DIREITOS DOS HOMOSSEXUAIS E NORMAS ANTIDISCRIMINAÇÃO

Sandra Passinhas
Assistente Convidada, Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Portugal

Resumo: O texto publicado questiona a existência e os limites de um princípio geral de proibição de não discriminação em razão da orientação sexual no âmbito das relações negociais. Em virtude do quadro regulatório português, faremos, em primeiro lugar, uma breve análise do regime específico da proibição de discriminação no âmbito do emprego e da actividade profissional, tendo sobretudo em conta a jurisprudência recente do Tribunal de Justiça da União Europeia. Em segundo lugar, reflectiremos sobre o regime geral da proibição de discriminação na escolha da contraparte negocial. Partindo da premissa de que o bem protegido não é a igualdade entre as partes contratantes mas a personalidade, e a dignidade, de cada parte negocial, defenderemos que, no âmbito contratual, estamos perante 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.

Palavras-chave: igualdade; direito a não ser discriminado; directivas antidiscriminação.

O objecto da nossa intervenção será a existência e os limites de um princípio geral de proibição de não discriminação em razão da orientação sexual no âmbito das relações negociais. A regulamentação existente em Portugal exige, todavia, que dividamos a nossa exposição em duas partes: começaremos por analisar o regime específico da proibição de discriminação no âmbito do emprego e da actividade profissional, para depois nos debruçarmos sobre a proibição de discriminação na escolha da contraparte negocial, em geral.

No que se refere ao primeiro aspecto, *não podemos compreender* a proibição de discriminação em razão da orientação sexual sem considerarmos,

em primeiro lugar, o Direito da União Europeia e a sua influência sobre o direito interno português.

Se a acção da União Europeia no campo da não discriminação começou por se centrar essencialmente no âmbito da nacionalidade e do género, e em aspectos relacionados sobretudo com o emprego e a educação, desde a Directiva 2000/78/CE do Conselho, de 27 de Novembro de 2000, que se verificou um alargamento do quadro protector: esta Directiva "*tem por objecto estabelecer um quadro geral para lutar contra a discriminação em razão da religião ou das convicções, de uma deficiência, da idade ou da orientação sexual, no que se refere ao emprego e à actividade profissional, com vista a pôr em prática nos Estados-Membros o princípio da igualdade de tratamento*".

A regulamentação europeia, e que se encontra transposta no Código do Trabalho português, parte da distinção entre *discriminação directa*, quando uma pessoa seja objecto de um tratamento menos favorável do que aquele que é, tenha sido ou possa vir a ser dado a outra pessoa em situação comparável, e *discriminação indirecta*. Existe discriminação indirecta sempre que uma disposição, critério ou prática aparentemente neutra seja susceptível de colocar numa situação de desvantagem pessoas com uma determinada religião ou convicções, com uma determinada deficiência, pessoas de uma determinada classe etária ou pessoas com uma determinada orientação sexual, comparativamente com outras pessoas, a não ser que: i) essa disposição, critério ou prática sejam objectivamente justificados por um objectivo legítimo e que os meios utilizados para o alcançar sejam adequados e necessários, ou que, ii) relativamente às pessoas com uma determinada deficiência, a entidade patronal, ou qualquer pessoa ou organização a que se aplique a presente directiva, seja obrigada, por força da legislação nacional, a tomar medidas adequadas, de acordo com os princípios previstos no artigo 5.º, a fim de eliminar as desvantagens decorrentes dessa disposição, critério ou prática.

O legislador europeu teve ainda o cuidado de esclarecer que uma instrução no sentido de discriminar pessoas por um dos motivos referidos no artigo 1.º do artigo 2.º da Directiva é considerada discriminação, bem como de qualificar como discriminação o assédio, ou seja, um comportamento indesejado relacionado com um dos motivos referidos no artigo 1.º, com o objectivo ou o efeito de violar a dignidade de uma pessoa e de criar um ambiente de trabalho intimidativo, hostil, degradante, humilhante ou desestabilizador.

