

Liberdade contratual e discriminação em função do sexo: a Lei nº 14/2008

Carlos Gabriel da Silva Loureiro

ESG-IPCA – Escola Superior de Gestão do Instituto Politécnico do Cávado e do Ave
cgloureiro@ipca.pt

(Recebido em 5 de Maio de 2010; Aceite em 30 de Junho de 2010)

Abstract. This paper describes the Private Law rules included in Law n.º 14/2008, analysing their impact on the freedom of contract, as well as their compliance with Directive 2004/113/CE (the latter being transposed into the Portuguese Law by the first). The legal solutions provided to prevent discrimination based on sex, before and after a transaction takes place, are separately assessed. The foundations of the law and the need of such private autonomy restrictions through infra-constitutional statutory law are also briefly analysed.

Keywords: Freedom of contract; Private discrimination; Sex discrimination; Private autonomy; Fundamental Rights.

Resumo. A Este artigo descreve as normas civilísticas da Lei n.º 14/2008, de 12 de Março, analisando o seu impacto na liberdade contratual e a sua conformidade com a Directiva 2004/113/CE (que a primeira transpôs para o Direito português). Analisa-se, separadamente, o regime aplicável às práticas discriminatórias em função do sexo ocorridas antes e depois da celebração de um contrato. Avalia-se ainda o fundamento e a necessidade da limitação da autonomia privada, em nome do combate a condutas discriminatórias, através de lei infra-constitucional.

Palavras-chave: Liberdade contratual; Discriminação entre sujeitos privados; Discriminação em função do sexo; Autonomia privada; Direitos Fundamentais.

*Die Geschichte der Vertragsfreiheit ist die ihrer Beschränkung
(Leisner, 1960, p. 323)*

1. Introdução

O Parlamento português aprovou, por proposta do Governo¹, a 24 de Janeiro de 2008, aquela que viria a ser a Lei n.º 14/2008, de 12 de Março, que “*Proíbe e sanciona a discriminação em função do sexo no acesso a bens e serviços e seu fornecimento, transpondo para a ordem jurídica interna a Directiva n.º 2004/113/CE, do Conselho, de 13 de Dezembro.*”^{2/3}

A Lei, aprovada por unanimidade, é composta por vinte artigos de natureza diversificada, que podem ser agrupados em duas partes. Uma primeira, de âmbito essencialmente⁴ civil (artigos 1.º a 11.º) e uma segunda, de natureza sancionatória pública.

Nos artigos 1.º a 3.º, define-se o objecto e âmbito de aplicação. Nos artigos 4.º a 7.º, definem-se as condutas proibidas. Nos artigos 8.º a 10.º, prevêm-se os meios de defesa e estabelecem-se regras sobre o ónus da prova e responsabilidade. No artigo 11.º atribuem-se direitos processuais a associações e ONG’s.

Na segunda parte (artigos 12.º a 22.º), qualificam-se como contra-ordenações certos comportamentos e regula-se o respectivo procedimento e direito subsidiário. Prevê-se ainda que uma entidade integrada na Presidência do Conselho de Ministros, denominada “*Comissão para a Cidadania e Igualdade de Género*” [CIG]⁵, a quem cabe, entre outras funções, o acompanhamento da aplicação da lei, elabore de um relatório anual, que deve ser publicitado no respectivo site^{6/7}.

1 Proposta de Lei n.º 160/10, apresentada em 24/09/ 2007. O texto original está disponível em <http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailIniciativa.aspx?ID=33577>.

2 A transposição de directivas comunitárias é, em Portugal, levada normalmente a cabo por acto legislativo do Governo (Decreto-Lei). Todavia, tendo em conta a natureza de algumas das matérias tratadas na Lei em análise, coube à Assembleia da República a referida transposição.

3 Como a própria Lei não prevê a data da sua entrada em vigor, com excepção do artigo 7.º e dos artigos que carecem de regulamentação, as suas disposições entraram em vigor no dia 17 de Março de 2008, de acordo com a Lei n.º 74/98, de 11 de Novembro. Até Maio de 2008, apenas o artigo 6.º, n.º 3 da lei foi objecto de regulamentação, através da Norma Regulamentar do Instituto de Seguros de Portugal n.º 08/2008-R, de 6 de Agosto, publicada no DR, 2.ª Série, n.º de 14 de Agosto, que regula a obtenção e elaboração dos dados actuariais e estatísticos de base no caso de eventuais diferenciações em razão do sexo nos prémios e prestações individuais de seguros e de fundos de pensões.

4 Essencialmente, na medida em que as disposições substantivas da lei vinculam entidades públicas e privadas.

5 Criada pelo Decreto-Lei n.º 164/2007, de 3 de Maio.

6 <http://www.cig.gov.pt/>.

7 Volvidos mais de 2 anos de vigência da Lei n.º 14/2008, não se encontra ainda publicado qualquer relatório da sua aplicação. Na 3.ª edição do relatório “*Igualdade do Género em Portugal 2009*”, editado pela CIG, disponível no referido endereço electrónico, apresenta-se uma longa cronologia de “*datas e factos significativos*” (pp. 31 a 46), da qual consta numerosa legislação aprovada até Fevereiro de 2009. A lei em análise, porém, não se encontra sequer mencionada na referida cronologia (cf., em especial, pp. 45 e 46). Da mesma forma, nele não se encontra qualquer referência à discriminação em função do sexo nas áreas abrangidas pela Lei n.º 14/2008.

