pessoa em relação outra, apenas e tão-só porque esse indivíduo é portador de uma ou mais características de que o agente não gosta e que, por isso, entende como suficientemente forte para atribuir a esse ser humano [...] um tratamento de desfavor. Tal comportamento pode traduzir-se em palavras, gestos, atos, omissões, em público ou em privado, no âmbito ou não do exercício de uma função, atividade ou poder [...] de que o agente esteja investido.” Acrescenta ainda o Autor que “existe uma plêiade muito significativa de fatores que podem subjazer à discriminação (sexo, orientação sexual, raça, cor, credo, religião, convicção política, ideológica, filosófica, etc).” – LEITE, André Lamas, “Direito Penal e discriminação religiosa – subsídios para uma visão humanista”, in *O Direito*, ano 144, n.º 4, Coimbra, 2012, p. 893 e 894.

jurídico português como noutros. Os próprios instrumentos jurídicos de direito internacional público mais relevantes nesta disciplina² e que fortemente influenciaram os legisladores nacionais a legislar em matéria de discriminação surgiram nas décadas de 40, 50 e 60 do século XX, nos quais se encontra plasmado o princípio da igualdade, bem como se consagra a proibição de discriminações fundadas na raça, etnia, nacionalidade, cor, religião, sexo, entre outras.

A partir do momento em que se passou a assumir a questão da discriminação como um problema que deve ser alvo de tutela jurídica, passou a ser emanada diversa legislação na qual se contempla a necessidade da proibição da discriminação, existindo ainda lugar ao sancionamento de determinadas acções discriminatórias e, em certos casos, até mesmo omissões.

Desde logo, a Constituição da República Portuguesa (CRP) consagra o princípio da igualdade no seu artigo 13.º,³ n.º 1, bem como evoca, no seu n.º 2, as dimensões negativas de desigualdades, privilégios e discriminações consideradas inadmissíveis num Estado de direito democrático no qual se estabelece a dignidade da pessoa humana como o “*fundamento dos valores*”.⁴ Do mesmo modo, os direitos fundamentais de personalidade, entre os quais destacamos o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, consolidam a necessidade de defesa contra a discriminação, sendo que estes direitos assentam na “*afirmação de relações simétricas de reconhecimento entre cidadãos livres e iguais, dignos de igual consideração e respeito*”.⁵

² Entre os quais destacamos a Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH), o Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais, o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos e a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial.

³ Artigo 13.º da Constituição da República Portuguesa

1. Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei.

2. 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.

⁴ CUNHA, Paulo Ferreira da, *Direitos Fundamentais – Fundamentos & Direitos Sociais*, Quid Juris, 2014, p. 99.

⁵ MACHADO, Jónatas, E. M., *Liberdade de Expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*, Coimbra Editora (Studia Iuridica 65), 2002, p. 749.

Importa referir que os direitos fundamentais de personalidade, nomeadamente aqueles previstos no artigo 26.º, n.º 1, da CRP, gozam de protecção contra a ingerência por parte de qualquer cidadão e até do próprio Estado (artigos 3.º, n.º 2 e 12.º, n.º 1, da CRP) – com este entendimento encontramos PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª Edição, Coimbra Editora, 2005, p. 208 –, os quais são directamente aplicáveis e apenas podem ser limitados nos termos previstos no artigo 18.º, da CRP, existindo ainda a garantia de protecção do direito internacional (artigos 2.º, 6.º e 7.º, da DUDH, diploma para o qual a própria Constituição remete, tanto em termos de consagração como em termos de interpretação) no respeito pelo disposto nos artigos 8.º e 16.º, da CRP.

Em termos de legislação ordinária, a protecção contra a discriminação compreende, designadamente, a criminalização da discriminação⁶ e o seu sancionamento ao nível do direito de mera ordenação social,⁷ bem como a proibição da discriminação nas relações laborais⁸ ou até a proibição da discriminação no desporto.⁹

Portanto, a protecção contra a discriminação encontra acolhimento em diversos ramos do Direito, não se limitando aos ramos que acabamos de mencionar. Assim, todo o ordenamento jurídico, de um modo unitário, encontra-se vocacionado para colocar fim à discriminação. A sociedade contemporânea não tolera a discriminação¹⁰ e neste ponto – no combate à discriminação e na busca pela sua erradicação –, o direito civil poderá ter um papel determinante na garantia da defesa dos direitos de todos os cidadãos que poderão ser alvo de discriminação.

A questão que agora se coloca prende-se com a necessidade de aferir até que ponto o direito civil tutela questões de discriminação. Até que ponto o direito civil está ao serviço do cidadão vítima de discriminação. Este ramo do Direito tem como uma das suas primordiais funções estabelecer ligações entre o direito civil e os direitos fundamentais,¹¹ defendendo estes direitos através de mecanismos próprios e por inter-

⁶ Vide, nomeadamente, artigos 132.º, n.º 2, al. f), 145.º, 155.º, n.º 1, al. e), 193.º e 240.º, do Código Penal e artigos 27.º, n.º 2 e 71.º, n.º 1 e 4, da Lei n.º 27/2007, de 30 de Julho (Lei da Televisão).

⁷ Vide a Lei n.º 134/99, de 28 de Agosto (legislação onde está prevista a proibição de discriminações no exercício de direitos por motivos baseados na raça, cor, nacionalidade ou origem étnica) e a Lei n.º 18/2004, de 11 de Maio (legislação onde está previsto o princípio da igualdade de tratamento entre as pessoas, sem distinção de origem racial ou étnica, bem como se estabelece um quadro jurídico para o combate à discriminação baseada em motivos de origem racial ou étnica).

⁸ Vide os artigos 3.º, n.º 3, al. a), 7.º, n.º 1, al. l) e 23.º e ss, do Código do Trabalho.

⁹ Vide a Lei n.º 39/2009, de 30 de Julho, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 114/2011, de 30 de Novembro e pela Lei n.º 52/2013, de 25 de Julho (Lei relativa ao combate à violência, ao racismo, à xenofobia e à intolerância nos espectáculos desportivos). Nesta legislação também se estabelece um conjunto de contra-ordenações quando estão em causa a prática de actos discriminatórios nos espectáculos desportivos e na actividade desportiva (vide artigos 39.º e ss, da Lei 52/2013, de 25 de Julho).

¹⁰ Mesmo assim continuam a subsistir práticas discriminatórias em Portugal, motivo pelo qual consideramos essencial abordar questões jurídicas relacionadas com a discriminação. Recentemente foi divulgado no Relatório Anual da Amnistia Internacional (2015/2016) que a discriminação contra minorias de etnia cigana e de ascendência africana continuam a ser uma realidade em Portugal, o que demonstra que a discriminação existe e continua a infligir sofrimento em todas as suas vítimas. Relatório disponível no sitio da internet http://www.amnistia-internacional.pt/files/relatorioanual/RA_2016/AI_AR20152016_Country_Portugal.pdf, acessos em 05 Maio 2016.

¹¹ Como refere JOSÉ OLIVEIRA ASCENSÃO, “o Direito Civil apresenta-nos os direitos de personalidade; o Direito Constitucional, os direitos fundamentais; o Direito Internacional, os direitos humanos” – ASCENSÃO, José Oliveira, “A Dignidade da Pessoa e o Fundamento dos Direitos Humanos”, disponível no sitio da internet http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idsc=71981&ida=72386, acessos em 02 Maio 2016.

médio dos seus institutos jurídicos, nomeadamente a responsabilidade civil. Ou seja, a Constituição estabelece, particularmente, o respeito pelos “*direitos e interesses legítimos das outras pessoas*”, definindo que todo o indivíduo não deve “*cometer crimes e, em geral, não praticar actos ilícitos*”. Posto isto, a lei civil concretiza os “*deveres relativos às outras pessoas e suas famílias*”, dos quais nos interessam especialmente – mas não exclusivamente – o dever de “*não ofender nem ameaçar ilicitamente a personalidade física ou moral de outrem*”,¹² comprovando a necessidade do direito civil estar ao serviço da defesa dos direitos fundamentais.