O âmbito de aplicação da Directiva, que abrange todas as pessoas, tanto no sector público como no privado, incluindo os organismos públicos, no que diz respeito: a) Às condições de acesso ao emprego, ao trabalho independente ou à actividade profissional, incluindo os critérios de selecção e as condições de contratação, seja qual for o ramo de actividade e a todos os níveis da hierarquia

profissional, incluindo em matéria de promoção; b) Ao acesso a todos os tipos e a todos os níveis de orientação profissional, formação profissional, formação profissional avançada e reconversão profissional, incluindo a aquisição de experiência prática; c) Às condições de emprego e de trabalho, incluindo o despedimento e a remuneração; d) À filiação ou envolvimento numa organização de trabalhadores ou patronal, ou em qualquer organização cujos membros exerçam uma profissão específica, incluindo as regalias concedidas por essas organizações.

É ressalvado, contudo, no artigo 4.º da Directiva que os Estados-Membros podem prever que uma diferença de tratamento baseada numa característica relacionada com qualquer dos motivos de discriminação referidos no artigo 1.º não constituirá discriminação sempre que, em virtude da natureza da actividade profissional em causa ou do contexto da sua execução, essa característica constitua um requisito essencial e determinante para o exercício dessa actividade, na condição de o objectivo ser legítimo e o requisito proporcional.

Os Estados-Membros podem ainda, nos termos do artigo 7.º, e a fim de assegurar a plena igualdade na vida activa, manter ou adoptar medidas específicas destinadas a prevenir ou compensar desvantagens relacionadas com qualquer dos motivos de discriminação referidos no artigo 1.º, falamos da acção positiva.

Em termos acessórios, a Directiva regula ainda a defesa dos direitos das vítimas de discriminação, determinando que "Os Estados-Membros tomam as medidas necessárias para assegurar que todas as pessoas que se considerem lesadas pela não aplicação, no que lhes diz respeito, do princípio da igualdade de tratamento, possam recorrer a processos judiciais e/ou administrativos, incluindo, se considerarem adequado, os processos de conciliação, para exigir o cumprimento das obrigações impostas pela presente directiva, mesmo depois de extintas as relações no âmbito das quais a discriminação tenha alegadamente ocorrido." Note-se que s Estados-Membros tomam as medidas necessárias para que as associações, organizações e outras entidades legais que, de acordo com os critérios estabelecidos na respectiva legislação nacional, possuam um interesse legítimo em assegurar o cumprimento do disposto na presente directiva, possam intervir em processos judiciais e/ou administrativos previstos para impor o cumprimento das obrigações impostas pela presente directiva, em nome ou em apoio da parte demandante, e com a aprovação desta. Em termos de protecção contra actos de retaliação, o artigo 11.º determina que os Estados-Membros introduzem nos seus sistemas legais as medidas necessárias para proteger os trabalhadores contra o despedimento ou outras formas de tratamento desfavoráveis adoptadas pela entidade patronal em reacção a uma queixa a nível da empresa ou a uma acção judicial destinada a exigir o cumprimento do princípio da igualdade de tratamento.

Por último, e em termos processuais, relativamente ao ónus da prova, o artigo 10.º determina que os Estados-Membros tomam as medidas necessárias,

de acordo com os respectivos sistemas judiciais, para assegurar que, quando uma pessoa que se considere lesada pela não aplicação, no que lhe diz respeito, do princípio da igualdade de tratamento apresentar, perante um tribunal ou outra instância competente, elementos de facto constitutivos da presunção de discriminação directa ou indirecta, incumba à parte requerida provar que não houve violação do princípio da igualdade de tratamento.

Esta Directiva é, frequentemente, objecto de interpretação junto do Tribunal de Justiça da União Europeia, em virtude de reenvio prejudicial. Ainda que os casos mais numerosos digam respeito à discriminação em razão da idade, o Tribunal pronunciou-se sobre a discriminação em razão da orientação sexual no Processo C-81/12, *Asociaţia ACCEPT contra Consiliul Naţional pentru Combaterea Discriminării,* em 25 de Abril de 2013.

1 (...)

2 Este pedido foi apresentado no âmbito de um litígio que opõe a Asociaţia ACCEPT (a seguir «Accept») ao Consiliul Naţional pentru Combaterea Discriminării (Conselho nacional de luta contra as discriminações, a seguir «CNCD») a respeito da decisão deste último que indeferiu parcialmente uma queixa apresentada na sequência de declarações públicas, proferidas por uma pessoa que se apresenta e é vista pela opinião pública como dirigente de um clube de futebol profissional, que excluem a contratação por esse clube de um futebolista apresentado como sendo homossexual.

