

Sobre o conceito de discriminação – uma perspectiva contextual e comparada

BRUNO MESTRE*

I. Enunciação do problema

A literatura jurídica europeia tem conhecido, nos últimos anos, um interesse redobrado pela temática da discriminação. Esta curiosidade aparenta ter tido por fonte sobretudo a (espantosa) jurisprudência do TJUE sobre discriminação em função da idade e em função da orientação sexual, as quais chamaram a atenção para as Directivas 2000/43/EC e 2000/78/CE, assim como para a numerosa produção jurisprudencial europeia sobre discriminação em função do sexo que as antecederam. No caso concreto da literatura jurídica portuguesa, muito embora o tema da discriminação não suscite tradicionalmente uma grande curiosidade doutrinária ou sequer litigiosidade, destaca-se muito impressionantemente a produção jurídica e jurisprudencial sobre uma modalidade específica de discriminação – o assédio moral no local de trabalho¹. Nestes termos, poder-se-á talvez afirmar, com alguma segurança, que a discriminação “*est à la mode*”!

Todavia, pese embora o considerável interesse doutrinário e jurisprudencial assinalado no parágrafo anterior pela temática, o mesmo não

* Doutor em Direito (PhD) pelo *European University Institute*, de Florença. Auditor de Justiça (Magistratura Judicial) no XXX curso normal de formação de magistrados. O autor agradece todos os comentários e *feedback*; escrever para brunomestre@gmail.com.

¹ O que constitui um indício fortíssimo da prevalência do fenómeno e da necessidade que se sente de tutela em relação ao mesmo.

teve idêntico reflexo sobre o conceito de “discriminação” em si mesmo considerado. Colocando o problema noutros termos: de entre toda a produção doutrinária sobre a problemática da discriminação e dos seus vários fundamentos, esparsos têm sido os textos que se debruçam sobre a identificação de uma situação discriminatória propriamente dita, independentemente do fundamento concreto de discriminação. Esta ausência assume contornos ainda mais surpreendentes se atendermos à considerável polémica jurisprudencial e doutrinária que essa mesma questão suscitou cerca de 40 anos antes nos países anglo-saxónicos (em particular nos Estados Unidos e no Reino Unido) na sequência da aprovação do *Civil Rights Act de 1964*, nos EUA, e dos *Equal Pay Act de 1970*, *Sex Discrimination Act de 1975* e *Race Relations Act de 1976*, no Reino Unido. Apenas a título de ilustração da problemática, um Tribunal Britânico chegou a considerar, no caso *Peak v. Automotive Producers Ltd*², como não discriminatório um regulamento de empresa que permitia às mulheres sair do trabalho cinco minutos mais cedo do que os homens atendendo ao cavalheirismo e cortesia que o sexo masculino devia ao sexo feminino (*sic*). Esta jurisprudência inicial tinha por subjacente uma concepção de discriminação como uma “*actuação intencionalmente lesiva*” que foi fortemente criticada pela doutrina e posteriormente afastada em jurisprudência posterior. Este labor teve por consequência um refinamento consideravelmente elevado sobre o conceito de “discriminação” na doutrina anglo-saxónica que foi posteriormente transportado para a jurisprudência do TJUE e para as Directivas 2000/43/CE e 2000/78/CE. No caso concreto da doutrina europeia-continental, o tema não suscitou idêntica curiosidade sobretudo devido a uma equiparação (errónea) entre as concepções constitucionais de igualdade e o transplante jurídico operado pela jurisprudência e legislação europeias, o que não permitiu o desenvolvimento da temática com a profundidade que ela merece.

No âmbito do presente trabalho, propomo-nos preencher este vazio na doutrina portuguesa e apresentar uma perspectiva contextual e comparada sobre o conceito de discriminação. Para o efeito, dividimos o mesmo em cinco partes: na primeira parte analisamos o conceito de discriminação com o princípio da igualdade e as concepções de Justiça; na segunda parte analisamos a questão da discriminação directa; na terceira a discriminação indirecta e, por último, o assédio, as instruções para discriminar e os actos de retaliação; na última apresentamos uma breve conclusão.

² *Peake v. Automotive Products Ltd* [1977] QB 780.

II. O princípio da igualdade, concepções de Justiça e as modalidades de discriminação

A primeira dificuldade na exploração do conceito de discriminação prende-se com a ligação natural deste com o princípio da igualdade. Dizemos “*dificuldade*” em virtude de o esquema legal de protecção contra a discriminação constituir justamente numa concretização do princípio da igualdade, o que poderá ter levado muitos – erroneamente – a equacionar que o mesmo constituiria eventualmente uma matéria mais vocacionada para os Constitucionalistas ou para a Filosofia do Direito do que propriamente para os Juslaboristas. Um estudo mais aprofundado da evolução desta matéria comprova justamente o oposto na medida em que, sem olvidar as suas naturais ligações com o princípio constitucional da igualdade que as próximas linhas procurarão esclarecer, o conceito de discriminação foi inicialmente desenvolvido em litígios da jurisdição laboral e o seu reconhecimento na jurisprudência e legislação comunitárias constituem um verdadeiro exemplo de um transplante jurídico do labor jurisprudencial e doutrinal anglo-saxónico.

O princípio da igualdade encontra-se reconhecido em diversas fontes internacionais e nacionais, das quais destacamos o art. 7.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, o art. 14.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, os arts. 20.º e 21.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, no art. 13.º da Constituição da República Portuguesa assim como na generalidade das Constituições da Europa Continental³. No que diz respeito ao ordenamento jurídico britânico e norte-americano, muito embora o princípio da igualdade não se encontre positivado em termos similares aos ordenamentos constitucionais da Europa Continental, os Tribunais têm progressivamente alargado os poderes de *judicial review* em várias matérias a este respeito, a ponto de alguma doutrina já falar, paulatinamente, da emergência de um princípio da igualdade jurisprudencialmente construído nestes ordenamentos⁴.

As várias dimensões do princípio da igualdade foram já consideravelmente debatidas pelo Direito Constitucional e pela Filosofia do Direito pelo que nos limitaremos aqui a enunciar – muito sumariamente – os

³ GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, pp. 398 e ss.