Assim, com a determinação de contribuir para o progresso da cultura jurídica em matéria de não discriminação e com vista a estabelecer posições na defesa do cidadão contra a discriminação, iremos abordar as consequências jurídicas resultantes da discriminação plasmadas na lei civil.

2. A responsabilidade civil por actos ilícitos

A responsabilidade civil que importa aferir, particularmente, nos casos de discriminação é a responsabilidade civil por factos ilícitos ou subjectiva. Como veremos, a protecção contra a discriminação presente no Código Civil não resulta em exclusivo da responsabilidade civil subjectiva. Todavia, consideramos que será mediante este instituto jurídico que melhor se poderá definir as sanções de natureza privada a aplicar nos casos de discriminação.

Nesta matéria, no respeito pelo n.º 1 e n.º 2 do artigo 483.º, do Código Civil,¹³ a “*constituição da obrigação de indemnização*” está dependente da “*existência de uma conduta do agente (facto voluntário), a qual represente a violação de um dever imposto pela ordem jurídica (ilicitude), sendo o agente censurável (culpa), a qual*

Esta sobreposição de direitos – por outras palavras, esta incidência no mesmo objecto por parte dos direitos fundamentais e por parte dos direitos de personalidade – não invalida a protecção dos direitos fundamentais por parte do direito civil, tal como não implica que o direito constitucional promova a protecção dos direitos humanos. Como refere, e bem, GOMES CANOTILHO, “os direitos de personalidade abarcam certamente os direitos de estado (por ex.: direito de cidadania), os direitos sobre a própria pessoa (direito à vida, à integridade moral e física, direito à privacidade), os direitos distintivos de personalidade (direito à identidade pessoal, direito à informática) e muitos dos direitos de liberdade (liberdade de expressão). [...] hoje em dia, dada a interdependência entre o estatuto positivo e o estatuto negativo do cidadão, e em face da concepção de um direito geral de personalidade como «direito à pessoa ser e à pessoa devir», cada vez mais os direitos fundamentais tendem a ser direitos de personalidade e vice-versa.” – CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional*, 6.ª Edição revista, Almedina, 1993, p. 520 e 521.

¹² AMARAL, Diogo Freitas do, *Uma Introdução à Política*, Bertrand Editora, 2014, p. 277 e ss.

¹³ De agora em diante qualquer referência a um ou mais preceitos legais sem menção do diploma a que se refere, entende-se que tal referência diz respeito ao Código Civil.

tenha provocado danos (dano), que sejam consequência dessa conduta (nexo de causalidade entre o facto e o dano)”¹⁴. Assim, determinadas acções e omissões¹⁵ discriminatórias podem ser compreendidas como ilícitos civis,¹⁶ as quais provocam na maior parte dos casos danos não patrimoniais¹⁷ na esfera jurídica do sujeito alvo da discriminação, existindo lugar a um juízo de reprovação ou censura, acrescendo ainda que o dano resulta do facto praticado pelo agente.

Deste modo, do facto discriminatório pode resultar um dever de indemnizar. Como nos indica INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, “*trata-se de indemnizar os prejuízos de que [...] alguém foi vítima*”.¹⁸ Esta função de tornar o lesado *indemne* coloca evidência no facto da responsabilidade civil visar a reparação ou restituição. Como afirma MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, “*subjacente à responsabilidade civil*” encontramos a “*ideia de reparação patrimonial de um dano privado*”, já que “*o que verdadeiramente importa nas sanções civis é a restituição dos interesses dos lesados*”.¹⁹ No entanto, na responsabilidade civil subjectiva, em determinados casos, existe uma função punitiva ou repressiva²⁰ dos actos ilícitos.

¹⁴ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações, Vol. I – Introdução, da Constituição das Obrigações*, 13.ª Edição, Almedina, 2016, p. 256.

¹⁵ O artigo 486.º também se aplica nos casos de discriminação. A lesão pode resultar da omissão. Vide PINTO, Paulo Mota, “Autonomia Privada e Discriminação – algumas notas”, in *Estudos em homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*, Vol. II, Coimbra Editora, 2005, p. 330.

¹⁶ Porém, em determinados casos, a discriminação pode ser justificada e, por isso mesmo, lícita. Sobre a justificação da diferenciação vide PINTO, Paulo Mota, “Autonomia Privada e Discriminação...”, in loc. cit., p. 356 e ss.

¹⁷ Falamos em danos não patrimoniais já que, em primeira linha, são estes os danos resultantes de um facto discriminatório. Porém, da discriminação também podem resultar danos patrimoniais, os quais, como afirma PAULO MOTA PINTO, poderão ser de difícil prova – PINTO, Paulo Mota, “Autonomia Privada e Discriminação...”, in loc. cit., p. 331.

¹⁸ TELLES, Inocência Galvão, *Direito das Obrigações*, 7.ª Edição, Coimbra Editora, 2010, p. 208.

¹⁹ COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Direito das Obrigações*, 12.ª Edição revista e actualizada, Almedina, 2014, p. 521.

²⁰ MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA afirma: “O Cód. Civ. consagra basicamente a concepção clássica de que a responsabilidade civil por actos ilícitos tem a função de reparar os danos causados e não fins sancionatórios (cfr. os arts. 483.º, n.º 1, e 562.º, e, de um modo geral, a disciplina da obrigação de indemnização [...]). Todavia, num ou noutro aspecto do regime da obrigação de indemnizar, pode ver-se aflorada a ideia de que a referida responsabilidade civil visa também, embora apenas acessoriamente, um escopo de repressão e de prevenção desses actos ilícitos.” – COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Direito das Obrigações*, p. 521. Afirma o Autor que a função punitiva e preventiva do ilícito civil pode ser encontrada nos artigos 339.º, n.º 2, 489.º, 494.º, 496.º, n.º 4, 566.º, n.º 3 e 570.º, n.º 1 – COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Noções Fundamentais de Direito Civil*, 6.ª Edição revista e actualizada, Almedina, 2013, p. 83. Com semelhante entendimento encontramos INOCÊNCIO GALVÃO TELLES quando afirma: “quanto aos danos não patrimoniais, já sabemos como é fixado o montante da sua reparação pecuniária; mediante o cômputo equitativo de uma compensação, em que se atenderá, não só e antes de mais à própria extensão e gravidade dos prejuízos, mas também ao grau de culpabili-

Relativamente aos casos de discriminação e tendo em conta que os danos a indemnizar revestem na maior parte dos casos natureza não patrimonial, é inegável que a função punitiva tem uma primordial importância, já que por esta via é possível infligir um castigo pecuniário ao lesante, em benefício do lesado. Ou seja, a responsabilidade civil nestes casos assume uma dupla função: indemnizar a vítima, proporcionando-lhe “*meios económicos que dalgum modo o compensem da lesão sofrida (reparação indirecta)*”²¹ e punir o lesante em benefício do ofendido.²²

Por outro lado, de acordo com o n.º 1 do artigo 483.º, o dever de indemnizar tanto pode resultar da violação de um *direito de outrem* como pode resultar da violação de uma *disposição legal destinada a proteger interesses alheios*. São estas as duas formas de ilicitude²³ previstas nesta disposição legal, das quais poderá resultar a responsabilidade civil.