Litígio no processo principal e questões prejudiciais

- 24 Em 3 de março de 2010, a Accept, organização não governamental cujo objeto é promover e proteger os direitos de lésbicas, *gay,* bissexuais e transexuais, apresentou queixa contra G. Becali e o SC Fotbal Club Steaua Bucureşti SA (a seguir «FC Steaua»), alegando que o princípio da igualdade de tratamento tinha sido violado em matéria de recrutamento.
- 25 Em apoio da sua queixa, a Accept sustentou que, no contexto de uma entrevista relativa à eventual transferência de um futebolista profissional, X, e à alegada orientação sexual deste, G. Becali tinha proferido, em 13 de fevereiro de 2010, declarações cujo conteúdo é reproduzido na primeira questão submetida no presente pedido de decisão prejudicial. Decorre designadamente dessas declarações que, em vez de contratar um futebolista apresentado como sendo homossexual, G. Becali teria preferido recorrer a um jogador da equipa júnior. Segundo a Accept, as alegações dos jornalistas, reforçadas por G. Becali, segundo as quais X seria homossexual, fizeram fracassar a celebração de um contrato de trabalho com esse jogador.

Litígio no processo principal e questões prejudiciais

- 26 A Accept sustenta que G. Becali cometeu uma discriminação direta baseada na orientação sexual, violando o princípio da igualdade em matéria de recrutamento e atentando contra a dignidade dos homossexuais.
- 27 Quanto ao outro recorrido no processo no CNCD, a saber, o FC Steaua, a Accept alegou que, apesar do facto de as declarações de G. Becali terem sido difundidas nos *media,* em nenhum momento esse clube de futebol se demarcou dessas declarações. Pelo contrário, o advogado do FC Steaua confirmou que essa política era seguida no clube em matéria de contratação de jogadores, com o argumento de que «a equipa é uma família» e que a presença nesta de um homossexual «criaria tensões na equipa e entre os espetadores». Além disso, a Accept considera que, no momento em que G. Becali proferiu as declarações em causa, ainda era acionista do FC Steaua.
- 28 Por decisão de 13 de outubro de 2010, o CNCD considerou, designadamente, que a situação em causa no processo principal não se incluía no âmbito de aplicação de uma eventual relação de trabalho. As declarações de G. Becali não podiam, segundo o CNCD, ser consideradas provenientes de um empregador ou do seu representante legal, ou de uma pessoa encarregada do recrutamento, ainda que G. Becali tivesse, à data das declarações em causa, a qualidade de acionista do FC Steaua.
- 29 Todavia, o CNCD considerou que as declarações de M. Becali constituíam uma discriminação sob forma de assédio. Assim, sancionou este último com uma admoestação, única sanção então possível, em conformidade com o artigo 13.°, n.° 1, do DG n.° 2/2001, uma vez que a decisão do CNCD foi proferida mais de seis meses após a data em que os factos em causa ocorreram.
- 30 A Accept recorreu desta decisão para o órgão jurisdicional de reenvio, pedindo, no essencial, antes de mais, a anulação da mesma, em seguida, que seja nomeadamente declarado que os factos em causa se inserem no domínio laboral e que ficou provada a existência de factos que permitem presumir a existência de uma discriminação e, por último, que seja aplicada uma sanção pecuniária em vez da admoestação.
- 31 O órgão jurisdicional de reenvio considera que o acórdão do Tribunal de Justiça de 10 de julho de 2008, Feryn (Em que o dono de uma empresa disse num canal de televisão que não contrataria estrangeiros para a sua empresa, porque os clientes a quem eram

vendidos os produtos e prestados os serviços não gostavam de estrangeiros em suas casas), não é suficientemente claro quando as declarações discriminatórias provêm de uma pessoa que, juridicamente, não pode vincular a sociedade que recruta o pessoal, mas que, atendendo aos seus laços estreitos com essa sociedade, pode influenciar de forma decisiva a decisão desta ou, pelo menos, ser vista como uma pessoa que pode influenciar de forma decisiva esta decisão.