⁴ Sobre a situação nos países anglo-saxónicos, conferir o interessante estudo comparatístico de COLM O’CINNEIDE “*Equality: a constitutional principle?*” publicado em <http://ukconstitutionallaw.org/2011/09/14/colm-ocinneide-equality-a-constitutional-principle/> (acesso em 12/08/2014).

traços essenciais da problemática: o princípio da igualdade constitui não apenas um direito fundamental em si mesmo considerado – positivado no art. 13.º da Constituição da República Portuguesa – mas igualmente num princípio estruturante de toda a ordem jurídica constitucional à luz do qual todos os demais direitos fundamentais e normas jurídicas deverão ser interpretados. Focando a atenção na dimensão do princípio da igualdade enquanto princípio estruturante, o mesmo reveste-se de duas dimensões; de uma dimensão *formal* e de uma dimensão *substancial*. Quanto à *dimensão formal*, trata-se de uma forma de igualdade na aplicação do direito no sentido de que a lei deve ser aplicada sem olhar ao destinatário; quanto à *dimensão substancial*, trata-se de uma igualdade substancial “*por via do direito*” no sentido de vincular o aplicador do direito à consagração material do princípio da igualdade em todas as suas vertentes. Quanto à consagração material deste princípio da igualdade, a mesma manifesta-se na formulação aristotélica, sumariamente repetida, de “*tratar igualmente o que é igual e desigualmente o que é diferente*”. Daqui resulta que a concretização (*verwirklichung*) da dimensão material do princípio da igualdade pressupõe um *juízo de comparação* entre situações a fim de se avaliar se são suficientemente idênticas a ponto de justificar um tratamento similar ou se, alternativamente, se justifica um tratamento diferenciado. Por último, refira-se somente que nos últimos 20 anos a doutrina constitucional comparada tem vindo a estender o alcance do princípio da igualdade mesmo nas relações jurídicas privadas nas quais não se verifique uma relação de “*supra-infra ordenação*” atendendo justamente à concepção do princípio da igualdade como “*obrigação de concretização*” permanentemente pendente sobre o aplicador do Direito⁵.

O princípio da igualdade dota-se de uma relação particular com a proibição da discriminação em virtude de – no bom rigor dos conceitos – se tratar de regras não apenas compatíveis mas sobretudo complementares. Em primeiro lugar, recorde-se que o princípio da igualdade impõe não apenas o tratamento similar de situações idênticas mas igualmente o tratamento diferenciado de situações distintas pelo que uma discriminação – compreendida no sentido literal de “*diferenciação*” – pode justamente consubstanciar uma concretização do princípio da igualdade; pense-se, por exemplo, numa adaptação do local de trabalho por forma a permitir a acomodação de uma pessoa que padeça de uma *disability* (*deficiência*). Em segundo lugar, recorde-se que o princípio da igualdade tem que ser

⁵ GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, pp. 398-406.

conciliado com outros princípios estruturantes da ordem jurídica – entre os quais o direito ao *livre desenvolvimento da personalidade* (art.º 26, n.º 1 Constituição da República Portuguesa) e o princípio da *autonomia privada* sobretudo na sua manifestação da *liberdade contratual* (arts. 16.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e 26.º e 61.º da Constituição da República Portuguesa)⁶ pelo que a ordem jurídica constitucional não apenas admite mas sobretudo promove a discriminação (entendida como diferenciação), tanto no domínio pessoal como económico, como uma manifestação da autonomia do seu humano. Por exemplo, grande parte do bem-estar pessoal do indivíduo resulta da sua capacidade de seleccionar (*i.e.*: discriminar) de entre as diversas pessoas que o circundam os seus verdadeiros amigos; mais mundanamente, se A pretender vender um objecto numa transacção privada e B lhe oferecer maiores garantias de pagamento do que C, ninguém poderá censurar a decisão de A vender a B em detrimento de C uma vez que oferece menor risco de incumprimento do contrato.

O problema com a discriminação não reside tanto no acto de discriminar como no seu fundamento; sucede que, desde a promulgação do *Civil Rights Act de 1964* e das diversas legislações que se inspiraram na mesma, diversos legisladores em todo o mundo têm vindo a consagrar um conjunto de “*fundamentos proibidos de discriminação*” sobre os quais uma diferenciação apenas poderá ser admitida em circunstâncias excepcionais. Dito por outras palavras: sem colocar em causa a discriminação como uma manifestação do livre desenvolvimento da personalidade e da autonomia privada, os legisladores têm vindo a proibir que essa discriminação (entendida no sentido de diferenciação) possa ter por fundamento determinadas características em certas áreas de actividade salvo na presença de um motivo ponderoso. O catálogo destes “*fundamentos proibidos de discriminação*” varia consideravelmente entre os ordenamentos jurídicos (sendo normalmente mais amplo nos países da Europa Continental e mais selectivo nos países da *common law*) mas normalmente correlaciona-se com determinadas características imutáveis do ser humano sobre as quais não faz sentido admitir uma discriminação em virtude de – em rigor – não dependerem da vontade da pessoa; por exemplo, ninguém poderá afirmar de boa-fé a legitimidade de uma decisão de arrendar uma casa ou de contratar para um emprego somente com fundamento – por exem-

⁶ LOUREIRO, C. (2010), *Liberdade contratual e discriminação em função do sexo: a Lei n.º 14/2008*, Tékhe, n.º 13.

plo – na etnia, no sexo ou na idade do proponente uma vez que estas características são inerentes ao ser humano e escapam completamente à sua vontade e controlo; mesmo nas características dependentes da vontade do ser humano (*e.g.*: gravidez, filiação sindical, estado civil) existirão motivos de ordem pública que justificarão que estas características não possam ser consideradas como um fundamento legítimo de diferenciação em determinadas áreas de actividade (*e.g.*: emprego, habitação, acesso a produtos financeiros). Daí que o problema não resida tanto na conduta discriminatória como no *fundamento* (*i.e.*: com base em quê) com que se discrimina.

Daqui resultam três importantes conclusões que deverão orientar a identificação de uma situação discriminatória: em primeiro lugar, o conceito de discriminação tem subjacente uma concepção profundamente *individualista* do ser humano; visa combater os estereótipos associados com determinados grupos sociais (*e.g.*: minorias sexuais, minorias étnicas, grupos etários) e obrigar o decisor a reconsiderar a pessoa vítima da discriminação como um indivíduo e não tanto como membro de um determinado grupo; muito embora esta concepção tenha sido alvo de algumas críticas atendendo ao seu carácter profundamente assimilacionista e à desconsideração do papel do Direito Antidiscriminação no reconhecimento e promoção dos direitos de determinadas minorias (sobretudo sexuais e religiosas) que pretendem justamente ver-se diferenciadas numa sociedade livre e plural, a concepção individualista continua a ser predominante. Em segundo lugar, o conceito de discriminação tem em vista uma forma de *justiça correctiva*; este modelo de justiça tem em vista emendar um ilícito ocorrido numa transacção entre duas partes e opõe-se ao modelo de *justiça distributiva*, o qual se ocupa da repartição das oportunidades e recursos dentro de uma determinada sociedade. O conceito de discriminação pretende proporcionar ao indivíduo que tenha sido objecto de um tratamento diferenciado com base num fundamento proibido de discriminação uma via para reagir contra esse mesmo tratamento e assim corrigir o ilícito, repondo a situação das partes como se esse tratamento diferenciado nunca tivesse ocorrido. Muito embora, no longo termo, as decisões em casos individuais possam revestir-se de externalidades positivas sobre outros indivíduos com as mesmas características e desta forma redistribuir reflexamente os recursos em direcção ao grupo como um todo, o enfoque principal das normas continua a ser a justiça correctiva. Por último, o conceito de discriminação tem sempre por base um juízo de *comparação*; esta comparação poderá ser estabelecida quer em relação a um indivíduo *concreto*, quer em relação

a um indivíduo *hipotético* e destina-se a permitir ao julgador avaliar se a decisão teria sido a mesma caso a actuação do discriminador não tivesse subjacente um determinado fundamento proibido⁷.