Interessa-nos, para esta breve análise, apenas a primeira parte do texto, sem prejuízo de algumas referências avulsas a normas da segunda, de modo a verificar se e em que medida a Lei n.º 14/2008 limita a liberdade contratual, nos termos em que a mesma se encontra consagrada no artigo 405.º do Código Civil.⁸

O legislador português, ao contrário, por exemplo, do alemão optou por transpor a Directiva referida autonomamente, uma vez que anteriores directivas comunitárias sobre discriminação por diferentes razões haviam já sido transpostas para o direito português.⁹

2. O âmbito objectivo de aplicação da lei

De acordo com o artigo 1.º, a lei tem como objecto¹⁰ “prevenir e proibir a discriminação, directa e indirecta, em função do sexo, no acesso a bens e serviços e seu fornecimento e sancionar a prática de actos que se traduzam na violação do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres”.¹¹

Para esse efeito, aplica-se a entidades públicas e privadas (art.º 2.º, n.º 1) que forneçam bens e prestem serviços disponíveis ao público, sem quaisquer excepções relacionadas com a natureza jurídica dos sujeitos, mas com várias excepções em função do contexto ou área de actividade em que os actos discriminatórios possam ocorrer¹²

A Lei proíbe o “Assédio” simples e o “Assédio sexual”, mas proíbe também, o que mais nos interessa agora, a discriminação directa e a discriminação indirecta, conceitos definidos no artigo 3.º. Nesta parte, o legislador português limitou-se a transcrever as definições constantes do artigo 2.º da Directiva.

8 Cuja redacção é a seguinte: “1. Dentro dos limites da lei, as partes têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos, celebrar contratos diferentes dos previstos neste código ou incluir nestes as cláusulas que lhes aprouver. 2. As partes podem ainda reunir no mesmo contrato regras de dois ou mais negócios, total ou parcialmente regulados na lei.”

9 Designadamente as directivas 2000/78/CE e 2000/43/CE, transpostas para o direito português, entre outros diplomas, pela Lei n.º 18/2004, de 11 de Maio e 134/99, de 28 de Agosto. Para mais desenvolvimentos sobre o teor e conformidade das referidas leis com o Direito da União, vide Kern (2004, pp. 767-796).

10 Ou, com mais rigor, como objectivo.

11 Daqui resulta que o princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres constitui o fundamento primeiro do diploma. Este princípio, igualmente enunciado na Directiva que a Lei transpôs para o direito português, encontra-se previsto no artigo 13.º da Constituição da República. Dele resultaram já numerosas normas legais, designadamente no que respeita às relações de direito público, mas também, no âmbito contratual privado, no Direito do Trabalho, ao qual a Lei 14/2008 não se aplica, por força da disposição expressa (mas desnecessária) do artigo 2.º, n.º 2, al. b). Da mesma forma, está excluída a aplicação da lei aos bens e serviços fornecidos em contexto familiar, ao conteúdo dos meios de comunicação e publicidade e ao sector da educação (cf. as várias alíneas do n.º 2 do artigo 2.º).

12 Cf. artigo 2.º, n.º 2.

Considera-se haver discriminação directa em “todas as situações em que, em função do sexo, uma pessoa seja sujeita a tratamento menos favorável do que aquele que é, tenha sido ou possa vir a ser dado a outra pessoa em situação comparável”. E haverá discriminação indirecta “sempre que uma disposição, critério ou prática aparentemente neutra coloque pessoas de um dado sexo numa situação de desvantagem comparativamente com pessoas do outro sexo, a não ser que essa disposição, critério ou prática objectivamente se justifique por um fim legítimo e que os meios para o alcançar sejam adequados e necessários”.

A principal diferença entre os dois conceitos passa, por isso, pela circunstância de a discriminação ser imediatamente verificável ou surgir ocultada sob um critério em que o género pode não ser sequer referido, mas que conduz ao tratamento menos favorável, *ceteris paribus*, de homens ou de mulheres.

A Directiva prevê, para além da responsabilidade civil, outras consequências, ainda no plano civil, para a violação do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no fornecimento de bens ou serviços, admitindo que os Estados consagrem disposições internas de acordo com as quais sejam ou “possam ser declaradas nulas, ou sejam alteradas as disposições contrárias ao princípio da igualdade de tratamento que figurem em contratos, regulamentos internos de empresas ou estatutos de associações com ou sem fins lucrativos¹³” (artigo 13.º, al. b).

Na esteira da Directiva, o legislador português consagrou mecanismos, que variam, no nosso entender, consoante o momento e o acto em que a discriminação ocorre. Assim, se a discriminação resulta do conteúdo de uma relação contratual já estabelecida, além da responsabilidade civil, haverá lugar à nulidade das cláusulas discriminatórias, com as consequências que seguir se indicam no texto. Se a discriminação ocorre antes ou independentemente de qualquer relação contratual, os remédios civilísticos passam fundamentalmente pela responsabilidade civil.