Para os casos de discriminação importa avaliar se a ilicitude decorre da violação de um direito ou se, por outro lado, tem por base a violação de uma norma legal destinada a proteger interesses alheios, ou ainda se é possível apurar a responsabilidade civil em qualquer uma destas duas formas de ilicitude.

dade do agente, à situação económica deste e do lesado e demais circunstâncias do caso (art. 496.º, n.º 1 e n.º 3, 1.ª parte, em conjugação com o art. 494.º)”; “Vê-se daqui que a reparação dos danos morais não reveste puro carácter indemnizatório: reveste também, de certo modo, carácter punitivo. É indemnização, se bem que indirecta, na medida em que se apresenta como uma compensação em cuja fixação se atende à gravidade dos danos. É pena – pena privada, estabelecida no interesse da vítima – na medida em que se apresenta como um castigo em cuja fixação se atende ainda ao grau de culpabilidade e à situação económica do lesante e do lesado. Estamos assim verdadeiramente perante uma providência mista, que participa da natureza de indemnização e da natureza de pena.” – TELLES, Inocência Galvão, *Direito das Obrigações*, p. 387.

Também JÚLIO GOMES entende que “mesmo atribuindo-lhe um papel secundário, isto é, subordinado, aceita-se hoje, em princípio, a importância da finalidade preventivo-punitiva da responsabilidade civil.” – GOMES, Júlio, *Uma função punitiva para a responsabilidade civil e uma função reparatória para a responsabilidade penal?*, Revista de Direito e Economia (separata), Universidade de Coimbra, 1989, p. 106.

²¹ TELLES, Inocência Galvão, *Direito das Obrigações*, p. 380.

²² No entanto, o dano deverá ser considerado como um limite. MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA refere, e bem, que “apenas em função do dano o instituto realiza a sua finalidade essencialmente reparadora ou reintegrativa. Mesmo quando lhe caiba algum papel repressivo ou preventivo, sempre se encontra submetido, como regra, aos limites da eliminação do dano” – COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Direito das Obrigações*, p. 590.

²³ Cfr. COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Noções Fundamentais de Direito Civil*, p. 87.

2.1 A violação de um direito

Quando o Código Civil define que a violação de direitos de outrem pode gerar responsabilidade civil está a dirigir a sua protecção aos direitos subjectivos, entre os quais destacamos os direitos absolutos.²⁴ Nos direitos absolutos, com especial destaque para o nosso estudo, estão incluídos os direitos de personalidade,²⁵ os quais se encontram previstos nos artigos 70.^{o26} e seguintes. Do próprio artigo 70.^o, no seu n.º 1, retiramos que a protecção conferida reporta-se tanto à personalidade física como à personalidade moral dos cidadãos. Apesar de estarmos perante uma *referência genérica*, a protecção conferida aos direitos de personalidade abrange os direitos à vida, à integridade física, à saúde, à liberdade, à honra, ao bom nome, entre outros.²⁷ Ou seja, poderemos considerar que todos os direitos fundamentais de primeira geração – os direitos civis e políticos – estão abrangidos pela protecção conferida pelo artigo 483.^o, resultando responsabilidade civil da sua violação.

²⁴ Cfr. COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Noções Fundamentais de Direito Civil*, p. 87 e LIMA, Pires de, VARELA, Antunes, *Código Civil Anotado*, Vol. I, 4.^a Edição revista e actualizada, Coimbra Editora, 1987, p. 472.

²⁵ MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO considera estes direitos como direitos subjectivos “essenciais à própria noção de personalidade e a ela inerentes” – RIBEIRO, Maria de Fátima, *Comentário ao Código Civil – Parte Geral*, Coord. Luís Carvalho Fernandes et. al., Universidade Católica Editora, 2014, p. 171.

RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA define, de um modo completo, os direitos de personalidade quanto aos *efeitos civis* “como direitos subjectivos, privados, absolutos, gerais, extrapatrimoniais, inatos, perpétuos, intransmissíveis, relativamente indisponíveis, tendo por objectivo os bens e as manifestações interiores da pessoa humana, visando tutelar a integridade de todos os sujeitos de direito a absterem-se de praticar ou de deixar de praticar actos que ilicitamente ofendam ou ameacem ofender a personalidade alheia sem o que incorrerão em responsabilidade civil e/ou na sujeição às providências cíveis adequadas a evitar a consumação da ameaça ou a atenuar os efeitos da ofensa cometida” – Heinrich Eward Hörster citando Rabindranath Capelo de Sousa – HÖRSTER, Heinrich Eward, *A Parte Geral do Código Civil Português – Teoria Geral do Direito Civil*, 9.^a Reimpressão da Edição de 1992, Almedina, 2014, p. 258 e 259.

²⁶ “O artigo 70.^o pode, então, ser visto como norma que recorre a uma cláusula geral, consagrando a tutela geral da personalidade e afastando a possibilidade de o Direito apenas tutelar os direitos de personalidade cuja protecção é expressa e tipicamente reconhecida pelo sistema jurídico” – RIBEIRO, Maria de Fátima, *Comentário ao Código Civil...*, p. 172.

²⁷ Vide LIMA, Pires de, VARELA, Antunes, *Código Civil Anotado*, p. 104. MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO elenca, entre outros, os seguintes direitos de personalidade: direito à vida, à integridade física, ao próprio corpo, à identidade genética, à liberdade individual, à capacidade e personalidade jurídicas, à honra, à privacidade, à reserva sobre os dados pessoais; à protecção da saúde e do repouso, à segurança social, ao trabalho, à educação, à cultura, à habitação, ao ambiente de vida humana e o “direito ao tempo” – RIBEIRO, Maria de Fátima, *Comentário ao Código Civil...*, p. 172. Vide ainda HÖRSTER, Heinrich Eward, *A Parte Geral do Código Civil Português...*, p. 259 e 260.

Apesar dos direitos de personalidade serem direitos de *carácter não patrimonial*, os danos resultantes da sua violação tanto podem revestir natureza não patrimonial como patrimonial.²⁸

A violação de qualquer um destes direitos, além da possibilidade do delator incorrer em responsabilidade penal ou outra, quando reunidos os pressupostos da responsabilidade civil por factos ilícitos gera responsabilidade civil. Esta protecção seguramente abrange a proibição da discriminação.

Por outro lado, os direitos de personalidade além das suas dimensões física e moral comportam ainda uma dimensão social²⁹ de grande relevância nos casos de discriminação. Em nossa opinião é inegável que certos comportamentos discriminatórios atentam contra a personalidade moral do indivíduo, além de colocar em causa a sua dimensão enquanto sujeito socialmente integrado. São comportamentos que atentam sem qualquer dúvida contra os direitos absolutos do indivíduo.³⁰ Vamos supor que um comerciante coloca no seu estabelecimento uma lista com dados pessoais dos seus clientes maus pagadores, tendo o objectivo de assim receber o pagamento dos valores em dívida. Certamente que a honra, bom nome e reputação destes sujeitos é colocada em causa. Agora imaginemos que esta lista é apenas constituída por clientes maus pagadores de cor negra, referindo o escrito que estes indivíduos são os piores pagadores. Um comportamento desta natureza além de afectar a esfera moral ataca ferozmente a dimensão social do indivíduo. Coloca-o de parte não só por ser um devedor e mau pagador, como principalmente por ser de cor negra, o que o torna no pior dos clientes. Somos levados a crer que num caso destes existe lugar à responsabilidade civil por se atentar contra a honra, bom nome e reputação dos seus supostos clientes maus pagadores como ainda haverá responsabilidade civil por factos discriminatórios, tendo em conta que a dimensão moral e a dimensão social são mais afectadas pelo comportamento discriminatório do que por outros.