Nestes termos, pode-se afirmar que o Direito Antidiscriminação constitui uma concretização do princípio da igualdade; sem olvidar o princípio aristotélico que impõe o tratamento similar de situações idênticas, o Direito Antidiscriminação erigiu um conjunto de fundamentos com base nos quais uma diferenciação se considera proibida salvo ocorrendo circunstâncias excepcionais. Encontra-se ainda erigido sobre três elementos – *individualismo*, *correção* e *comparação* – que constituem os três eixos ordenadores do juízo de comparação no caso concreto.

Por último, a prática jurisprudencial e os legisladores nacionais reconheceram cinco modalidades distintas de discriminação: a *discriminação directa* (*disparate treatment*), a *discriminação indirecta* (*disparate impact*), o *assédio* (*harassment*), a *instrução para discriminar* (*instruction to discriminate*) e os *actos de retaliação* (*victimization*). Pelos motivos que exporemos adiante, os mesmos poderão ser reduzidos somente a duas grandes categorias (discriminação directa e indirecta) em virtude de o *assédio*, a *instrução para discriminar* e os *actos de retaliação* constituírem modalidades específicas da discriminação directa, pelo que irão ser analisadas como uma subcategoria desta.

III. A discriminação directa

O conceito de “*discriminação directa*” constitui um elemento central na presente análise porquanto constitui a forma mais aberta e evidente de discriminação; as suas origens radicam no direito norte-americano, tendo o *Supreme Court* deste país desenvolvido a teoria do “*disparate treatment*” (“*tratamento diferenciado*”) como uma modalidade de discriminação na sequência de algumas pronúncias sobre o *Title VII* do *Civil Rights Act* de 1964, das quais pontifica a decisão *McDonnell Douglas v. Green*. Na medida em que as decisões dos Tribunais superiores nos EUA e no RU tiveram uma influência determinante no desenvolvimento do conceito de “*discriminação directa*” que foi transplantado para o Direito Europeu

⁷ SCHIEK, WADDINGTON, and BELL, *Cases, Materials and Text on National, Supra-National and International Non-Discrimination Law*, pp. 1-31, Donohue, *The Law and Economics of Antidiscrimination Law*; POST, “The Logic of American Antidiscrimination Law”; SCHWAB, “Employment Discrimination”; ISSACHAROF and SCHARFF, *Antidiscrimination in Employment: The Simple, the Complex and the Paradoxical*.

e transposto para os ordenamentos nacionais, importa fazer alusão às decisões destes ordenamentos a fim de compreender com maior clareza os dados da questão.

a) Origens e fundamentos da discriminação directa

A discriminação directa constitui a modalidade mais evidente e frontal de discriminação, por via da qual uma pessoa objectivamente sofre um tratamento diferenciado com base num fundamento de discriminação. Um exemplo clássico de uma discriminação directa poderá ser encontrado no caso *Zerman*⁸, julgado pela *Cassazione* italiana, na qual os proprietários de um bar localizado em Verona foram condenados por discriminação racial com fundamento no facto de reiteradamente se terem recusado a servir um grupo de clientes de etnia norte-africana, tendo ficado provado que o dono chegou mesmo a afirmar, numa ocasião, que apenas servia quem quisesse. Cerca de 30 anos antes, o 9.º Circuito do *Court of Appeals* dos EUA decidiu no caso *Slack v. Havens*⁹ que existia uma situação de discriminação directa (*disparate treatment*) com fundamento na raça numa situação em que um superior hierárquico solicitou a quatro trabalhadores negros que realizassem tarefas de limpeza numa loja, ao mesmo tempo que dispensou um trabalhador branco de realizar essas mesmas tarefas, tendo respondido aos seus protestos alegando que “*as pessoas de cor devem saber o seu lugar*” e que “*as pessoas de cor devem fazer limpezas em virtude de limparem melhor*”. Em paralelo, no Reino Unido o *Court of Appeal* decidiu no caso *Ministry of Defence v. Jeremiah*¹⁰ que não existia discriminação em função do sexo numa situação em que as mulheres trabalhadores numa fábrica eram dispensadas de trabalhar num determinado local bastante sujo (designado de *colour-bursting shop*) em virtude de o trabalho nesse ambiente estragar o seu penteado, o qual – nas palavras do Tribunal – constitui a “*coroa de glória das mulheres*” (*a woman’s hair is her crown of glory*) que não deve ser perturbado, em particular após uma ida ao cabeleireiro (*sic*)¹¹.

⁸ Acórdão da Corte Suprema di Cassazione de 5 de Dezembro de 2005, proc. N.º 4688/03 R.G.

⁹ ISABELL SLACK and KATHLEEN HALE *et al.* v. GLENN C. HAVENS, Individually, and doing business as Havens Industries, *et al.* ref. 522 F.2d 1091

¹⁰ Ministry of Defence v. Jeremiah, ref. [1980] QB 87, [1980] ICR 13

¹¹ GREEN, “Discrimination in Workplace Dynamics: Toward a Structural Account of Disparate Treatment Theory”; LOKIEC and ROBIN-OLIVIER, “Approche Comparative Du

Estes casos constituem uma ilustração do entendimento inicial em relação à discriminação; na medida em que as normas que pretendiam combater a discriminação visavam proteger determinados grupos dos prejuízos resultantes de uma diferenciação enraizada na sociedade, os mesmos apenas deveriam ser protegidos se e enquanto fossem alvo desse mesmo prejuízo. Um acto discriminatório encontrava-se reduzido a um *acto aberta e objectivamente lesivo da dignidade de um indivíduo* como aquele que encontramos nos casos *Zerman* e *Slack* resumidos no parágrafo anterior; uma diferença objectiva de tratamento em função do sexo como aquela descrita no caso *Jeremiah* não se encontrava qualificada como discriminação em virtude de não possuir uma motivação ou efeito negativo.

Esta primeira perspectiva em relação ao conceito de “discriminação” foi alvo de severas críticas alicerçadas, sobretudo, em dois grupos de razões.