3. A discriminação inserida em cláusulas contratuais de contratos já celebrados

Quaisquer cláusulas inseridas em contratos não excluídos, celebrados com vista ao fornecimento de bens ou serviços, ainda que a título gratuito, que constituam discriminação directa ou indirecta, são proibidas pelo artigo 4.º, n.º 1. Entre outras, consideram-se discriminatórias cláusulas que conduzam ao fornecimento ou fruição

13 A propósito da discriminação em função do sexo nos regulamentos de associações e federações desportivas, em especial no direito espanhol, vide Oriol Tussel (2009). A Directiva parece, porém, considerar que a organização de actividades desportivas destinadas apenas a um dos sexos não constitui acto de discriminação ilícito, considerando que a mesma corresponde a um objectivo legítimo, que justifica o tratamento diferenciado (cf. Considerando 16).

desfavoráveis de bens ou serviços, incluindo serviços de saúde, ou que condicionem a aquisição desses bens.¹⁴

As cláusulas discriminatórias são nulas, de acordo com o artigo 4.º, n.º 5 e dão lugar a responsabilidade civil. A primeira solução é inovadora na legislação anti-discriminação portuguesa. Com efeito, os diplomas legais aprovados anteriormente, designadamente para prevenir a discriminação em função da raça, nacionalidade, cor ou etnia, não consagram mecanismo semelhante.¹⁵

A nulidade das cláusulas não implica, necessariamente, a nulidade de todo o contrato, podendo aplicar-se, na parte não afectada pela nulidade, as regras legais supletivas. Porém, nos termos gerais, a nulidade de algumas cláusulas poderá conduzir à nulidade total do contrato, se afectar elemento essencial não suprível. É por isso patente, na lei portuguesa, a presença de um *favor negotii*, no sentido da manutenção do contrato, expurgado das cláusulas ilícitas.

Por outro lado, no artigo 10.º, n.º 3, afirma-se que nos “*contratos que contenham cláusulas discriminatórias, o contraente lesado tem o direito à alteração do contrato de modo que os direitos e obrigações contratuais sejam equivalentes aos do sexo mais beneficiado.*”

Esta disposição, plenamente harmonizável com a nulidade das cláusulas discriminatórias, poderá, pelo menos em alguns casos, conduzir a resultados diferentes dos da clássica aplicação de normas supletivas de integração da vontade negocial. Com efeito, as obrigações contratuais aplicáveis ao sexo mais beneficiado podem ser mais ou menos¹⁶ amplas ou extensas que as que resultariam da aplicação das normas legais supletivas. Mas, mais importante do que isso, o recurso a este critério poderá evitar a nulidade integral de certos contratos cujas cláusulas discriminatórias respeitassem a aspectos essenciais, insusceptíveis de serem supridos pela via tradicional.

4. A discriminação prévia à celebração de contratos

De acordo com a Lei, a discriminação pode igualmente ocorrer antes da celebração de qualquer contrato. Prescreve o artigo 10.º, n.º 1, que é “*proibida a*

14 A exigência, por exemplo, de garantias adicionais a homens ou a mulheres, não exigidas ao outro sexo.

15 Para mais desenvolvimentos, vide Kern (2004).

16 Um exemplo deste caso: é comum, em Portugal, alguns bares e discotecas organizarem “noites da mulher”. Nos dias assim designados, as mulheres não pagam as bebidas e, eventualmente, outros produtos, que consumirem naqueles estabelecimentos. Pelo contrário, os homens estão sujeitos ao tarifário normal. Trata-se agora, de acordo com a Lei, de uma clara discriminação em função do sexo, neste caso discriminação directa. Os homens afectados poderiam arguir a nulidade da cláusula de fixação do preço, beneficiando assim do serviço gratuito prestado às mulheres, apesar de se tratar de um contrato que é, supletivamente, oneroso.

discriminação, directa ou indirecta [...] assente em acções, omissões ou cláusulas contratuais no âmbito do acesso a bens e serviços e seu fornecimento”, considerando-se designadamente discriminatórias as práticas ou cláusulas contratuais de que resulte “a) A recusa de fornecimento ou o impedimento da fruição de bens ou serviços; b) O fornecimento ou a fruição desfavoráveis de bens ou serviços; c) A recusa ou o condicionamento de compra, arrendamento ou subarrendamento de imóveis^{17/18}; d) A recusa ou o acesso desfavorável a cuidados de saúde prestados em estabelecimentos públicos ou privados.”

Consideram-se também discriminatórias, de acordo com o n.º 3 do artigo 10.º, “*quaisquer instruções ou ordens com vista à discriminação directa ou indirecta.*”

Deste modo, a discriminação pode resultar de práticas anteriores à celebração de um contrato que dê origem ao fornecimento de bens ou à prestação de serviços não excluídos, resultando da discriminação o impedimento de acesso a esse bem ou serviço por parte de um dos sexos ou exigindo-se a um dos sexos condições especialmente gravosas, que conduzem à não celebração por indivíduos do sexo prejudicado de contratos com a entidade que adota a prática discriminatória.