Importa ainda referir que o acto discriminatório para gerar responsabilidade civil não necessita de estar conexo a outros factores, como no exemplo acima mencionado. Basta que o acto discriminatório por si só seja suficiente para o preenchimento dos pressupostos da responsabilidade civil para que haja lugar a esta responsabilidade.

Assim, podemos concluir que factos discriminatórios podem levar à responsabilidade civil do infractor mediante o preenchimento dos pressupostos da primeira cláusula-

²⁸ Cfr. RIBEIRO, Maria de Fátima, *Comentário ao Código Civil...*, p. 173.

²⁹ Cfr. CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de Direito Civil – Tomo VI – Direito das Obrigações (Introdução, Sistema e Direito Europeu, Dogmática Geral)*, 2.^a Edição revista e actualizada, Almedina, 2012, p. 453.

³⁰ Com este entendimento encontramos PINTO, Paulo Mota, “Autonomia Privada e Discriminação...”, in loc. cit., p. 326, posição com a qual concordamos em absoluto.

la de ilicitude prevista no artigo 483.º, n.º 1 – violação de direitos de outrem. Esta violação obriga o seu responsável a indemnizar o lesado vítima de discriminação, tornando-se evidente que a responsabilidade civil aquiliana poderá desempenhar uma função de reparação e de repressão dos actos discriminatórios.

2.2. A violação de norma legal destinada a proteger interesses alheios

Esta segunda modalidade da ilicitude, pode, conjuntamente com a primeira, definir um conjunto de garantias de salvaguarda e protecção contra a discriminação bastante importante.

Aliás, existem “*muitas normas que protegem interesses particulares, sem todavia atribuírem um direito subjectivo ao titular do interesse lesado*”,³¹ sendo possível exigir indemnização “*com fundamento na violação de uma norma destinada à protecção doutrém*”.³² Neste campo estão incluídas normas incriminadoras (crimes), normas de direito de mera ordenação social (contra-ordenações), entre outras.³³ Assim, factos discriminatórios não compreendidos na primeira modalidade da ilicitude poderão ser absorvidos nesta segunda modalidade – gerando responsabilidade civil em prejuízo do infractor e em benefício do lesado – sempre que se encontre preenchidos os elementos objectivos e subjectivos de certos tipos de crime, nomeadamente dos crimes de ofensa à integridade física qualificada, ameaça agravada ou coacção agravada quando a qualificação ou agravação tem por base motivos de ódio racial, religioso, político ou gerado pela cor, origem étnica ou nacional, pelo sexo, pela orientação sexual ou pela identidade de género da vítima, ou ainda do crime de discriminação racial, religiosa ou sexual, ou quando o comportamento discriminatório esteja previsto enquanto comportamento ilícito sancionado pelo direito de mera ordenação social.³⁴ Neste campo da ilicitude, para que se efective o seu preenchimento terão de se encontrar reunidos cumulativamente os seguintes pressupostos, que nas palavras de MENEZES LEITÃO³⁵ são:

- “a) a não adopção de um comportamento, definido em termos precisos pela norma;
- b) que o fim dessa imposição seja dirigido à tutela de interesses particulares;³⁶

³¹ LIMA, Pires de, VARELA, Antunes, *Código Civil Anotado*, p. 472.

³² LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações...*, p. 265.

³³ LIMA, Pires de, VARELA, Antunes, *Código Civil Anotado*, p. 472.

³⁴ Cfr. LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações...*, p. 265.

³⁵ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações*, p. 265 e 266. Sobre estes pressupostos vide ainda VARELA, João de Matos Antunes, *Das Obrigações em Geral – Vol. I*, 9.ª Edição, Almedina, 1996, p. 557 e ss.

³⁶ “Não são abrangidas pelo artigo 483.º aquelas normas que visam apenas proteger certos interesses gerais ou colectivos, embora da sua aplicação possam beneficiar, mediata ou reflexamente,

c) a verificação de um dano no âmbito do círculo de interesses tutelados por esta via.”

No caso específico dos crimes de ofensas à integridade física, ameaça e coacção, existe a tutela de bens jurídicos particulares. A integridade física e psíquica, a liberdade de decisão e acção de outra pessoa são bens jurídicos privados e pessoais. O mesmo se entende quanto aos crimes de difamação e injúria, nos quais se protege o bem jurídico honra, um bem jurídico igualmente privado e pessoal. Quer o crime de difamação quer o crime de injúria, apesar de não se encontrar tipificado no Código Penal um agravamento ou qualificação destes delitos por motivos discriminatórios, caso exista motivação patente na difamação ou na injúria será de todo lógico que deverá ser tida em consideração no momento da determinação da medida da pena, bem como na determinação do montante da indemnização civil. Relativamente ao crime de discriminação racial, religiosa ou sexual, a par do bem jurídico igualdade entre todos os cidadãos – um bem jurídico público –, são igualmente e directamente protegidos bens jurídicos privados e pessoais, nomeadamente a integridade física, a honra e a liberdade de outra pessoa.³⁷ Uma vez que este crime tutela um bem jurídico composto, o qual é constituído por bens jurídicos privados e pessoais, caso se verifique a existência de um dano na esfera jurídica da pessoa discriminada, será de todo natural que haja lugar a responsabilidade civil e consequente indemnização pelos danos causados.

Quanto às normas de direito de mera ordenação social com relevância nesta matéria encontramos a Lei n.º 134/99, de 28 de Agosto e a Lei n.º 18/2004, de 11 de Maio. A violação de disposições destes dois diplomas legais consubstancia casos de concurso com os ilícitos civis por se violar “valores do direito civil”.³⁸

Estes diplomas legais visam proteger o indivíduo e os grupos sociais nos quais pode estar inserido. Como defende PAULO MOTA PINTO:³⁹

“Em primeiro lugar, é certo que a conduta discriminatória, quer enquanto ofende direitos absolutos, quer no aspecto específico de exclusão do acesso a uma prestação, pode dirigir-se contra uma certa pessoa concreta. Trata-se aqui, de uma protecção do indivíduo contra a discriminação. É a protecção que o legislador teve sobretudo em vis-

determinados interesses particulares.” – LIMA, Pires de, VARELA, Antunes, *Código Civil Anotado*, p. 473.

³⁷ Cfr. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal...*, p. 900.

³⁸ Referindo-se à Lei n.º 134/99, de 28 de Agosto, GOUVEIA, Jorge Bacelar, “A Lei da Anti-discriminação Racial no Novo Direito Português da Igualdade Social: Breves reflexões sobre o sentido e a estrutura da Lei n.º 134/99, de 28 de Agosto”, in *Thémis*, Revista da Faculdade de Direito da UNL, ano 3.º, n.º 5, 2002, p. 41.

³⁹ PINTO, Paulo Mota, “Autonomia Privada e Discriminação...”, in loc. cit., p. 326.

ta ao enumerar a maioria das práticas de discriminação racial – assim, as práticas elencadas a) a l), do n.º do artigo 4.º da Lei n.º 134/99 e nas alíneas a) a h) do n.º 2 do artigo 3.º da Lei n.º 18/2004 estão formuladas como tendo, em primeira linha, como destinatários a pessoa concreta. Trata-se, aqui, da protecção da dignidade da pessoa humana como indivíduo”.