Em primeiro lugar, considerou-se que este entendimento reforçava os papéis dos estereótipos que a legislação antidiscriminatória pretendia justamente combater. Com efeito, um “estereótipo” (do grego *stereos+typos*, literalmente “*impressão sólida*”) consiste numa regra de experiência que visa colmatar a falta de informação sobre um determinado indivíduo, atribuindo-lhe certas convicções generalizadas acerca de um grupo. Por exemplo, na avaliação da aptitude de um indivíduo para realizar um determinado trabalho, a exibição por parte deste de uma qualquer certificação poderá constituir uma forma de o avaliador partir do princípio que o candidato tem as aptidões necessárias para a função, em virtude de – habitualmente – os titulares daquelas certificações possuírem os pressupostos exigidos para a mesma. Estes estereótipos podem ser *normativos* ou *estatísticos* conforme se alicerçarem somente em convicções generalizadas acerca de um determinado grupo sem quaisquer dados objectivos (*e.g.*: as mulheres normalmente gostam de crianças) ou terem uma base sólida para a mesma (*e.g.*: as mulheres, em média, calçam um número inferior à média dos homens). A crítica assenta no facto de os estereótipos constituírem uma forma geralmente cruel e rudimentar de avaliação das aptidões de um determinado indivíduo, atribuindo-lhe determinadas características de um grupo para as quais não contribuiu, constituindo mesmo um desincentivo ao combate a esses mesmos estereótipos; por exemplo, a circunstância de determinados grupos étnicos

Droit de La Non-Discrimination”; SCHIEK, WADDINGTON, and BELL, *Cases, Materials and Text on National, Supra-National and International Non-Discrimination Law*.

minoritários serem particularmente afectados por baixa escolaridade pode, paradoxalmente, constituir justamente um desincentivo à formação em virtude de (frequentemente) se formar no indivíduo a convicção de que a mesma não lhe vai abrir outras oportunidades profissionais e que nunca vai obter o retorno do seu investimento, atendendo aos estereótipos formados acerca do seu grupo étnico. Referimos acima que o Direito Antidiscriminação tem um enfoque particularmente individualista pelo que o mesmo visa justamente combater esses estereótipos, ao passo que a linha jurisprudencial assinalada acima apenas reforça os estereótipos formados acerca de um grupo. As palavras do *Supreme Court* dos EUA a este respeito foram proféticas quando este afirmou em 1978 no caso *L.A. Department of Water v. Manhart*¹² que “o enfoque [da legislação antidiscriminatória] não deixa margem para dúvidas na medida em que impede o tratamento dos indivíduos simplesmente como membros integrantes de um grupo racial, religioso, sexual ou nacional”.

Em segundo lugar, considerou-se ainda que este entendimento não concretizava o princípio da igualdade. Vimos acima que o princípio da igualdade tem não apenas uma dimensão formal (igualdade no direito) mas – sobretudo – uma *dimensão substancial* no sentido de “*igualdade por via do direito*”. Esta última vertente encontrava-se seriamente comprometida ao permitir que o conceito de discriminação solidificasse jurisprudencialmente estereótipos formados acerca de um determinado grupo salvo quando os mesmos fossem abertamente prejudiciais em relação ao mesmo. Por outro lado, à medida que essas manifestações de preconceito fossem qualificadas como ilícitas nos Tribunais, as mesmas passariam naturalmente para formas mais encobertas mas não menos discriminatórias de tratamento diferenciado de uma pessoa como membro de um determinado grupo, pelo que, no bom rigor dos conceitos, colocava em causa a própria eficácia das normas e o propósito que visavam atingir¹³.

Daí que a jurisprudência tenha progredido para um entendimento do conceito de discriminação de acordo com o qual a identificação de uma situação discriminatória passará pela consideração indevida de um fundamento proibido de discriminação no processo de decisão do discriminador.

¹² *City of Los Angeles Department of Water and Power v. Manhart* (No. 76-1810), 435 US 702. A tradução é da responsabilidade do autor.

¹³ MCCOLGAN, *Discrimination Law – Text, Cases and Materials*; DÄUBLER, “Was Bedeutet ‘Diskriminierung’ Nach Neuem Recht”; REICHOLD, “Diskriminierungsschutz Und Verfassungsrecht.”

Existirá uma situação de discriminação a partir do momento em que se consiga demonstrar que o discriminador considerou um fundamento proibido de discriminação no seu processo de decisão sem que existisse uma razão válida para tal.

Esta mudança jurisprudencial começou nos EUA com um processo que teve uma influência determinante na questão do ónus da prova em matéria discriminatória. No caso *McDonnell Douglas v. Green*¹⁴, um mecânico de etnia negra foi alvo de um processo de despedimento no contexto de uma redução da força de trabalho na empresa; o mecânico despedido decidiu então participar num protesto contra o despedimento colectivo tendo usado a sua viatura, juntamente com outros trabalhadores, para bloquear transitoriamente a estrada; pouco tempo depois, o mecânico respondeu a um anúncio da mesma empresa onde se solicitava candidatos para um posto de trabalho para o qual tinha qualificações, tendo a sua candidatura sido rejeitada com fundamento na sua participação no protesto; impugnou então a decisão alegando que a mesma tinha subjacentes motivações raciais; o *Supreme Court* decidiu que o autor apenas tem que alegar que possui um fundamento proibido de discriminação e que tinha todas as qualificações para o emprego em questão, constituindo depois ónus do Réu provar que a sua acção não teve por base uma motivação racial; caso o Réu justifique a sua conduta com motivações não-discriminatórias, o Autor poderá replicar demonstrando que as explicações do Réu constituem apenas um pretexto para a discriminação e que *se poderá inferir do conjunto de circunstâncias que, mau grado as explicações do Réu, as suas acções (do Réu) tiveram por subjacente a consideração de um fundamento proibido de discriminação.*

Já no Reino Unido, no caso *James v. Eastleigh Borough Council*, um reformado impugnou judicialmente o regulamento da piscina de um determinado município que continha a seguinte norma: as mulheres com mais de 60 anos e os homens com mais de 65 poderiam beneficiar de entrada gratuita; a diferença justificava-se com fundamento no facto de, naquela altura, as idades de reforma serem distintas para homens e para mulheres na legislação britânica e o município simplesmente pretender proporcionar aos reformados o benefício de utilização gratuita das suas instalações. A instância suprema Britânica – na altura a *House of Lords* – considerou que se o objectivo da legislação consiste em assegurar o tratamento idêntico de pessoas independentemente do sexo, a única

¹⁴ *McDonnell Douglas Corp. v. Green*, 411 US 792 (1973).

questão a averiguar consiste em determinar se a pessoa em causa teria tido o mesmo tratamento independentemente do seu sexo (*but for his or her sex*); caso se consiga demonstrar que a pessoa teria tido o mesmo tratamento caso pertencesse ao sexo oposto então não se poderá afirmar que a conduta do discriminador tenha tido por fonte o seu sexo; caso se demonstre que o discriminador teria agido de forma diferente, então a conduta foi motivada pelo sexo, o que constitui um fundamento proibido de discriminação. Trata-se de um simples teste de causalidade adequada em vista a determinar se a conduta do discriminador teria sido a mesma caso não fosse considerado o fundamento de discriminação. Este “teste” foi reiterado em jurisprudência posterior a propósito de outros fundamentos de discriminação¹⁵.