A discriminação, neste contexto, verificar-se-á, por exemplo, quando certa entidade prestadora de um serviço se recusar, pura e simplesmente, a prestar tal serviço a homens ou a mulheres.¹⁹

17 A inclusão do acesso à compra ou arrendamento de imóveis, incluída na Directiva, pode ser difícil de compatibilizar com o âmbito de aplicação definido no artigo 2.º. Com efeito, poderá considerar-se que a oferta de imóveis, no mercado de venda ou de arrendamento, se trata de “bens disponíveis ao público”? O diploma nacional omite uma referência adicional, constante do texto do artigo 3.º da Directiva. Esta exige além da “disponibilidade ao público”, que essa disponibilidade seja “independente da pessoa [do destinatário] em causa”. Ora, na venda e arrendamento de imóveis, em especial neste último, não é indiferente para o oferente a pessoa com quem celebrará o contrato, dada a natureza duradoura do contrato e os poderes que o mesmo atribui ao arrendatário, pelo que a relação de confiança entre as partes é muito mais intensa do que em outros tipos contratuais. Para mais desenvolvimentos, considerando que a inclusão destes contratos no âmbito de aplicação da Directiva se deve à ideia de que a habitação é um bem essencial para a vida dos cidadãos e que não ter acesso à mesma implica exclusão social, vide Aguilera Rull (2009, pp. 9-10). De notar, porém, que se incluem na alínea referida quaisquer contratos de arrendamento e não apenas os destinados a habitação.

18 No direito alemão, a Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz restringe a aplicação das normas anti-discriminação em função do sexo (e de outros motivos, constantes de outras directivas anti-discriminação por ela transpostas) aos casos em que a pessoa do co-contratante é irrelevante ou de importância secundária, exigindo ainda que os actos praticados ocorram numa multiplicidade de casos e em termos comparáveis, excluindo-se assim as transacções ocasionais e exigindo-se, adicionalmente, no caso do arrendamento, que o locador disponha de pelo menos cinquenta imóveis arrendáveis. Para mais desenvolvimentos, vide Oliveira & McCrorie (2009, pp. 115-116).

19 Um exemplo, comum, em Portugal, seria o de algumas entidades de direito privado ou até de direito canónico que prestam serviços de alojamento a estudantes, em lares ou residências, que apenas aceitam prestar tais serviços a estudantes de um dos sexos. Sendo certo que o artigo 2.º, n.º 2, alínea c) exclui o “sector da educação” do âmbito de aplicação da lei, tal exclusão deverá ser entendida em termos estritos, isto é, na prestação de serviços de educação propriamente ditos (especialmente em estabelecimentos de ensino ou formação profissional).

Prevê a lei, sem discriminar, que os *actos* e cláusulas discriminatórios são “*nulos dando lugar a responsabilidade civil pelos danos causados*” (artigo 10.º, n.º 5). Não é claro se a responsabilidade civil é ou não indissociável da nulidade. Creio que a norma só será operativa e eficaz se se entender que se trata de sanções distintas e autónomas, ainda que cumuláveis, sendo caso disso.

Com efeito, se a nulidade das cláusulas discriminatórias verificadas em contratos celebrados conduz aos efeitos apontados no parágrafo anterior, tal nulidade é mais difícil de entender quando não tenha sido (ainda) estabelecida qualquer relação contratual. Como afirmar a nulidade, por ser discriminatória na acepção da lei, de uma cláusula inserta numa minuta de contrato composto por cláusulas contratuais gerais ou num contrato de adesão, elaborado pelo fornecedor de um bem ou serviço, mas à qual não aderiu ainda nenhum cliente do sexo discriminado?²⁰

Da mesma forma, se a discriminação ocorrer num “acto” ou “prática” discriminatória, que não corresponda a qualquer cláusula contratual, é igualmente difícil perceber em que medida a “nulidade” de tais actos ou práticas é operativa.²¹

Acrescenta a lei, como referido, que a discriminação por esta via dará lugar a responsabilidade civil “de acordo com os prejuízos causados”. Para que haja lugar a esta responsabilidade, bastará a verificação de um acto, prática ou cláusula discriminatória, ainda que tal acto ou prática não possa ser considerado nulo, na medida em que nulidade e responsabilidade civil devem ser entendidas como sanções distintas.

5. A responsabilidade civil

O artigo 10.º, n.º 1 prevê que a prática de qualquer acto discriminatório confere ao lesado o direito a uma indemnização, por danos patrimoniais e não patrimoniais, a título de *responsabilidade civil extracontratual*, nos termos gerais.

No direito português, a lei e a doutrina distinguem responsabilidade civil contratual e responsabilidade civil extracontratual. Apesar de alguns aspectos comuns, há diferenças importantes entre elas, quer quanto ao ónus da prova, quer

20 O problema poderá colocar-se em termos diversos quando haja iniciativa processual por parte de uma associação ou ONG. Neste caso, é concebível que estas entidades, na defesa de interesses colectivos, proponham, por exemplo, acções inibitórias do uso dessas cláusulas. Nestes casos, porém, não nos parece correcto falar em “nulidade”.

21 Contra o sentido apontado no texto, pode considerar-se a hipótese de o acto discriminatório ser um regulamento interno da entidade autora da discriminação. Imagine-se uma sociedade comercial que aprova um regulamento interno, dirigido aos respectivos trabalhadores, no qual se especifica que “os contratos de fornecimento do bem X só podem ser celebrados com homens”. Neste caso, a nulidade de pleno direito de tal acto permitiria aos funcionários da sociedade encarregados da celebração de contratos com clientes ignorarem tal regra, sem incorrerem em responsabilidade disciplinar ou sem que à entidade fosse lícito opor a violação de tal ordem ou instrução ao cliente.

quanto aos prazos de prescrição, estando o lesado numa situação mais vantajosa, quanto a ambos os aspectos, tratando-se de responsabilidade contratual.