Podemos assim concluir que estes diplomas legais visam a protecção de interesses alheios do indivíduo discriminado. Daqui resulta que poderá haver lugar a responsabilidade civil por violação dos direitos de personalidade da vítima de discriminação, sem descurar que outros interesses da vítima podem ter sido igualmente violados.⁴⁰ Os próprios diplomas salvaguardam, desde logo, os efeitos indemnizatórios mas não disciplinam os seus pressupostos.⁴¹

Porém, qualquer um dos diplomas referidos apenas abrange discriminações de ordem racial – raça, cor, nacionalidade ou origem étnica –, conforme o disposto nos artigos 1.º da Lei n.º 134/99, e 3.º da Lei n.º 18/2004. Ora, em nosso entendimento, também deveriam ser contemplados casos de discriminação relacionados com questões religiosas e sexuais,⁴² os quais seriam sancionados de forma idêntica aos casos de discriminação racial. Tal como se encontra estipulado, discriminações além daquelas previstas nestes dois diplomas legislativos não constituem causa para a aplicação de qualquer contra-ordenação e conseqüentemente não configura causa para a operacionalidade da segunda modalidade de ilicitude do artigo 483.º, n.º 1.

Entendemos que deixar de fora do regime contraordenacional anti discriminatório a previsão de sanções para as modalidades de cariz religioso e sexual não pode deixar de ser uma grave falha por parte do legislador ordinário, que desde 1999 até aos dias de hoje ainda não alterou tal situação, optando por deixar este regime sancionatório tal como se encontra estabelecido desde o início da sua vigência. Tanto a Lei n.º 134/99, como a Lei n.º 18/2004 deveriam ter acompanhado a evolução legislativa do

⁴⁰ Cfr. PINTO, Paulo Mota, “Autonomia Privada e Discriminação...”, in loc. cit., p. 328.

⁴¹ Cfr. PINTO, Paulo Mota, “Autonomia Privada e Discriminação...”, in loc. cit., p. 331.

⁴² Com entendimento semelhante, apenas focando os casos de discriminação sexual, encontramos BELEZA, Teresa Pizarro e MELO, Helena Pereira de, “Discriminação e contra-discriminação em razão da orientação sexual no direito português”, in *Revista do Ministério Público*, ano 31, n.º 123, 2010, p. 22. Pelas Autoras é defendido que “com efeito, à semelhança da raça, a orientação sexual pode revelar-se imutável para o indivíduo ao longo da sua vida. E, à semelhança da nacionalidade, pode ser invisível aos olhos de terceiros. Tal como todos os factores de discriminação referidos naqueles textos legais, pode estar na origem de situações de discriminação gravemente atentatórias da dignidade e dos direitos fundamentais do ser humano. É, pois, essencial preveni-la. O referido alargamento permitiria ajudar a combater eficazmente a discriminação de que são alvo os membros das minorias sexuais nos mais variados campos: saúde, educação, acesso a bens e serviços”. Os mesmos argumentos serão validamente aplicados nos casos de discriminação religiosa, com as necessárias adaptações.

artigo 240.º, do Código Penal, preceito legal no qual se alargou o âmbito de aplicação aos casos de discriminações religiosas e sexuais. Inicialmente, tal como nas mencionadas leis, apenas os comportamentos relacionados com questões raciais poderiam ser sancionados, realidade que se alterou ao longo dos anos.

Também no Código do Trabalho, se estabelece que a discriminação no trabalho e no acesso ao emprego constitui a prática de contra-ordenação muito grave.⁴³ Em sentido idêntico aos diplomas acima mencionados, o Código do Trabalho define no seu artigo 28.º que *a prática de acto discriminatório lesivo de trabalhador ou candidato a emprego confere-lhe o direito a indemnização por danos patrimoniais e não patrimoniais, nos termos gerais de direito*. Deste modo, no Código do Trabalho encontra-se consagrada a proibição da discriminação nas relações laborais baseada *na ascendência, idade, sexo, orientação sexual, estado civil, situação familiar, situação económica, instrução, origem ou condição social, património genético, capacidade de trabalho reduzida, deficiência, doença crónica, nacionalidade, origem étnica ou raça, território de origem, língua, religião, convicções políticas ou ideológicas e filiação sindical*.

Pelo exposto, ambas as modalidades da ilicitude previstas no artigo 483.º, n.º 1, estão ao serviço da defesa do indivíduo vítima de discriminação. O ódio – e as suas consequências – enquanto ameaça aos direitos dos indivíduos e dos povos deve ser fortemente censurado. No campo da responsabilidade civil por actos ilícitos, a possibilidade de responsabilizar o autor da conduta discriminatória, indemnizando o lesado, constitui um importante desincentivo para todos aqueles que pretendem pautar o seu comportamento pela discriminação, o que em nossa opinião pode não ser suficiente para travar algumas formas de discriminação. Todavia, este regime é aplicável a bastantes casos, sendo certo que, deste modo, acaba por cumprir a sua função.

2.3. O artigo 484.º

A disciplina da ilicitude não se esgota nas “*duas grandes directrizes de ordem geral*”⁴⁴ presentes no n.º 1, do artigo 483.º, optando o legislador por estabelecer, “*tipos delituais específicos, além das categorias gerais da ilicitude*”.⁴⁵ De entre as diversas formas especiais de ilicitude, encontramos no artigo 484.º uma disposição legal que poderá relevar importância relativamente aos casos de discriminação. A

⁴³ Cfr. artigos 24.º, n.º 1 e 5 e 25.º, n.º 1 e 8, do Código do Trabalho.

⁴⁴ LIMA, Pires de, VARELA, Antunes, *Código Civil Anotado*, p. 485.

⁴⁵ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações...*, p. 266. PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA falam de “alguns casos de factos antijurídicos” – LIMA, Pires de, VARELA, Antunes, *Código Civil Anotado*, p. 485.

ofensa do crédito e principalmente a ofensa do bom nome⁴⁶ podem ser fortemente abaladas por um acto discriminatório.

Como afirma MENEZES LEITÃO:⁴⁷

“a afirmação ou difusão de factos falsos é sempre proibida, pelo que o agente que com dolo ou negligência adopte esse comportamento responderá por todos os danos causados ao visado. Quanto aos factos verdadeiros, a sua divulgação poderá ser admitida, mas desde que tal se efective para assegurar um direito próprio ou um interesse público legítimo”.⁴⁸

Portanto, em regra, uma conduta que viole o disposto no artigo 484.º – independentemente do entendimento quanto à necessidade do Código Civil contemplar esta norma⁴⁹ – deve ser entendida como uma *conduta antijurídica*⁵⁰ sujeita a responsabilizar civilmente o responsável pelos danos causados.

⁴⁶ “O direito ao bom nome e reputação consiste, [...], em não ser ofendido na sua honra, dignidade ou consideração social mediante a imputação feita por outrem, bem como no direito a defender-se dessa ofensa e obter a competente reparação. [...] Dispõe [...], especialmente, o art.º 484.º, do C. Civil, que quem afirmar ou difundir um facto capaz de os prejudicar, responde pelos danos causados. Trata-se de uma particular forma de antijuridicidade em geral prevista no art.º 483.º, do C. Civil.” – Ac.TRP, proc. n.º9058/10.3TBVNG.P1, Relator Desembargadora ANABELA DIAS DA SILVA, disponível no sitio da internet [⁴⁷ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações...*, p. 277.](http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/fced9d633c1368dc80257c98004dce21?OpenDocument&Highlight=0,Discrimina%C3%A7%C3%A3o,indemniza%C3%A7%C3%A3o,responsabilidade,civil,acessos em 9 Maio 2016. O direito ao bom nome e reputação encontra-se consagrado no artigo 26.º, n.º 1, da Constituição.</p>
</div>
<div data-bbox=)

⁴⁸ Com idêntico entendimento encontramos PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA: “pouco importa que o facto afirmado ou divulgado corresponda ou não à verdade, contanto que seja susceptível, dadas as circunstâncias do caso, de diminuir a confiança na capacidade e na vontade da pessoa para cumprir as suas obrigações (prejuízo do crédito) ou de abalar o prestígio de que a pessoa goze ou o bom conceito em que seja tida (prejuízo do bom nome) no meio social em que vive ou exerce a sua actividade [...]. A afirmação ou divulgação do facto pode, no entanto, não ser ilícita, se corresponder ao exercício de um direito ou faculdade ou ao cumprimento de um dever” – LIMA, Pires de, VARELA, Antunes, *Código Civil Anotado*, p. 486.