- 32 O órgão jurisdicional de reenvio considera que, em todo o caso, a relação entre o FC Steaua e G. Becali é atípica. Com efeito, do ponto de vista jurídico, este vendeu as ações que detinha no FC Steaua em 8 de fevereiro de 2010, tendo essa venda sido inscrita no Registo Comercial em 23 de fevereiro seguinte, ao passo que as declarações discriminatórias datam de 13 de fevereiro de 2010. Ora, resulta dos autos de que o Tribunal de Justiça dispõe que, no direito romeno, a venda de ações só é oponível a terceiros a partir da data em que seja publicada mediante a respetiva inscrição no Registo Comercial. Segundo o órgão jurisdicional de reenvio, após ter vendido as suas ações, G. Becali não mudou de atitude nas suas aparições públicas e continuou a designarse o «comanditário» do FC Steaua. Nestas condições, pelo menos no «imaginário» coletivo, teria conservado as mesmas relações com o FC Steaua que antes da venda das suas ações.
- 33 Além disso, o órgão jurisdicional de reenvio interrogase, no essencial, sobre se, no quadro da repartição do ónus da prova previsto no artigo 10.° da Diretiva 2000/78, a obrigação de um clube de futebol profissional demonstrar a inexistência de discriminação baseada na orientação sexual podia revelarse impossível de cumprir na prática, na medida em que a prova do facto de que tal clube contratou jogadores sem ter em conta a sua orientação sexual podia, segundo esse órgão jurisdicional, violar o direito ao respeito pela vida privada.
- Nestas condições, a Curtea de Apel Bucureşti decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:
- «1) As disposições do artigo 2.°, n.° 2, alínea a), da Diretiva 2000/78[...] são aplicáveis no caso em que um acionista de [um clube] de futebol, que se apresenta e é considerado pelos *[media]* e no meio social como o principal dirigente ('patrão') [desse clube] de futebol, declara aos [*media*] o seguinte:
- 'Nem que tivesse de fechar o [FC] Steaua admitiria na equipa um homossexual. Os rumores são rumores, mas como é que se escreve qualquer coisa do género se não é verdade e, ainda por cima, se põe na

primeira página... Talvez não seja verdade que (o jogador de futebol [...] X [...]) é homossexual. E se pelo contrário o fosse? Não há lugar para um *gay* na minha família e o [FC] Steaua é a minha família. É melhor jogar com um jogador júnior do que com um *gay*. Ninguém me pode obrigar a trabalhar com qualquer um. Tal como eles têm direitos, também eu tenho o direito de trabalhar com quem entendo'.

- 'Nem que tivesse de fechar o [FC] Steaua, admitiria na equipa um homossexual. Talvez não seja verdade que é homossexual, mas se pelo contrário o fosse? Não existe lugar para um *gay* na minha família e o [FC] Steaua é a minha família. Em vez de ter um homossexual em campo, é melhor admitir um júnior. Não se trata de discriminação. Ninguém me pode obrigar a trabalhar com qualquer um. Tal como eles têm direitos, também eu tenho o direito de trabalhar com quem entendo. Mesmo que Deus me dissesse em sonhos que é 100% certo que X não é homossexual, não o admitiria! Nos jornais escreveuse demasiado que é homossexual. Mesmo que o [clube atual do jogador X] mo desse grátis não o admitiria! Poderia também ser o maior desordeiro e o maior bêbado... mas se é homossexual não quero mais ouvir falar'?
- 2) Em que medida as declarações acima referidas podem ser [qualificadas de] 'elementos de facto constitutivos da presunção de discriminação direta ou indireta', na aceção do artigo 10.°, n.° 1, da Diretiva 2000/78, no que respeita à demandada [FC Steaua]?
- 3) Em que medida existe uma *probatio diabolica* se no processo se inverte o ónus da prova previsto no artigo 10.°, n.° 1, da Diretiva 2000/78[...] e à demandada [FC] Steaua é pedido para demonstrar que não existiu violação do princípio da igualdade de tratamento, em particular que a contratação não está ligada à orientação sexual?
- 4) A impossibilidade de aplicar a sanção contraordenacional de coima nos processos de discriminação depois de decorrido o prazo de prescrição de [seis] meses a contar da data em que foi praticado o facto, nos termos do artigo 13.°, n.° 1, do [DG] n.° 2/2001, está em conflito com o artigo 17.° da Diretiva 2000/78, considerando que as sanções nos casos de discriminação devem ser efetivas, proporcionadas e dissuasivas?»