Estes dois casos, apesar de terem sido proferidos por jurisdições distintas, são essenciais para compreender a lógica subjacente ao conceito de discriminação directa. Vimos acima que o Direito Antidiscriminação possui um enfoque particularmente individualista na medida em que visa combater os estereótipos associados com determinados grupos sociais e assegurar assim a concretização do princípio da igualdade, no seu sentido de igualdade formal, ao eliminar progressivamente os prejuízos derivados desses estereótipos. A jurisprudência inicial tinha o inconveniente de colocar o enfoque na *motivação* do discriminador para considerar como ilícito o acto discriminatório, o que não apenas suscitava delicadas questões de prova, sobretudo à medida que as discriminações directas deixassem de ser ostensivas e passassem a actos mais encobertos, como perpetuava os estereótipos formados acerca de um determinado grupo que a legislação visava combater. A nova jurisprudência colocou o enfoque no próprio *processo de decisão do discriminador*, ao considerar como “*ilícito per se*” a consideração de um fundamento proibido de discriminação no processo de decisão do discriminador na ausência de uma justificação válida para tal. O intérprete encontra-se obrigado à realização de um juízo de causalidade adequada e questionar *se o tratamento teria sido idêntico caso o fundamento proibido de discriminação não tivesse sido considerado* (“*but for*” methodology). Por outro lado, repare-se que a identificação de uma situação discriminatória passa a ser *indirecta* podendo ser retirada de todas as circunstâncias relevantes do caso.

¹⁵ MCCOLGAN, *Discrimination Law – Text, Cases and Materials*; LOKIEC and ROBIN-OLIVIER, “Approche Comparative Du Droit de La Non-Discrimination”; BAMFORTH, MALIK, and O’CINNEIDE, *Discrimination Law. Theory and Context*.

b) A problemática do comparador adequado e a questão da “equal misery”

Referimos acima que a “comparação” constitui um dos elementos essenciais do Direito Antidiscriminação na medida em que, no fundo, assenta na alegação de que o indivíduo visado teria sido objecto de um tratamento diferente caso o agente discriminador não tivesse considerado o fundamento de discriminação na sua decisão. Este juízo pressupõe a identificação de um “comparador” no sentido de um determinado indivíduo em relação a quem se vai realizar o juízo de averiguação se o tratamento teria sido idêntico.

Em primeiro lugar, importa salientar que este comparador pode ser *real* ou *hipotético*: um comparador diz-se *real* quando consistir numa pessoa concreta em relação a quem a vítima da discriminação afirma ter sido objecto de um tratamento diferenciado com base num fundamento de discriminação; por seu turno, o comparador diz-se *hipotético* quando não for possível identificar uma pessoa concreta em relação à qual estabelecer o juízo de discriminação e consiste num exercício intelectual em vista a determinar se o tratamento teria sido diferente na ausência da consideração do fundamento de discriminação (e.g.: se A não fosse homossexual não teria sofrido assédio moral). Esta técnica da comparação cumpre duas funções extremamente importantes: antes de mais estabelece o “*standard*” em relação ao qual se vai avaliar se a vítima da discriminação efectivamente sofreu um acto discriminatório e – além disso – permite ainda identificar com maior clareza a eventualidade do processo de decisão do discriminador ter sido influenciado pela consideração do fundamento de discriminação¹⁶.

Dois processos decididos nos Tribunais britânicos revelam a importância e dificuldade inerentes à escolha de um elemento comparador: no caso *Shamoon v. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*¹⁷, uma inspectora cujas funções consistiam em realizar avaliações do trabalho das forças policiais foi demitida das suas funções após ter recebido diversas reclamações em relação às suas avaliações; impugnou a decisão alegando discriminação em razão do sexo em relação a dois inspectores de sexo masculino que realizavam as mesmas funções cujo trabalho

¹⁶ MESTRE, “Variations on Comparators and the Realpolitik of Proportionality”; MESTRE, “Transgender Discrimination as Sex Discrimination: A Contextual and Comparative Analysis of European and American Courts’ Case Law”.

¹⁷ *Shamoon v. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary* [2003] UKHL 11.

nunca tinha sido objecto de quaisquer reclamações; o *Court of Appeal* considerou que não existiam indícios de discriminação em função do sexo com fundamento justamente nos comparadores, uma vez que nunca tinham sido formuladas quaisquer reclamações em relação ao trabalho deles e nada indicava que, caso os inspectores homens tivessem sido objecto das mesmas reclamações, os seus superiores não se tivessem adoptado as mesmas medidas; no caso *Bahl v. The Law Society*¹⁸, uma advogada de raça negro-asiática (*black asian*), que exercia funções de direcção numa organização profissional, demitiu-se após uma comissão de inquérito ter considerado fundadas as queixas formuladas contra ela de comportamento intimidatório e *bullying* sobre outros membros da organização em causa; o *Court of Appeal* considerou que não existiam elementos que apontassem para um comportamento discriminatório por parte da organização profissional em virtude de não existirem motivos que indiciassem que o comportamento deles, tomando em consideração as circunstâncias do caso, fosse diferente na eventualidade de a advogada ser de sexo ou raça diferentes. Estes dois casos, que ilustram justamente a utilização de um comparador real e de um comparador hipotético e demonstram a importância da escolha do elemento comparador na decisão de um processo envolvendo discriminação.

Em segundo lugar, a identificação de um elemento comparador exige que as circunstâncias nos dois casos sejam idênticas ou – pelo menos – que não sejam materialmente distintas. Com efeito, a escolha do elemento comparador pode alterar completamente a decisão do processo na eventualidade de este se encontrar em circunstâncias materialmente distintas da pessoa que alega discriminação. O caso britânico *Dhatt v. McDonaldsHamburgers Ltd*¹⁹ ilustra esta dificuldade: neste processo, um emigrante indiano residente no RU foi demitido das suas funções em virtude de não ter conseguido fazer prova perante o empregador de que tinha permissão de trabalho no RU; após ter impugnado a decisão alegando discriminação em função da raça em relação a nacionais da União Europeia a quem não foram realizadas essas exigências, o Tribunal considerou que a comparação com nacionais da União Europeia não permitia estabelecer discriminação em função da raça em virtude de esse documento não ser exigido de nacionais da União Europeia, apenas a nacionais de estados terceiros. Todavia, há que tomar cuidado na

¹⁸ *Bahl v. The Law Society*, [2004] EWCA Civ 1070.

¹⁹ *Dhatt v. McDonaldsHamburgers Ltd*, [1991] IRLR 130, CA (EOR 36).

escolha das “*circunstâncias relevantes*” para efeitos de uma comparação em virtude de uma escolha dessa natureza correr justamente o risco de perpetuar os estereótipos que a legislação antidiscriminatória pretende combater; por exemplo, no caso *Ministry of Defence v. Jeremiah*, citado acima, a decisão do Tribunal atendeu somente à (pressuposta) importância do penteado para um dos sexos para justificar a perpetuação de um tratamento diferenciado.