⁴⁹ MENEZES LEITÃO afirma: “Convirá ainda salientar que o art. 484.º parece ser em rigor dispensável, uma vez que o art. 483.º já prevê a violação de direitos subjectivos como categoria de ilicitude, e é manifesta a existência de um direito subjectivo ao bom nome e reputação (art. 26.º, n.º 1, da Constituição) [...]. Não se vê, assim, utilidade na previsão desta situação como Tatbestand delitual específico.” – LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações...*, p. 270 e 271.

Já MANUEL DAS NEVES PEREIRA afirma: “O Código Civil apresenta casos específicos de ilicitude que são passíveis de originar responsabilidade civil, os quais não se enquadrariam facilmente, segundo o legislador, nas disposições genéricas anteriores [do artigo 483.º]”, optando por considerar o artigo 484.º como um desses casos – PEREIRA, Manuel das Neves, *Introdução ao Direito e às Obrigações*, 4.ª Edição, Almedina, 2015, p. 384.

Importa ainda ter presente, como refere PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, que “*se a afirmação ou divulgação integrar o crime de injúria ou de difamação, à sanção civil da indemnização do dano poderão acrescer as sanções previstas na lei penal*”.⁵¹ Esta posição reforça o que anteriormente mencionámos quanto ao facto das condutas discriminatórias com enquadramento nos tipos objectivo e subjectivo dos crimes de difamação e de injúria serem passíveis de gerar responsabilidade civil.

3. As providências não especificadas do n.º 2, do artigo 70.º

A protecção contra a ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à personalidade do indivíduo poderá ser concretizada, de acordo com o disposto no n.º 2, do artigo 70.º, por via do recurso a *providências adequadas às circunstâncias do caso, com o fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida*.

Estas providências são de especial importância principalmente como meio de evitar a consumação da ameaça de uma ofensa aos direitos de personalidade tendo em consideração, como afirma MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, que as providências adequadas poderão ser “*justificadas pelo facto de poder ser particularmente difícil, após violação destes direitos e dadas as suas características, colocar o lesado na situação em que se encontraria se não tivesse existido a lesão*”.⁵²

Tendo o legislador optado por não indicar que providências podem ser requeridas pelo ofendido, o tribunal poderá decretar providências como a “*publicação duma declaração contrária à ofensa*”,⁵³ “*apreensões, publicação da sentença em jornais, supressão de passagens de um livro*”,⁵⁴ entre outras.

O Código de Processo Civil disciplina nos seus artigos 878.º a 880.º o processo especial de tutela da personalidade,⁵⁵ um processo de natureza urgente em todas as

MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO sustenta que o artigo 484.º tutela “especificamente alguns dos direitos de personalidade” – RIBEIRO, Maria de Fátima, *Comentário ao Código Civil...*, p. 171.

⁵⁰ LIMA, Pires de, VARELA, Antunes, *Código Civil Anotado*, p. 486.

⁵¹ LIMA, Pires de, VARELA, Antunes, *Código Civil Anotado*, p. 486.

⁵² RIBEIRO, Maria de Fátima, *Comentário ao Código Civil...*, p. 173.

⁵³ LIMA, Pires de, VARELA, Antunes, *Código Civil Anotado*, p. 104.

⁵⁴ PINTO, Paulo Mota, “Autonomia Privada e Discriminação...”, in loc. cit., p. 209.

⁵⁵ Sobre este processo especial vide BELEZA, Maria dos Prazeres Pizarro, “O processo especial de tutela da personalidade, no Código de Processo Civil”, in *JURISMAT – Revista Jurídica*, n.º 5, 2014, p. 63 e ss e MARQUES, João Paulo Remédio, “Alguns aspectos processuais da tutela da personalidade humana no novo Código de Processo Civil de 2013”, disponível no sítio da internet

suas fases,⁵⁶ o qual vem de encontro ao disposto no n.º 5, do artigo 20.º, da Constituição, respeitando a celeridade e prioridade necessária quando estão em causa ameaças ou violações de direitos pessoais.

As providências não especificadas a requerer poderão ser decretadas desde que a ofensa ou ameaça de ofensa seja ilícita, independentemente de culpa. A protecção conferida pelo artigo 70.º corresponde a uma *protecção mais ampla possível*, da qual apenas se considera decisivo para a operacionalidade das providências a ofensa e a sua ilicitude, independentemente da culpa do agente ou das intenções de ofender os direitos de personalidade do ofendido.⁵⁷

Por último, importa ainda referir que o meio processual para requerer as providências adequadas não é meio processual adequado ao pedido de indemnizações devidas pelos danos resultantes da discriminação. A celeridade e prioridade próprias deste processo especial não são compatíveis com uma decisão quando à responsabilidade civil. Assim, mesmo quando requeridas estas providências não especificadas, o meio processual adequado para qualquer pedido indemnizatório é o processo comum.⁵⁸

Este quadro de protecção dos direitos de personalidade do indivíduo conjuntamente com a responsabilidade civil por actos ilícitos constitui um importante núcleo de garantias civilistas na defesa do cidadão vítima de discriminação. Não se esgotando esta protecção no que foi até agora delineado, consideramos a responsabilidade por actos ilícitos e a possibilidade de recurso às providências não especificadas, no respeito pelo disposto no artigo 70.º, como os mecanismos que de um modo geral são aptos a proteger o indivíduo da generalidade dos comportamentos discriminatórios e que mais fortemente atentam contra a sua personalidade.

4. O dever primário de contratar, a execução específica e a nulidade dos negócios jurídicos discriminatórios

A protecção contra a discriminação também pode surgir por intermédio de um *dever de contratar* quando da omissão de contratar resulta um comportamento discriminatório,⁵⁹ existindo, assim, violação da obrigação. Subsistindo interesse na prestação, como refere PAULO MOTA PINTO:⁶⁰

http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/ProcessoCivil/Reforma_do_processo_civil.pdf, acessos em 12 Maio 2016.

⁵⁶ Cfr. Exposição de Motivos do Código de Processo civil.

⁵⁷ Cfr. HÖRSTER, Heinrich Eward, *A Parte Geral do Código Civil Português...*, p. 260.

⁵⁸ Cfr. HÖRSTER, Heinrich Eward, *A Parte Geral do Código Civil Português...*, p. 261.

⁵⁹ Atento o disposto no artigo 12.º da Lei n.º 134/99, de 28 de Agosto, e no n.º 5, do artigo 10.º da Lei n.º 18/2004, *sempre que a contra-ordenação resulte da omissão de um dever, a aplicação da sanção e o pagamento da coima não dispensa o infractor do seu cumprimento, se este ainda*

“não se vê por que razão não hão-de as consequências jurídicas desta violação ser parificadas às do não cumprimento de um dever de contratar de origem convencional: às do não cumprimento de um contrato-promessa (com eficácia meramente obrigacional) na verdade, sem considerarmos decisivo o argumento literal que se possa extrair da epígrafe e do teor do artigo 830.º, n.º 1, julgamos que a possibilidade de execução específica, com substituição da declaração de vontade devida pela intervenção do tribunal, não depende decisivamente do fundamento voluntário do dever de contratar, mas é, antes, a aplicação à violação do dever em causa do princípio geral da tutela do credor em forma específica. Também quando o dever de contratar tiver origem legal, não vemos, pois, obstáculo decisivo à aplicação, directa ou por analogia, das normas relativas ao contrato-promessa, incluindo as relativas à possibilidade de execução específica (artigo 830.º do Código Civil).”