Quanto às questões 1 e 2:

- 44 A este respeito, importa observar que decorre dos artigos 1.° e 3.°, n.° 1, alínea a), da Diretiva 2000/78 que esta é aplicável nas situações como a que está na origem do litígio no processo principal, que dizem respeito, em matéria de emprego e atividade profissional, a declarações que têm por objeto «as condições de acesso ao emprego,

incluindo [...] as condições de contratação».

- 45 Continua a ser irrelevante a este propósito o facto, sublinhado no âmbito do processo principal, de o sistema de contratação de futebolistas profissionais não se basear numa proposta pública ou numa negociação direta na sequência de um processo de seleção que admita a apresentação de candidaturas e uma préseleção destas à luz do seu interesse para o empregador. Com efeito, resulta de jurisprudência assente do Tribunal de Justiça que, tendo em conta os objetivos da União, o exercício dos desportos inserese no direito da União, na medida em que constitui uma atividade económica. É esse o caso da atividade dos jogadores profissionais ou semiprofissionais de futebol, uma vez que exercem uma atividade assalariada ou efetuam prestações de serviços remuneradas.
- 46 Como observa, no essencial, o órgão jurisdicional de reenvio, no litígio específico que deu origem ao acórdão Feryn, tratase de declarações que decorrem de um dos diretores da sociedade Feryn NV tendo, como decorre designadamente da formulação de questões prejudiciais submetidas no processo que deu origem ao referido acórdão, a capacidade jurídica de determinar a política de recrutamento dessa sociedade.
- 47 Todavia, o acórdão Feryn, não exige que, para se provar a existência de «elementos de facto constitutivos da presunção de discriminação», em conformidade com o artigo 10.°, n.° 1, da Diretiva 2000/78, o autor das declarações relativas à política de recrutamento de uma entidade determinada deve necessariamente dispor da capacidade jurídica de definir diretamente essa política ou ainda de vincular ou representar essa entidade em matéria de recrutamento.
- 48 Com efeito, o simples facto de declarações como as que estão em causa no processo principal não emanarem diretamente de um requerido determinado não obsta necessariamente a que seja possível provar, relativamente a essa parte, a existência de «elementos de facto constitutivos da presunção de discriminação», na aceção do artigo 10.°, n.° 1, da referida diretiva.
- 49 Daqui decorre que um empregador demandado não pode refutar a existência de factos que permitam presumir que segue uma política de recrutamento discriminatória ao limitarse a defender que as declarações sugestivas da existência de uma política de recrutamento homofóbica emanam de uma pessoa que, apesar de afirmar e parecer desempenhar um papel importante na gestão deste empregador, não é juridicamente capaz de o vincular em matéria de recrutamento.

- 50 Numa situação como a que está na origem do litígio no processo principal, o facto de esse empregador não se ter claramente demarcado das declarações em causa constitui um elemento que a instância competente pode ter em conta no quadro de uma apreciação global dos factos.
- 51 A este respeito, há que recordar que a perceção do público ou dos meios em causa podem constituir indícios pertinentes para a apreciação global das declarações em causa no processo principal.
- 52 Além disso, ao invés do que o CNCD deixou transparecer nas suas observações quer escritas quer orais submetidas ao Tribunal de Justiça, a circunstância de um clube de futebol profissional como o que está em causa no processo principal não ter encetado nenhuma negociação tendo em vista o recrutamento de um desportista apresentado como sendo homossexual não exclui a possibilidade de que factos que permitam presumir a existência de uma discriminação praticada por esse clube possam ser considerados provados.
- 53 Em face do exposto, há que responder à primeira e segunda questões que os artigos 2.º, n.º 2, e 10.º, n.º 1, da Diretiva 2000/78, devem ser interpretados no sentido de que factos como os que estão na origem do litígio no processo principal são suscetíveis de serem qualificados de «elementos de facto constitutivos da presunção de discriminação» relativamente a um clube de futebol profissional, quando as declarações em causa sejam de uma pessoa que se apresenta e é vista, nos *media* e na sociedade, como sendo o principal dirigente desse clube, sem, no entanto, dispor necessariamente da capacidade jurídica de o vincular ou de o representar em matéria de recrutamento.