A Lei 14/2008 qualifica a responsabilidade por actos discriminatórios como de responsabilidade extracontratual, mesmo nas hipóteses em que a discriminação ocorra em cláusula de contrato celebrado. Isto implica a aplicação do prazo de prescrição de 3 anos, a contar do conhecimento do acto discriminatório (que pode não coincidir com a celebração do contrato), de acordo com o artigo 498.º do Código Civil.

Todavia, a Lei 14/2008 consagra regras próprias quanto ao ónus da prova, prevendo no artigo 9.º que quem invocar ter sido alvo de uma conduta discriminatória deve fazer prova dessa discriminação, cabendo à parte demandada demonstrar que não houve violação do princípio da igualdade de tratamento.

No meu entender, uma interpretação literal do preceito importaria a violação do artigo 9.º da Directiva 2008/113/CE. Com efeito, este prescreve que ao lesado cabe apresentar os “*elementos de facto constitutivos da presunção de discriminação directa ou indirecta*”, ficando, por isso, dispensado de fazer prova de todos os elementos constitutivos do seu direito, prova muitas vezes difícil, sobretudo na discriminação indirecta. A referência, na Directiva 2008/113/CE aos “*elementos de facto constitutivos da presunção de discriminação*” corresponde a um “*aligeirar do ónus da prova (“Beweiserleichterung”)*”²², idêntico ao verificado nas anteriores directivas anti-discriminação²³.

Assim sendo, a norma portuguesa deve ser interpretada conforme a Directiva, não devendo o tribunal ou outra instância incumbida de a aplicar exigir ao lesado mais do que a demonstração de um tratamento diferenciado face a outros sujeitos, cabendo, então, ao réu provar que tal diferença de tratamento não constitui discriminação na acepção da lei.

Por outro lado, prevê-se no número 2 do artigo 10.º que o tribunal deve atender ao grau de violação dos interesses em causa, ao *poder económico dos autores do ilícito e às condições da pessoa alvo da prática discriminatória*. A utilização de tais critérios, que conjugam a justiça estrita com a equidade, poderá conduzir a resultados distintos dos que se obteriam com recurso aos critérios de determinação da indemnização por responsabilidade civil nos termos gerais, em que o critério é dos danos efectivamente sofridos pelo lesado, pelo menos nos casos de dolo.

Também neste ponto, o diploma português parece não respeitar integralmente o artigo 8.º, n.º 2, da Directiva, o qual exige que os Estados adoptem medidas capazes

22 Kern (2004, p. 773).

23 Na lei 18/2004, por exemplo, que transpõe a directiva 2000/43/CE, prevê-se no artigo 6.º, n.º 1, que “[c]abe a quem alegar ter sofrido uma discriminação fundamentá-la, apresentando elementos de facto susceptíveis de a indiciarem, incumbindo à outra parte provar que as diferenças de tratamento não assentam em nenhum dos factores indicados no artigo 3.º”. Não se compreende, por isso, porque razão não adoptou o legislador de 2008 idêntica formulação. No entanto, por força do referido princípio da interpretação conforme ao direito da União, não subsistem grandes dúvidas sobre o sentido a dar à norma indicada no texto.

de “garantir a existência de uma real e efectiva indemnização ou reparação, conforme os Estados-Membros o determinem, pelos prejuízos e danos sofridos por uma pessoa lesada em virtude de um acto discriminatório na acepção da presente directiva, de uma forma dissuasiva e proporcionada em relação aos prejuízos sofridos”. O poderio económico dos autores do ilícito e as condições da pessoa alvo da prática discriminatória apenas podem ser utilizados para fixar o *quantum* indemnizatório em montante inferior ao dos danos efectivamente sofridos, uma vez que existem, paralelamente, mecanismos de direito público adequados à repressão de tais comportamentos. A fixação de indemnização em montante superior aos danos sofridos pelo lesado contrariaria a remissão para as regras gerais da responsabilidade civil (em que tal fixação não é permitida) e implicaria uma inadmissível dupla sanção pelo mesmo comportamento.

6. Liberdade contratual e princípio da igualdade de tratamento

No direito português, o princípio da liberdade contratual encontra-se previsto no já citado artigo 405.º do Código Civil e ainda, no que respeita à vinculação das partes, no artigo 406.º.

A liberdade contratual integra diversas dimensões, de acordo com a doutrina nacional. Desde logo, a liberdade contratual negativa – a liberdade de contratar ou não contratar. Num segundo momento, a liberdade de escolha da parte contrária. Integra ainda o conceito a liberdade de fixação ou modelação do conteúdo contratual (expressamente referida no citado artigo 405.º) e ainda, segundo alguns autores, a liberdade de forma.

A liberdade contratual, em todas as referidas dimensões, é entendida como uma manifestação (a principal, mas não a única) da autonomia privada. A autonomia privada encontra-se constitucionalmente consagrada nos artigos 26.º, n.º 1 e 61.º da Constituição. O primeiro integra-se nos *Direitos Liberdades e Garantias*, uma categoria especial de direitos fundamentais. O segundo (que acentua a dimensão económica, *lato sensu*, da autonomia privada), constitui igualmente um direito fundamental, ainda que sem a dignidade de direitos, liberdades e garantias, por força da sua integração sistemática no articulado constitucional.

A autonomia privada ou autonomia da vontade “consiste no poder reconhecido aos particulares de autoregulação dos seus interesses, de autogoverno da sua esfera jurídica”²⁴.