Apesar de não existir unanimidade na doutrina quanto à aplicação do artigo 830.º nos casos onde existe um dever legal de contratar,⁶¹ concordamos com a solução apresentada por PAULO MOTA PINTO. Este entendimento é aquele que melhor protege os legítimos interesses da vítima de discriminação.

A par deste *dever primário de contratar* poderá existir um *dever secundário de indemnizar*. Como refere PAULO MOTA PINTO, trata-se de ressarcir o “*interesse resultante do atraso ou do não cumprimento do dever de contratar, com um fundamento discriminatório*”.⁶² Esta solução, benéfica para as vítimas de discriminação, protege o lesado quer por causa do *interesse na prestação*, quer por causa do *interesse na integridade*. Assim, da violação de vínculos obrigacionais por motivos discriminatórios – violação que pode resultar especialmente da falta de cumprimento de obrigações provenientes de contratos e da lei – resulta responsabilidade contratual, a qual, conjuntamente com a responsabilidade aquiliana, institui um campo de protecção do indivíduo vítima de discriminação bastante abrangente.

Por outro lado, a manifestação dos efeitos práticos dos negócios jurídicos deve ser conforme ao Direito, devendo as declarações de vontade vertidas respeitar as exi-

for possível. Mais uma vez, lamentamos que estes diplomas legais estejam destinados apenas aos casos de discriminação baseada na raça, cor, nacionalidade ou origem étnica.

⁶⁰ PINTO, Paulo Mota, “Autonomia Privada e Discriminação...”, in loc. cit., p. 360.

⁶¹ Cfr. PINTO, Paulo Mota, “Autonomia Privada e Discriminação...”, in loc. cit., p. 360, nota de rodapé n.º 91.

⁶² PINTO, Paulo Mota, “Autonomia Privada e Discriminação...”, in loc. cit., 361. O Autor afirma ainda pela possibilidade de existir responsabilidade pré-contratual.

gências legais de não discriminação. Quando os negócios jurídicos encerram em si uma carga discriminatória a consequência legal será a nulidade.⁶³

5. A jurisprudência

Quanto a casos de discriminação inexistem decisões jurisprudenciais e consequentemente torna-se impossível estabelecer uma relação entre as normas do Código Civil relevantes em termos de protecção contra a discriminação e a efectivação da sua protecção pela via judicial.

Não podemos esquecer que o particular, nas suas relações privadas pode acordar o modo de reparar o mal. Em sentido inverso, no direito penal os delitos que atentam contra os bens jurídicos fundamentais deverão ser encaminhados para a alçada do tribunal. E mesmo as decisões judiciais relativas a crimes praticados com base no preenchimento dos tipos de ilícitos previstos no artigo 240.º, ou noutros tipos de crime praticados com propósitos discriminatórios são parcas.⁶⁴

Na impossibilidade de atender à jurisprudência dos tribunais superiores, pela sua inexistência, subsiste a importância de mencionar a mais recente sentença respeitante a um caso de discriminação, datada de 18 de Março de 2016,⁶⁵ na qual o arguido/demandado foi condenado pela prática de um crime de ofensas à integridade física qualificada (artigos 143.º, n.º 1, 145.º, n.º 1 al a) e 2, e 132.º n.º 1 e 2, al. f), do Código Penal), bem como a pagar a respectiva indemnização civil ao demandante.

⁶³ Cfr. PINTO, Paulo Mota, “Autonomia Privada e Discriminação...”, in loc. cit., p. 362 e 363. Como refere o Autor quando estamos perante negócios jurídicos discriminatórios, os quais são “celebrados em violação da proibição de discriminação (com conteúdo discriminatório ou fixado em violação da proibição da discriminação)”, a cominação legal aplicável será a nulidade em virtude de se tratar de negócios jurídicos “contrários à lei ou, pelo menos, à ordem pública [...] Não fica, porém, excluída a possibilidade de redução teleológica do negócio, nem o direito da contraparte discriminada optar pela nulidade total ou de se afastar do negócio devido à discriminação, sem admissão de prova de uma vontade hipotética em sentido contrário”.

⁶⁴ Cfr. BELEZA, Teresa Pizarro, ECRI'S ROUNDTABLE IN PORTUGAL – Theme III-The Fight for Equality- Implementing anti-discrimination laws: Desenvolvimentos recentes da legislação portuguesa anti-discriminação, 26 de Fevereiro de 2003, disponível no sítio da internet www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/tpb_MA_2051.doc, acessos em 10 Maio 2016, MONTEIRO, Bruno Filipe Lima, “O Discurso do Ódio Online – Conclusões do Projecto Internacional de Investigação Jurídica da ELSA em parceria com o Conselho da Europa” in *II Jornada Internacional de Direitos Humanos*, Direitos Humanos – Centro de Investigação Interdisciplinar Escola de Direito da Universidade do Minho Campus Gualtar, 2014, p. 9 e MEIRA, Miguel Salgueiro, “Limites à liberdade de expressão nos discursos de incitamento ao ódio”, disponível no sítio da internet http://www.verbojuridico.com/doutrina/2011/miguelmeira_limitesliberdadeexpressao.pdf, acessos em 10 Maio 2016.

⁶⁵ Sentença do Tribunal Judicial da Comarca de Beja, Instância Local de Beja, Secção Criminal, J1.

Em síntese, o tribunal considerou como factos provados que o arguido/demandado, agente da PSP, disparou um projectil de uma espingarda “pressão de ar” contra um indivíduo de etnia cigana após este ter ido à sua casa, proferindo de seguida e na direcção da vítima a expressão: “*Tenho um ódio aos ciganos, e à vossa raça, que se pudesse matava-os a todos*”. Entendeu o tribunal que “*o arguido agiu do modo descrito motivado por sentimentos de ódio racial a indivíduos de etnia cigana*” e que este episódio causou na vítima “*perturbação e receio*”.

Quanto ao pedido civil, o tribunal apresenta na sua fundamentação que a ilicitude resulta da violação do disposto no n.º 1, do artigo 70.º, sem, no entanto, mencionar qual das cláusulas de ilicitude do artigo 483.º se encontra preenchida, subentendendo-se que será a primeira. Assim, “*o arguido constitui-se em responsabilidade civil por factos ilícitos e, conseqüentemente, na obrigação de indemnizar os danos sofridos pelo demandante, nos termos do artigo 483.º do Código Civil*”, danos, esses, não patrimoniais que pela sua gravidade justificam ser indemnizados. Apesar de se tratar de uma indemnização considerável – dez mil euros – o tribunal apenas menciona como danos não patrimoniais indemnizáveis a dor física e as posteriores consequências da perfuração, bem como a instabilidade emocional e o medo “*sentidos pelo demandante quer no decurso, quer logo após a ocorrência dos factos, para o que contribuiu a actividade profissional do arguido*”, optando por omitir qualquer referência a danos resultantes da expressão discriminatória proferida pelo arguido/demandado.

Esta omissão, em parte, vem ao encontro do que se sucede nas decisões criminais. Os tribunais, tanto na primeira instância como nas instâncias superiores, demonstram dificuldade em atender às motivações discriminatórias no momento da qualificação, mesmo quando as mesmas são evidentes.⁶⁶ Em abono da verdade, a condenação pela prática de um crime de ofensas à integridade simples foi qualificada, correspondendo essa qualificação às motivações discriminatórias do arguido/demandado. Todavia, na fundamentação da responsabilidade civil não existe qualquer referência a danos derivados dos sentimentos de ódio manifestados pelo arguido/demandado.