Quanto à 3.ª questão

- 57 Para inverter a presunção simples cuja existência pode resultar do artigo 10.º, n.º 1, da Diretiva 2000/78, não é necessário que um requerido prove que pessoas de uma determinada orientação sexual foram recrutadas no passado, sendo essa exigência efetivamente suscetível, em certas circunstâncias, de violar o direito ao respeito da vida privada.
- 58 No quadro da apreciação global que caberia então à instância nacional competente efetuar, a aparência de discriminação baseada na orientação sexual podia ser refutada a partir de um conjunto de indícios concordantes. Como a Accept alegou, no essencial, entre esses indícios podiam figurar designadamente uma reação do requerido em causa no sentido de uma demarcação clara relativamente às declarações públicas na origem da aparência de discriminação assim como a existência de

disposições expressas em matéria de política de recrutamento dessa parte para efeitos de assegurar o respeito do princípio da igualdade de tratamento na aceção da Diretiva 2000/78.

- 59 Em face do exposto, há que responder à terceira questão que o artigo 10.°, n.° 1, da Diretiva 2000/78, deve ser interpretado no sentido de que, na hipótese de factos como os que estão na origem do processo principal serem qualificados de «elementos de facto constitutivos da presunção de discriminação» baseada na orientação sexual quando do recrutamento de jogadores por um clube de futebol profissional, o ónus da prova conforme repartido no artigo 10.°, n.° 1, da Diretiva 2000/78 não leva a exigir uma prova impossível de produzir sem violar o direito ao respeito da vida privada.

Quanto à 4.ª questão

- 69 Todavia, compete no caso em apreço ao órgão jurisdicional de reenvio verificar se uma sanção como uma mera admoestação é adequada a uma situação como a que está em causa no processo principal. A este respeito, a simples existência de uma ação de responsabilidade civil nos termos do artigo 27.° do DG n.° 137/2000, cujo prazo é de três anos, não pode, enquanto tal, suprir eventuais insuficiências, no plano da efetividade, da proporcionalidade ou do caráter dissuasivo da sanção, constatados pelo referido órgão jurisdicional à luz da situação exposta no n.° 66 do presente acórdão. Com efeito, como a Accept alegou quando da audiência no Tribunal de Justiça, quando uma associação do tipo das visadas no artigo 9.°, n.° 2, da Diretiva 2000/78 não age em nome de vítimas determinadas de uma discriminação, pode revelarse difícil demonstrar a existência de um prejuízo dessa associação na aceção das regras do direito nacional pertinentes.
- 70 Além disso, sendo certo que, como alega a Accept, a sanção que consiste numa admoestação é, em princípio, unicamente aplicada, na ordem jurídica romena, no caso de infrações menores, essa circunstância pode sugerir que essa sanção não é adequada à gravidade de uma violação do princípio da igualdade de tratamento na aceção da referida diretiva.
- 72 Assim, se for caso disso, no litígio no processo principal, compete ao órgão jurisdicional de reenvio apreciar, designadamente, se, como a Accept sugere, o artigo 26.°, n.° 1, do DG n.° 137/2000 pode ser interpretado no sentido de que o prazo de prescrição de seis meses enunciado no artigo 13.°, n.° 1, do DG n.° 2/2001 não é aplicável às sanções estabelecidas nesse artigo 26.°, n.° 1.

- 73 Em face das considerações precedentes, há que responder à quarta questão que o artigo 17.° da Diretiva 2000/78 deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma regulamentação nacional nos termos da qual, em caso de constatação de uma discriminação baseada na orientação sexual, na aceção desta diretiva, só é possível aplicar uma admoestação como a que está em causa no processo principal quando essa constatação ocorre após expirar um prazo de prescrição de seis meses a contar da data em que os factos se produziram se, em aplicação dessa mesma regulamentação, essa discriminação não for sancionada em condições substantivas e processuais que confiram à sanção um caráter efetivo, proporcionado e dissuasivo. Compete ao órgão jurisdicional de reenvio apreciar se é esse o caso da regulamentação em causa no processo principal e, se for caso disso, interpretar o direito nacional na medida do possível à luz do texto e da finalidade da referida diretiva para alcançar o resultado visado por esta.