Em terceiro lugar, devemos ainda atender à circunstância de existirem situações em que a escolha de um comparador adequado se revela impossível em virtude de não ser possível estabelecer uma comparação por razões objectivas. A situação mais evidente consiste na discriminação em função do sexo com fundamento num estado de gravidez; a discriminação não pode ser estabelecida em relação a uma mulher não-grávida em virtude de ser do mesmo sexo do que a pessoa objecto da discriminação; por seu turno, não pode ser estabelecida em relação a um homem pela circunstância objectiva de que os homens não engravidam!! Esta constitui – aliás – o entendimento do TJUE, o qual considerou nos casos *Dekker* e *Webb*²⁰ que a discriminação de mulheres grávidas constituía uma discriminação em função do sexo com fundamento na simples premissa de que *apenas as mulheres podem engravidar* (!!), tendo rejeitado liminarmente quaisquer comparações com situações de doença para justificar essa discriminação em relação a homens. Todavia – apenas como ilustração das dificuldades e da importância da escolha de um elemento comparador –, o *Supreme Court* dos EUA considerou em 1974 no caso *Geduldig v. Aiello*²¹ inexistir discriminação em função do sexo na exclusão de mulheres grávidas de determinados benefícios por parte de um plano de seguros em virtude de os beneficiários desse programa se restringirem a “*pessoas não-grávidas*”, o que abrange tanto homens como mulheres que não se encontrem em estado de gestação; esta decisão motivou a aprovação do *Pregnancy Discrimination Act de 1978* que alargou a protecção da discriminação em função do sexo em relação a mulheres grávidas²².

²⁰ TJUE: Elisabeth Johanna Pacifica Dekker v. Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus, C-177/88; Webb v. EMO Air Cargo (UK) Ltd (No 2), C-32/93.

²¹ Geduldig v. Aiello, 417 US 484 (1974).

²² Estes casos merecem uma explicação adicional: no bom rigor dos conceitos, não se trata de uma discriminação em função do sexo mas em função do estado de gravidez; todavia, atendendo à circunstância de frequentemente as legislações nacionais conterem

A escolha do comparador suscita ainda uma segunda problemática – que tem ligações com o ponto anterior – que poderá ser traduzida como “*tratamento identicamente menos favorável*” (*equal misery*). A questão pode ser sinteticamente sumariada: em bom rigor, o Direito Antidiscriminação não proíbe tratamentos menos favoráveis, apenas proíbe os tratamentos menos favoráveis de uma pessoa em relação a outra que se devam a um factor de discriminação; caso o discriminador faça a prova de que “*trata todos desfavoravelmente, sem discriminações*”, então a conduta será sinistra mas não será discriminatória. Por exemplo, no caso britânico *Emokpae v. Chamberlain Solicitors*²³, um advogado despediu a sua secretária na sequência de receios quanto ao conhecimento público da sua relação pessoal com a mesma; o *Court of Appeal* considerou que não havia discriminação em função do sexo em virtude de o receio do causídico se dever à divulgação da relação pessoal com a secretária e não tanto com o sexo desta, sendo equacionável que tomasse a mesma atitude caso tivesse uma relação homossexual com um secretário masculino. O TJUE já utilizou este argumento em, pelo menos, uma ocasião no caso *Grant v. Southwest Trains*²⁴ no qual decidiu que a proibição da discriminação em função do sexo previsto no art. 157.º TFUE (anterior art. 141.º TCE) não implicava a igualdade de benefícios no emprego entre unidos de facto homossexuais e heterossexuais em virtude de o benefício previsto na convenção colectiva em causa (viagens gratuitas para o cônjuge) ser negado tanto a unidos de facto masculinos como femininos; a escolha do comparador neste caso (comparação entre um casal lésbico e um casal homossexual masculino para concluir pela inexistência da discriminação em função do sexo, em virtude de o benefício ser negado a ambos) aparenta ter sido influenciada pela circunstância de, à data do litígio, a discriminação por motivos de orientação sexual não se encontrar ainda vedada pelo Direito Comunitário e o TJUE não pretender criar jurisprudencialmente este fundamento de discriminação a nível comunitário; repare-se que o casal lésbico em questão alegava

um *numerus clausus* de fundamentos de discriminação e, na altura em que as decisões citadas foram proferidas, a gravidez não se encontrar positivada como um fundamento de discriminação, o TJUE reconduziu a discriminação ao fundamento do sexo pela circunstância objectiva de os homens não poderem engravidar; por esse motivo nunca se poderia estabelecer discriminação em relação a um homem. Uma discriminação em função do estado de gravidez é sempre em função do sexo porque só as mulheres podem engravidar!

²³ *Emokpae v. Chamberlain Solicitors* [2004] All ER (D) 110.

²⁴ *Lisa Jacqueline Grant v. South-West Trains Ltd*, C-249/96.

discriminação em relação a casais heterossexuais pelo que a escolha da comparação com casais homossexuais (dois homens) releva como a escolha do comparador influencia decisivamente a decisão sobre a existência de uma discriminação²⁵.

c) *As justificações da discriminação directa*

As linhas anteriores demonstram como a discriminação directa é encarada de uma forma assaz negativa pelo Direito Antidiscriminação, ainda que o agente discriminador não tenha uma intenção negativa na sua actuação, na medida em que se trata de uma opção política de tornar determinados fundamentos de discriminação tão irrelevantes quanto possível em determinados segmentos da vida. Todavia, pode justamente haver situações em que esse tratamento diferenciado se imponha pela própria natureza da prestação a ser realizada: o exemplo clássico é oferecido pelos trabalhos de palco ou de modelo; faz plenamente sentido que uma empresa restrinja a homens os papéis de – por exemplo – John Falstaff da ópera homónima de Giuseppe Verdi (na qual o papel se distingue pela sua sonora voz de barítono e aspecto rotundo e viril) ou a mulheres de modelo para uma conceituada marca de roupa feminina.

A admissibilidade da invocação dos requisitos ocupacionais genuínos como justificação para uma discriminação directa encontra-se prevista no ponto 23 e art. 4.º da Directiva 2000/78 e no art. 4.º da Directiva 2000/43. Estas normas admitem que uma diferença de tratamento seja invocada como uma justificação para uma medida discriminatória desde que a mesma (1) constitua um *requisito ocupacional genuíno* para o exercício da profissão e (2) cumpra os habituais pressupostos da *proporcionalidade (legitimidade e adequação)*.

Em primeiro lugar, importa salientar que, independentemente do entendimento que se venha a adoptar sobre as situações concretas a serem excepcionadas, o alcance da mesma deve ser interpretado restritivamente; na medida em que se trata de uma restrição ao direito fundamental de

²⁵ Para estas questões *vide*: BAMFORTH, MALIK, and O’CINNEIDE, *Discrimination Law. Theory and Context*; MCCOLGAN, *Discrimination Law – Text, Cases and Materials*; SCHIEK, WADDINGTON, and BELL, *Cases, Materials and Text on National, Supra-National and International Non-Discrimination Law*; POST, “The Logic of American Antidiscrimination Law”; LOKIEC and ROBIN-OLIVIER, “Approche Comparative Du Droit de La Non-Discrimination (seconde Partie)”; ISSACHAROF and SCHARFF, *Antidiscrimination in Employment: The Simple, the Complex and the Paradoxical*.

não ser discriminado, apenas poderão ser admitidas as situações em que esse factor de discriminação se imponha determinantemente na situação em causa. Däubler²⁶ critica a formulação legal, questionando por que não atender somente à actividade em si mesma considerada e não – como indica o texto legal – “à natureza da actividade em causa e ao contexto da sua prestação”. Cremos que isto se deve à circunstância de – no bom rigor dos conceitos – quase não existirem actividades que não possam ser identicamente desempenhadas por homens/mulheres ou pessoas de outras raças ou religiões; o que se pode dizer é que poderão não ser adequadamente ou, pelo menos, tão bem desempenhadas como se atendêssemos a um certo factor de discriminação; os anúncios de roupa para jovens perderão o seu impacto se os modelos tiverem 50 anos; os anúncios de *lingerie* perderão o seu apelo se os modelos forem homens!