A liberdade contratual pode ser limitada pela lei. Assim o afirma o próprio artigo 405.º, n.º 1 do Código Civil. No entanto, tais limitações têm de ser justificadas, adequadas e proporcionadas, atenta a natureza de direito fundamental da autonomia privada. E os graus de limitação legal da liberdade contratual serão variáveis

24 Mota Pinto (2005, p. 102).

consoante a dimensão daquela liberdade que se considere. Assim, as limitações à liberdade de forma tendem a ser muito frequentes, nomeadamente por razões de segurança jurídica. Do mesmo modo, são comuns as limitações à liberdade de fixação do conteúdo dos contratos²⁵.

Mais complexas são as limitações às outras duas dimensões. A liberdade de contratar ou não contratar e a liberdade de escolha da parte contrária.

A Lei 14/2008 introduz²⁶ limitações importantes a todas as apontadas dimensões da liberdade contratual, com a eventual exclusão da liberdade de forma.

7. Limitação da liberdade de fixação do conteúdo do contrato.

A proibição de cláusulas discriminatórias constitui, claramente, uma restrição da liberdade de fixação do conteúdo contratual. Ao cominar-se a sanção de nulidade para as cláusulas que impliquem discriminação directa ou indirecta, limita-se a liberdade de fixação do conteúdo contratual. Tal limitação ocorrerá mesmo que a cláusula discriminatória tenha sido expressamente aceite pela parte lesada, na medida em que não se estabelece na lei nenhum regime especial para a nulidade com este fundamento. No direito português vigente, a nulidade é de conhecimento oficioso, salvo disposição legal em contrário, por força do artigo 286.º do Código Civil. Assim, no caso alguma das partes num contrato que contenha uma cláusula discriminatória instaurar, por exemplo, uma acção com vista ao respectivo cumprimento, nada impede que o tribunal declare a nulidade de uma cláusula, retirando dessa declaração as pertinentes consequências, se dispuser, naturalmente, de elementos suficientes para o efeito, mesmo que tal nulidade não tenha sido invocada por qualquer das partes, designadamente pela parte lesada.

Em todo o caso, o resultado previsto pela lei poderia, em muitos casos, ser atingido por outras vias, designadamente através do mecanismo da usura, consagrado no artigo 282.º do Código Civil.²⁷ Sendo certo que a usura pressupõe a exploração de um estado de especial necessidade, ligeireza, inexperiência, etc., da parte contrária, tal exploração ocorrerá em muitos dos casos abrangidos pela Lei 14/2008. Com efeito, resulta das noções de discriminação directa ou indirecta que há alguém que sofre um tratamento menos vantajoso em razão do seu sexo. Este tratamento desvantajoso implicará, em princípio, a obtenção de um benefício injustificado para a parte contrária.

25 Desde logo, todas as disposições de natureza imperativa constantes da parte especial do Livro III do Código Civil (em que são especialmente regulados os contratos civis mais comuns), mas também as regras sobre cláusulas contratuais gerais.

26 Ver-se-á em seguida no texto que algumas das limitações introduzidas não são verdadeiramente inovadoras.

27 Para mais desenvolvimentos e referências bibliográficas sobre o tema, vide Loureiro (2007, pp. 265-288).

Todavia, a sanção para a usura não é a nulidade da(s) cláusula(s) usurária(s) mas a mera anulabilidade (do negócio jurídico) ou a modificação do contrato de acordo com juízos de equidade. Nesta medida, o regime da Lei 14/2008 é mais vantajoso para o lesado do que o regime da usura, pois não está sujeito aos apertados prazos de caducidade da acção de anulação e a modificação do conteúdo contratual, quando tenha lugar, é feita, apesar de tudo, em termos mais previsíveis do que os que resultam dos critérios da equidade.

Em todo o caso, o fundamento da proibição da discriminação em função do sexo é o princípio da igualdade, consagrado no artigo 13.º da Constituição.

O artigo 13.º encontra-se fora do capítulo respeitante aos Direitos, Liberdade e Garantias. Como tal, a sua natureza de “direito fundamental” de tal princípio é controvertida²⁸, podendo, por isso, pôr-se em causa a sua aplicabilidade nas relações horizontais, prevista expressamente apenas para os Direitos, Liberdades e Garantias pelo artigo 18.º da Constituição, no qual se afirma que os preceitos que os consagram “*vinculam entidades públicas e privadas*”.

Independentemente da posição que se adoptar em tal polémica doutrinal, o artigo 26.º, n.º 1, incluído no capítulo dos Direitos Liberdades e Garantias e, como tal, beneficiando expressamente do regime próprio previsto no artigo 18.º, consagra o “*direito à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação*”. Este direito à “protecção legal” implicará a necessidade de mediação de lei (infra-constitucional) para que a discriminação seja ilícita ou, pelo contrário, é autónomo de tal mediação, pelo menos nos casos em que a discriminação se encontre proibida pela Constituição? Entendo ser de defender esta última posição. Na medida em que a Constituição proíbe expressamente a discriminação em função do sexo, qualquer acto discriminatório seria já ilícito, por violação daquele artigo 26.º, n.º 1, mesmo na ausência de um diploma legal específico.²⁹

No entanto, a Lei 14/2008 constitui um avanço na protecção contra a discriminação em razão do sexo, na medida em que clarifica o que deve entender-se por conduta discriminatória, por um lado, e em que especifica as sanções para tais comportamentos.