Como podemos concluir, este Acórdão dá-nos orientações claras sobre a interpretação do alcance da proibição da discriminação em razão da orientação sexual no âmbito do emprego e da actividade profissional. Vejamos agora a mesma proibição de discriminação quanto à escolha da contraparte negocial, em geral.

Começámos a nossa intervenção referindo que a acção da Uni*ão Europeia no* campo da não discriminação centrava-se essencialmente no campo da nacionalidade e do género, abrangendo sobretudo aspectos relativos ao emprego e à ocupação. O quadro normativo actualmente em vigor revela, todavia, como a União valoriza a equidade e a diversidade, incluindo a igualdade entre os seus valores estruturantes. Ao nível do TFUE, o artigo 10.º determina que, na definição e execução das suas políticas "*a União tem por objectivo combater a discriminação em razão do sexo, raça ou origem étnica, religião ou crença, deficiência, idade ou orientação sexual*", e o artigo 19.º, n.º 1, prevê o procedimento legislativo a adoptar para a tomada das medidas "*necessárias para combater a discriminação em razão do sexo, raça ou origem étnica, religião ou crença, deficiência, idade ou orientação sexual*", bem como para adoptar os princípios de base das medidas de incentivo da União destinadas a contribuir para a realização desse objectivo. No capítulo III da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, dedicado à igualdade, destacamos o artigo 20.º, que afirma o princípio da igualdade perante a lei, e o artigo 21.º, n.º 1, que, numa lista não exaustiva, proíbe a discriminação *"em razão, nomeadamente, do sexo, raça, cor ou origem étnica ou social, características genéticas, língua, religião ou convicções, opiniões políticas ou outras, pertença a uma minoria nacional, riqueza, nascimento, deficiência, idade ou orientação sexual"*.

Neste contexto, cabe referir a proposta de uma diretiva do Conselho que aplica o princípio da igualdade de tratamento entre as pessoas, independentemente da sua religião ou crença, deficiência, idade ou orientação sexual (COM(2008)0426). Seguindo a estrutura de outras directivas anti-discriminação (nomeadamente em função do sexo e da origem racial ou étnica), esta Directiva aplicar-se-ia "a todos, no que diz respeito tanto aos sectores público como privado, incluindo os organismos públicos, no que se referisse: a) à protecção social, incluindo a segurança social e os cuidados de saúde; b) aos benefícios sociais; c) à educação; d) ao acesso e fornecimento de bens e prestação de serviços postos à disposição do público, incluindo a habitação. Neste caso, aplicar-se-ia aos particulares apenas na medida em que estes exercessem uma actividade profissional ou comercial. Por outras palavras, as transacções entre particulares agindo a título privado não ficam abrangidas: arrendar um quarto numa residência privada não recebe o mesmo tratamento do que arrendar quartos no âmbito de um hotel.

Cabe, agora, determinar, o âmbito do direito nacional. O primeiro impulso, cremos, seria situar a questão no plano constitucional. E na verdade, aí encontramos duas disposições que poderiam ser úteis para a questão em apreço: o artigo 13.º da Constituição da República Portuguesa, 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"*. O artigo 26.º, por sua vez, reconhece a todos o direito *"à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação"*. Cremos, todavia, que nas relações negociais entre privados, podemos e devemos prescindir deste debate constitucional. Devemos, desde logo, porque, mesmo para quem defenda a aplicabilidade directa dos direitos fundamentais nas relações entre privados, "*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*"[1].

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. 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

1 Parafraseamos Paulo Mota Pinto, "Autonomia privada e discriminação – Algumas notas", in *Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*, vol. II, Coimbra Editora, 2005, pág. 321.

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.

O conceito de discriminação adoptado pelo nosso legislador parece claro: 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"*, e existe discriminação indirecta quando determinada pessoa seja colocada *"numa situação de desvantagem comparativamente com outras pessoas"*.

No prisma da igualdade de tratamento, 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 comportamente de *A* é o facto de ele, de acordo com o complexo programa contratual em concreto, 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 hipotético* do tratamento daquela pessoa se, por exemplo, outra fosse a sua orientação sexual.

O bem protegido não é a igualdade entre as partes contratantes mas a *personalidade*, e a *dignidade*, de cada parte negocial.

No âmbito contratual, estamos, pois, perante 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. 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 diferentes.