Em segundo lugar, indo um pouco além do contexto das artes dramáticas e da indústria da moda, a doutrina e a jurisprudência têm vindo a permitir a invocação da excepção dos requisitos ocupacionais genuínos em circunstâncias onde – no bom rigor dos conceitos – se suscita mais a questão das “empresas de tendência” no âmbito do Direito do Trabalho, mediante a atendibilidade da “natureza da actividade em causa e ao contexto da sua prestação”; por exemplo, ninguém poderá questionar que um restaurante chinês prefira contratar somente empregados de etnia asiática para manter um ambiente de “autenticidade” no estabelecimento, ainda que os mesmos tenham nascido no país onde o restaurante se encontra sítio e estejam tão integrados quanto os nacionais da etnia dominante ou que um talho especializado na venda de carne “kosher” ou “halal” contrate somente talhantes de religião hebraica ou muçulmana. Sucede que as normas europeias em relação à Antidiscriminação devem igualmente ser lidas à luz da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e esta garante igualmente a *liberdade de empresa* como um direito fundamental no seu art. 16.²⁷ Num caso e noutra trata-se de situações em que o próprio contexto da actividade em causa impõe que a mesma, para que seja bem-sucedida, seja prestada somente por determinadas pessoas

²⁶ DÄUBLER, “Was Bedeutet ‘Diskriminierung’ Nach Neuem Recht”.

²⁷ Para a complexa questão das “preferências dos clientes” como justificação para um requisito ocupacional genuíno, vide MESTRE, “Discriminação Em Função Da Idade. Análise Crítica Da Jurisprudência Comunitária E Nacional”; RADLINGMAYR, “Customer Preferences Und Arbeitsrechtliche Diskriminierungsverbote”.

ainda que – no bom rigor dos conceitos – pudesse ser prestada por outras sem atender a dito fundamento de discriminação.

Em terceiro lugar, o cerne da questão reside na extensão com que essa excepção poderá ser admitida; por exemplo, imaginando que um estabelecimento de diversão orientado para o público *gay* pretende contratar uma secretária administrativa, será exigível que esta seja de orientação sexual homossexual ainda que não tenha contacto directo com o público-alvo? No caso *Wolf v. Stadt Frankfurt am Main*²⁸, o TJUE considerou que a idade inferior a 30 anos constitui um requisito ocupacional genuíno para aceder à profissão de bombeiro atendendo não apenas aos pressupostos físicos exigidos para o exercício da função mas sobretudo à necessidade de garantir um determinado balanço etário dentro da corporação de bombeiros e de assegurar que a carreira teria a possibilidade de se prolongar por um determinado número de anos a fim de amortizar os avultados custos de formação. A questão acaba sempre por radicar na problemática da *proporcionalidade*, não apenas na legitimidade do objectivo invocado mas sobretudo no teste da *adequação* e da *proibição do excesso*; até que ponto é que o agente discriminador não poderia atingir o mesmo objectivo com medidas menos restritivas? Trata-se de uma questão que apenas poderá ser respondida no caso concreto e que – sobretudo – deverá atender não apenas ao contexto da prestação laboral mas igualmente aos propósitos do Direito Antidiscriminação de tornar os fundamentos de discriminação cada vez mais irrelevantes em determinadas áreas-chave na sociedade e apagar progressivamente os preconceitos sociais existentes.

d) A definição legal

Posto isto, encontramos-nos em condições de compreender a definição de discriminação directa prevista no Direito Comunitário. Com efeito, lê-se no art. 2.º, n.º 2, al. a), da Directiva 2000/78 o seguinte:

“*Considera-se que existe discriminação directa sempre que, por qualquer dos motivos referidos no artigo 1.º, 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.*”

Em primeiro lugar, a remissão para os “motivos enunciados no art. 1.º” chama à colação a circunstância de a discriminação directa se reconduzir

²⁸ TJUE: Colin Wolf v. Stadt Frankfurt am Main, C-229/08.

sempre a um elemento de discriminação, de acordo com o teste de causalidade que enunciamos; em segundo lugar, existe uma discriminação sempre que um determinado indivíduo seja objecto de um “*tratamento menos favorável*”, ou seja, sempre que sofra um determinado prejuízo que não tem que ser expresso, evidente ou sequer explícito, podendo ser deduzido de elementos indiciários; em terceiro lugar, a referência a “*outra pessoa*” chama à colação a problemática do elemento comparador; por último, a referência a uma “*situação comparável*” refere-se à exigência de que as circunstâncias sejam idênticas num caso e noutra para se permitir um juízo da existência de uma situação de discriminação.

IV. A discriminação indirecta

A discriminação indirecta teve origem na prática jurisprudencial norte-americana e, ao contrário do que sucede com a discriminação directa, não está tanto preocupado com o estado cognitivo do discriminador como com o impacto de normas formuladas de uma forma neutra. Dito por outras palavras: ao passo que na discriminação directa (*disparate treatment*) existe um tratamento diferenciado de uma determinada pessoa com base num fundamento proibido de discriminação (ainda que bem intencionadamente), na discriminação indirecta (*disparate impact*) um critério formulado de uma forma neutra tem um impacto desproporcionado sobre um determinado grupo protegido por um fundamento de discriminação. Trata-se, ao fim de contas, de analisar *objectivamente* o impacto de um critério sobre um determinado grupo independentemente do estado cognitivo do discriminador²⁹.