28 Neste sentido, Rebelo de Sousa & Alexandrino (2000, p. 90).

29 Em sentido contrário ao do texto, para o direito espanhol, vide García Rubio (2007, pp. 143-144): “cualquier tipo de eficacia, directa o indirecta, de un derecho fundamental en las relaciones entre sujetos privados puede llegar a chocar con el principio de autonomía privada, también con protección constitucional, por lo que há de ser el legislador quien deba concretar cuándo esa libertad o autonomía debe de ceder y [en] qué medida por causa de outro derecho fundamental”.

8. Limitação da liberdade contratual negativa

Ao proibir condutas discriminatórias que conduzam à “recusa de fornecimento ou o impedimento da fruição de bens ou serviços”³⁰, a Lei 14/2008 pode constituir um limite à liberdade contratual negativa. Implicará tal proibição um verdadeiro dever de contratar?

A liberdade de contratar ou não contratar integra um núcleo “altamente protegido e só em casos excepcionais pode ser afectado por um dever jurídico de contratar”³¹.

Há muito que a doutrina admite a possibilidade de sujeitos privados estarem submetidos a tal dever³². Citam-se, como exemplos clássicos, o seguro obrigatório de responsabilidade civil automóvel, o dever de prestação de serviços médicos em caso de urgência ou as empresas concessionárias de serviços públicos³³. Discute-se ainda se, pelo menos certas empresas, em regime de monopólio, devem ou não estar sujeitas a tal dever. Pense-se no caso de um restaurante ou numa farmácia, que sejam os únicos existentes numa determinada localidade. As regras da concorrência seriam suficientes, em princípio, para a imposição de tal dever, sem necessidade de recurso a normas de proibição da discriminação.

Nem a Directiva nem a Lei portuguesa consagram expressamente o dever de contratar, designadamente quando as entidades que fornecem bens ou prestem serviços adoptem práticas das quais resulte a impossibilidade de contratação por parte de algum dos sexos.

No entanto, o artigo 10.º, n.º 1 da Lei, ao consagrar a responsabilidade civil extracontratual, remete para os “termos gerais”. Ainda que ali se fale em “direito a uma indemnização”, o argumento não deve impressionar-nos. Com efeito, numa secção sob a epígrafe “Obrigação de indemnização”, o artigo 562.º do Código Civil consagra, como princípio geral, a reconstituição da “*situação que existiria, se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação*”. O legislador português consagrou por isso o princípio da reparação natural, tendo a indemnização em dinheiro carácter subsidiário. Ora, a reconstituição da situação que existiria se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação pode perfeitamente passar pela celebração do contrato recusado, se o lesado mantiver o interesse na sua celebração, bem entendido, e sem prejuízo de indemnização em dinheiro dos danos não reparados por aquela via,

Ainda que se entenda que a Lei 14/2008 consagra um verdadeiro dever de contratar, haverá casos em que a violação de tal dever não dará lugar a acção de cumprimento, mas apenas a acção de indemnização. Com efeito, como refere

30 Artigo 4.º, n.º 2, al. a).

31 Kern (2004, p. 776).

32 Cf., por todos, Varela (2000, pp. 235-240).

33 Exemplos citados em Mota Pinto (2005, pp. 108-109).

García Rubio³⁴, “*la obligación de contratar [...] debe limitarse pues a los casos en los que este contrato es todavía posible, sin perjuicio de terceros de buena fe*”.

9. Conclusões

O legislador português transpôs para o ordenamento jurídico nacional a Directiva 2004/113/CE através da Lei 14/2008, de 12 de Março, optando por tratar separadamente a discriminação em razão do sexo de outras formas de discriminação, constantes de Directivas anteriores.³⁵

A legislação portuguesa acompanha integralmente a Directiva no que respeita à definição de discriminação.

Porém, a lei portuguesa afasta-se – mal – do dispositivo comunitário em matéria de ónus da prova, parecendo onerar a vítima de actos discriminatórios com a prova de factos que vão para além do permitido pela Directiva e mesmo para além do que, para outras formas de discriminação, se prevê em diplomas nacionais anteriores. Uma interpretação do direito interno conforme ao direito da União permite ultrapassar tal dificuldade, a qual, no entanto, poderia ter sido evitada através de uma redacção diferente do artigo 9.º da lei.

Por outro lado, o legislador português foi para além da directiva, ao conferir ao lesado, vítima de discriminação em cláusulas de contratos celebrados, o direito de exigir a modificação do contrato, com o afastamento das cláusulas discriminatórias, consideradas nulas e à sua substituição pelas cláusulas que seriam aplicáveis ao sexo não discriminado. Trata-se de solução inovadora, de aplaudir, por evitar a nulidade integral do contrato e por ser uma forma eficaz de assegurar a igualdade de tratamento, fim primeiro da lei e da Directiva.