Um comportamento contratual discriminatório deve, pois, ser sancionado porquanto se apresenta como contrário à dignidade humana. A liberdade de escolha da contraparte negocial constitui uma manifestação concreta da liberdade

contratual. Mas essa escolha da contraparte negocial há-de estar limitada pela proibição de discriminação, que responde à exigência de protecção da dignidade de cada pessoa em concreto.

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 1, 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 VASCONCELOS[2], a tutela subjectiva da personalidade é *"o direito subjectivo absoluto que cada um tem de defender a sua dignidade como pessoa"*.

É, pois, este o limite à liberdade contratual, expressão primeira da autonomia privada.

A autonomia privada, que encontra máxima expressão no princípio da liberdade contratual (entre nós consagrado no artigo 405.º do CC) significa que o ordenamento jurídico deixa um espaço livre ao exercício do poder jurídico dos particulares, espaço esse que é a esfera de actuação com eficácia jurídica. Reconhece-se, portanto, que, tratando-se de relações jurídicas de direito privado, são os particulares que melhor conhecem os seus interesses e a melhor forma de regulá-los juridicamente.

Quanto à escolha da contraparte negocial, ou quanto às limitações a essa escolha, são bem prementes as exigências correlativas das suas partes: uma delas quer negociar, a outra não quer. A preponderância valorativa das pretensões é, pois, absolutamente simétrica, por estarem em causas duas facetas igualitárias do princípio da liberdade contratual: o direito a contratar, de um lado, o direito a não contratar, do outro.

E face a estas duas pretensões, legítimas e valorativas niveladas, o intérprete terá de procurar uma fundamentação material para alcançar uma solução prática sobre a validade ou invalidade da pretensão a contratar, vale dizer, sobre a licitude ou ilicitude da recusa a negociar.

Significa que o conflito de valores não é, como muitas vezes se aponta,

---

2 PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *O direito de personalidade*, Almedina3, Coimbra, 2006, págs. 53 e ss.

entre o princípio da igualdade (ou direito a igualdade) e a liberdade contratual. Pelo contrário, repetimos, o que está em confronto são duas liberdades: a liberdade a contratar de uma parte e a liberdade de não contratar da outra. Entendemos, pois, que estas duas liberdades são de respeitar igualmente: a ordenação de interesses distintos e conflituantes não está pré-estabelecida nem é um elemento pré-estabelecido na análise do caso concreto; apresenta-se ela própria como plural na tarefa de concordância prática dos vários princípios e interesses relevantes para a solução justa do caso concreto. Nenhum desses valores pode ser desprezado na sua eficácia conformadora imediata, nem nenhum deles pode ser absolutizado, na solução a alcançar.

Na via de acção seguida pelo agente, é necessária que se encontre ainda uma expressão da sua *autonomia decisória* – que é a sua, a autonomia daquela pessoa concreta histórico-socialmente considerada. A autodeterminação só subsiste quando ao sujeito é garantida a possibilidade de realizar "*fins importantes sob sacrifícios exigíveis*". O princípio a ter em conta é, como escreveu GIULIANO SCARSELLI, que *"nem em nome da liberdade se pode legitimar qualquer comportamento discriminatório, nem em nome da proibição de discriminação se pode suprimir toda a forma de liberdade privada e negocial.*

A determinação acomodará no seu âmbito o pluralismo que se concretiza nas "*mais diversas preferências ou reservas humanas, simpatias ou antipatias, especialmente o desejo por proximidade ou distância, por socialidade ou solidão*" e na predisposição para *partilhar ou não a sua esfera de existência.*

Com um limite, todavia: 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. Significa isto, em termos práticos, que, na valoração em concreto de cada caso, precisamos de averiguar se a recusa a contratar se deve à realização de outros objectivos (como, por exemplo, donos de uma pensão extremamente religiosos que se recusem a dar alojamento a casais solteiros ou homossexuais, por isso ser contra as suas convicções mais profundas), mas também se estamos no âmbito de um acto negocial de um particular ou de um profissional no mercado, caso em que os critérios devem ser mais estritos, em razão do caráter público da oferta negocial.

Creio que o tempo já é escasso e vou, por isso, teminar aqui a minha apresentação. Fico, todavia, à vossa disposição para qualquer dúvida ou esclarecimento.

Muito obrigada!