⁶⁶ A este respeito vide Ac.STJ, de 23 de Março de 2004, Proc. 04P2360, relator Conselheiro Santos Carvalho, disponível no sitio da internet <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/67ad8c67864b506580256f07004d7316?OpenDocument&Highlight=0,04P2360>, acessos em 14 Maio 2016 e Ac.STJ, de 29 de Outubro de 1998, Proc. n.º 672/98, Relator Conselheiro Mota e Costa, disponível no sitio da internet <http://www.stj.pt/ficheiros/jurisprudencias/sumarios/criminal/criminal1998.pdf>, acessos em 14 Maio 2016.

6. Conclusão

A preservação de qualquer sociedade democrática, pluralista e tolerante está dependente dos seus institutos jurídicos e das formas processuais de os colocar em prática. Vários factores e diversos comportamentos humanos atentam contra a paz social e o bem-estar comum. O ódio e cargas valorativas discriminatórias, bem como as suas motivações, colidem frontalmente com os princípios basilares dos Estados de direito democrático.

Esta incompatibilidade entre paz social e discriminação, entre tolerância e ódio, entre diversidade e segregação, obriga todos os Estados a resguardar, por via legislativa, a sociedade contra comportamentos discriminatórios.

Do ponto de vista social e da manutenção da ordem social, torna-se fundamental banir ou impedir a prossecução de ideais e ideologias apegados a sentimentos e comportamentos discriminatórios. Se um homem, de forma livre, consciente e responsável, não tenciona respeitar a diversidade e diferença, optando por empreender um comportamento discriminatório, deverá responder pelos danos causados, quer relativamente vítimas directas como à sociedade no seu todo. E esta resposta não pode ser apenas relegada para ramos do direito como, designadamente, o direito penal, o direito de mera ordenação social ou o direito do trabalho. Também o direito civil deve dar resposta aos problemas relacionados com a discriminação.

Assim, o Código Civil Português, em consonância com a Constituição, regula através dos seus institutos jurídicos as principais consequências resultantes da discriminação. Não estamos perante um Direito Civil Constitucional, como alguns autores tanto apregoam como necessário, porém nada obsta a que o direito civil actual dê a devida resposta a inúmeros hipotéticos casos de discriminação.

Bibliografia e netgrafia

- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3.ª Edição, Universidade Católica, 2015
- AMARAL, Diogo Freitas do, *Uma Introdução à Política*, Bertrand Editora, 2014
- ASCENSÃO, José Oliveira, “A Dignidade da Pessoa e o Fundamento dos Direitos Humanos”, disponível no sítio da internet http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idsc=71981&ida=72386, acessos em 02 Maio 2016
- BELEZA, Maria dos Prazeres Pizarro, “O processo especial de tutela da personalidade, no Código de Processo Civil”, in *JURISMAT – Revista Jurídica*, n.º 5, 2014
- BELEZA, Teresa Pizarro, ECRI’S ROUNDTABLE IN PORTUGAL – Theme III-The Fight for Equality - Implementing anti-discrimination laws: Desenvolvimentos recentes da legislação portuguesa anti-discriminação, 26 de Fevereiro de 2003, disponível no sítio da internet www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/tpb_MA_2051.doc, acessos em 10 Maio 2016
- BELEZA, Teresa Pizarro e MELO, Helena Pereira de, “Discriminação e contra-discriminação em razão da orientação sexual no direito português”, in *Revista do Ministério Público*, ano 31, n.º 123, 2010
- CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional*, 6.ª Edição revista, Almedina, 1993
- CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de Direito Civil – Tomo VI – Direito das Obrigações (Introdução, Sistema e Direito Europeu, Dogmática Geral)*, 2.ª Edição revista e actualizada, Almedina, 2012
- COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Direito das Obrigações*, 12.ª Edição revista e actualizada, Almedina, 2014
- COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Noções Fundamentais de Direito Civil*, 6.ª Edição revista e actualizada, Almedina, 2013
- CUNHA, Paulo Ferreira da, *Direitos Fundamentais – Fundamentos & Direitos Sociais*, QuidJuris, 2014
- DUNEM, Francisca Van, “A Discriminação em função da raça na lei penal”, in *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, org. Jorge de Figueiredo Dias [et al.], Coimbra Editora, 2001
- GOMES, Júlio, *Uma função punitiva para a responsabilidade civil e uma função reparatória para a responsabilidade penal?*, Revista de Direito e Economia (separata), Universidade de Coimbra, 1989
- GOUVEIA, Jorge Bacelar, “A Lei da Anti-discriminação Racial no Novo Direito Português da Igualdade Social: Breves reflexões sobre o sentido e a estrutura da Lei n.º 134/99, de 28 de Agosto”, in *Thémis*, Revista da Faculdade de Direito da UNL, ano 3.º, n.º 5, 2002
- HÖRSTER, Heinrich Eward, *A Parte Geral do Código Civil Português – Teoria Geral do Direito Civil*, 9.ª Reimpressão da Edição de 1992, Almedina, 2014

- LAGES, Mário “Discriminação”, in *Polis – Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*, Vol. II, 2.^a Edição revista e actualizada, Verbo, 1998
- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações, Vol. I – Introdução, da Constituição das Obrigações*, 13.^a Edição, Almedina, 2016
- LEITE, André Lamas, “Direito Penal e discriminação religiosa – subsídios para uma visão humanista”, in *O Direito*, ano 144, n.º 4, Coimbra, 2012
- LIMA, Pires de, VARELA, Antunes, *Código Civil Anotado*, Vol. I, 4.^a Edição revista e actualizada, Coimbra Editora, 1987
- MACHADO, Jónatas, E. M., *Liberdade de Expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*, Coimbra Editora (Studia Iuridica 65), 2002
- MARQUES, João Paulo Remédio, “Alguns aspectos processuais da tutela da personalidade humana no novo Código de Processo Civil de 2013”, disponível no sitio da internet http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/ProcessoCivil/Reforma_do_processo_civil.pdf, acessos em 12 Maio 2016
- MEIRA, Miguel Salgueiro, “Limites à liberdade de expressão nos discursos de incitamento ao ódio”, disponível no sitio da internet http://www.verbojuridico.com/doutrina/2011/miguelmeira_limitesliberdadeexpressao.pdf, acessos em 10 Maio 2016
- MONTEIRO, Bruno Filipe Lima, “O Discurso do Ódio Online – Conclusões do Projecto Internacional de Investigação Jurídica da ELSA em parceria com o Conselho da Europa” in *II Jornada Internacional de Direitos Humanos*, Direitos Humanos – Centro de Investigação Interdisciplinar Escola de Direito da Universidade do Minho Campus Gualtar, 2014
- PEREIRA, Manuel das Neves, *Introdução ao Direito e às Obrigações*, 4.^a Edição, Almedina, 2015
- PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.^a Edição, Coimbra Editora, 2005
- PINTO, Paulo Mota, “Autonomia Privada e Discriminação – algumas notas”, in *Estudos em homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*, Vol. II, Coimbra Editora, 2005
- RIBEIRO, Maria de Fátima, *Comentário ao Código Civil – Parte Geral*, Coord. Luís Carvalho Fenandes et. al., Universidade Católica Editora, 2014
- TELLES, Inocêncio Galvão, *Direito das Obrigações*, 7.^a Edição, Coimbra Editora, 2010
- VARELA, João de Matos Antunes, *Das Obrigações em Geral – Vol. I*, 9.^a Edição, Almedina, 1996