Alguns dos direitos conferidos pela Directiva poderiam já ser alcançados antes da entrada em vigor da lei, recorrendo a figuras clássicas do direito civil, designadamente a proibição da usura. O âmbito de aplicação das normas que proíbem a discriminação e os remédios previstos na lei, porém, são diferentes dos da usura, sendo a Lei 14/2008, em geral, mais favorável ao lesado. Em alternativa, também o princípio da boa fé poderia ser utilizado para impedir determinadas práticas discriminatórias.³⁶

A proibição da discriminação em razão do sexo, no âmbito de relações horizontais, constitui uma limitação da liberdade contratual em várias das suas dimensões. Tendo esta, enquanto dimensão da autonomia privada, dignidade

34 García Rubio (2007, p. 156).

35 Ao contrário, por exemplo, do legislador alemão. Cf. Aguillera Rull (2007, pp. 2-3).

36 Neste sentido, Oliveira & McCrorie (2008, pp. 121-122). Estes autores sustentam que, desde que a actividade do vendedor ou prestador implique um relacionamento permanente com o público, aqueles devem agir *reasonably*, de acordo com o referido princípio, o que deverá, por sua vez, implicar o dever de actuar de acordo com o princípio da igualdade.

constitucional, na forma mais solene de Direitos, Liberdades e Garantias, o instrumento legislativo adequado para a sua limitação é a Lei do Parlamento (em lugar do Decreto-lei do Governo, a forma mais comum para a transposição de directivas comunitárias). A lei 14/2008 procede à ponderação de dois valores fundamentais, ligados à dignidade da pessoa humana e, como tal consagrados no mesmo artigo da Constituição: a autonomia da vontade e a proibição de qualquer forma de discriminação, dissipando-se assim as dúvidas que poderiam suscitarse sobre a conjugação de ambos os valores.

A aplicação da Lei 14/2008 pode implicar um dever de contratar. Ainda que a lei o não refira expressamente, no direito português, a regra em matéria de reparação de danos ao abrigo das normas que regulam a responsabilidade civil é a reparação natural. Sempre que a celebração de um contrato recusado ilicitamente seja possível, nada impede que o lesado exija tal celebração, sem prejuízo da indemnização dos danos remanescentes.

A lei portuguesa desrespeita a Directiva, na medida em que não assegura a indemnização integral dos danos, ao mandar ter e conta as condições económicas do lesante e do lesado. Também aqui, na fixação do *quantum* indemnizatório, os tribunais deverão ter em conta a exigência comunitária de indemnização integral dos danos, sob pena de violação do princípio da interpretação conforme ao direito da União.

Bibliografia

- Aguillera Rull, Ariadna (2007). Discriminación directa e indirecta - Comparación y crítica del concepto de discriminación en el Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz y en el Proyecto español de Ley Orgánica para la igualdad efectiva de hombres y mujeres. InDret, n.º 396 (2007), 2-17 (www.indret.com)
- Aguillera Rull, Ariadna (2009). Prohibición de discriminación y libertad de contratación. InDret, n.º 1/2009, (www.indret.com)
- García Rubio, M.ª Paz (2007). Discriminación por razón de sexo y derecho contractual en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de Marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Derecho Privado Y Constitución, 21 (2007), 131-166
- García Rubio, M.ª Paz (2004). Cometario a la Ley 7/2004, de 16 de Julio, Gallega para la igualdad de mujeres y hombres. Revista Xurídica Galega, 42/2004, 429-440.
- Kern, Gisela Hildegard (2004). As directivas 200/78/CE e 2000/43/CE e a sua transposição no Direito Privado Português - A aplicação do princípio da igualdade no direito privado. Boletim da Faculdade de Direito, Vol. LXXX (2004), 767-796.
- Leisner, Walter (1960) Grundrechte und Privatrecht, C. H. Beck: Munique.
- Loureiro, Carlos Gabriel da Silva (2007). Juros usurários no crédito ao consumo. Tékhne – Revista de Estudos Politécnicos, Vol V (2007), n.º 8, 265-288 (<http://www.scielo.oces.mctes.pt/pdf/tek/n8/v5n8a13.pdf>).
- Mota Pinto, Carlos Alberto da (2005). Teoria Geral do Direito Civil, 4.ª Edição (por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto). Coimbra Editora: Coimbra.

- Oliveira, Nuno Manuel Pinto & Benedita McCrorie (2008). Anti-discrimination rules in European Contract Law. In Stefan Grundman (Ed.), *Constitutional Values and European Contract Law* (pp. 111-122). Austin/Boston/Chicago/Nova Iorque/Holanda: Wolters Kluwer Law & Business.
- Oriol Tussel Viladot, José (2009). *Deporte y discriminación por sexo: fútbol, remo y salto de esquí*. InDret, 1/2009 (www.indret.com).
- Rebelo de Sousa, Marcelo e José de Melo Alexandrino (2000). *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Lex: Lisboa.
- Varela, João de Matos Antunes (2000) *Direito das Obrigações*, Vol. I, 10.ª Ed. Almedina: Coimbra.

Nota Curricular

Carlos Gabriel da Silva Loureiro³⁷, docente convidado da Escola Superior de Gestão do Instituto Politécnico do Cávado e do Ave (ESG/IPCA). Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra (2005) e doutorando em Direito pela Universidade de Santiago de Compostela, beneficiando de bolsa concedida ao abrigo do Programa PROTEC (Ref.: SFRH/PROTEC/49305/2008). Actualmente, é docente na Licenciatura em Solicitadoria da ESG e membro do Conselho Pedagógico.

³⁷ Contactos: e-mail: cgloureiro@ipca.pt; Tel.: (+351) 253 802 500; Escola Superior de Gestão, Campus do IPCA, 4750-810 BARCELOS