Esta modalidade de discriminação suscita um conjunto de interrogações de resposta extremamente complexa: em primeiro lugar, a microeconomia ensina-nos que, num mundo de recursos escassos, todo o ser humano tem que realizar escolhas de alocação dos recursos de que dispõe pelo que, no bom rigor dos conceitos, qualquer norma que seja tem – necessariamente – efeitos indirectos sobre determinados grupos, na medida em que vai determinar a inclusão de determinados indivíduos e a exclusão de outros (veja-se o caso das médias de entrada na faculdade); a questão não passa pela existência desses efeitos indirectos pois, no bom rigor dos conceitos,

²⁹ ADOMEIT and MOHR, “Die Mittelbare Diskriminierung Als Instrument Überindividueller Verhaltenssteuerung”; *ibid.*; LOKIEC and ROBIN-OLIVIER, “Approche Comparative Du Droit de La Non-Discrimination (seconde Partie)”; SCHWAB, “Employment Discrimination”; DONOHUE, *The Law and Economics of Antidiscrimination Law*.

o que se proíbe é que os mesmos sejam desproporcionados; dito por outras palavras, *não pode ter um impacto desproporcionado sobre um determinado grupo!* Por outro lado, ao contrário do que sucede com a discriminação directa, a enfoque individualista do Direito Antidiscriminação não se revela aqui tão evidente sendo mais plausível admitir que, sob a capa da justiça individual, na realidade se prosseguem finalidades de justiça de grupo na medida em que uma decisão judicial que admita a existência de uma discriminação indirecta mais facilmente se revestirá de externalidades positivas sobre o grupo afectado pelo impacto³⁰.

Em segundo lugar, mesmo no Direito norte-americano onde originou, a discriminação indirecta tem tido uma carreira difícil na medida em que – a título de exemplo – só recentemente abrangeu a idade como factor de discriminação e ainda hoje suscita análises complexas sobretudo a nível da eleição do conjunto comparador (*pool for comparison*) a fim de determinar se determinada norma efectivamente se revestiu de um impacto desproporcionado sobre o outro grupo.

Em terceiro lugar, ao contrário do que sucede com a discriminação directa, que tem um conjunto de casos muito restrito de justificações, a discriminação indirecta admite um conjunto muito mais amplo de justificações colocando a ênfase na proporcionalidade, o que suscita complexas questões de admissão de alguns motivos invocados como justificação para o impacto de certas normas sobre determinados grupos.

O conceito de discriminação indirecta teve uma origem totalmente jurisprudencial no caso *Griggs v. Duke Power Co*³¹, neste litígio, uma fábrica erigiu como requisito de admissão ao seu serviço a exibição de um diploma que atestasse a conclusão do ensino secundário assim como a aprovação num teste de inteligência; todavia, resultou ainda provado que nenhum dos requisitos de admissão tinha qualquer relação com o trabalho que era exigido realizar na fábrica e consistia somente numa barreira ao acesso ao emprego; essa barreira afectava de uma forma desproporcionada um número elevado de cidadãos afro-americanos os quais, na altura em que o processo foi julgado, tinham sido educados em escolas segregadas (as quais tinham comprovadamente um nível educacional inferior) e eram bastante afectados pela pobreza e iliteracia, o que comprometia as suas hipóteses de conclusão do ensino secundário assim como os resultados nos

³⁰ SCHIEK, WADDINGTON, and BELL, *Cases, Materials and Text on National, Supra-National and International Non-Discrimination Law*.

³¹ *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 US 424 (1971).

testes de inteligência. O *Supreme Court* decidiu – numa fundamentação magnífica – que a legislação exigia a remoção de barreiras artificiais, arbitrárias e desnecessárias ao emprego quando as mesmas operavam com base num fundamento proibido de discriminação; essa legislação bane não apenas as condutas de *discriminação aberta* mas igualmente *as condutas que sejam formalmente justas mas discriminatórias no seu funcionamento*; o ponto crucial assenta na *necessidade empresarial*; caso não se demonstre que o critério discriminatório tem uma relação com a prestação laboral então o mesmo será proibido. Já no Reino Unido, a primeira decisão a reconhecer a existência da discriminação indirecta como modalidade de discriminação foi o caso *Hussein v. Saint Complete House Furnitures*³²; neste litígio, uma empresa de Liverpool recusava-se a contratar pessoas provenientes de uma circunscrição administrativa designada Liverpool 8 (independentemente da raça ou do sexo das pessoas), na qual mais de metade da população era negra, alegando que, como se tratava de uma zona de elevado desemprego, os amigos dos funcionários tenderiam a deambular às portas do estabelecimento, prejudicando assim a imagem da empresa; o Tribunal de 1.^a instância considerou que existia aqui discriminação indirecta em função da raça, não tendo admitido a justificação, na medida em que se tratava de uma medida que claramente afectava desproporcionalmente um determinado grupo racial.

A doutrina tem avançado genericamente dois tipos de justificações para a proibição da discriminação indirecta. Em primeiro lugar, a proibição indirecta justifica-se com fundamento na preocupação de impedir o contorno das normas que vedam a discriminação mediante a adopção de critérios que produzem, na prática, o mesmo efeito que a norma pretendeu proibir; o exemplo mais evidente do combate a este tipo de critérios encontra-se nas normas e jurisprudência comunitárias sobre livre circulação de bens, pessoas, serviços e a liberdade de estabelecimento na medida em que as mesmas vedam igualmente todas as normas dotadas de um “efeito equivalente” a uma restrição directa (cfr. arts. 28.º e ss. TFUE). Em segundo lugar, a proibição da discriminação indirecta tem igualmente subjacente uma preocupação de “*engenharia social*” (*social engineering*); partindo do princípio de que a sociedade é estruturalmente desigual e que essa desigualdade não pode deixar de se reflectir em numerosas estruturas sociais, a discriminação indirecta expõe essa mesma desigualdade ao denunciar o impacto de diversas normas nos mais variados grupos sociais

³² Hussein v. Complete House Furnishers [1979] IRLR 337.

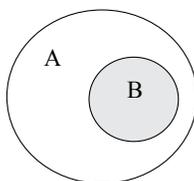
e permitindo-lhes uma forma de reacção contra as mesmas de forma a impedir a perpetuação de desigualdades preexistentes³³.

Independentemente dos fundamentos filosóficos para a discriminação indirecta, a mesma continua a revestir-se de considerável dificuldade de estudo sobretudo atendendo aos dois “*momentos fundamentais*” de análise da mesma: (1) a eleição do *conjunto comparador* e (2) a *justificação* para a discriminação indirecta.

a) *Questão do “conjunto comparador”*

Referimos acima que o Direito Antidiscriminação adopta uma perspectiva metodológica essencialmente comparativa na medida em que se visa estabelecer que, se uma determinada pessoa não possuísse um determinado fundamento de discriminação, não teria sofrido um determinado prejuízo. A discriminação indirecta analisa sobretudo o impacto de determinados critérios em grupos de pessoas e – ao contrário do que sucede na discriminação directa – compara “*grupos com grupos*” a fim de determinar se uma norma teve um impacto desproporcionado num determinado conjunto.

A questão-chave na formulação dessa comparação consiste na eleição do conjunto comparador; obviamente que não se afigura expectável que em qualquer emprego se encontre permanentemente reflectida a representação da população em termos sexuais, étnicos, religiosos, etc.; daí que a análise do impacto desproporcionado de um determinado critério sobre um determinado grupo depende, antes de mais, da selecção de um conjunto de pessoas dentro das quais esse grupo afectado se insere a fim de determinar o impacto da medida. Graficamente poderá ser representado da seguinte forma:



³³ SCHIEK, WADDINGTON, and BELL, *Cases, Materials and Text on National, Supra-National and International Non-Discrimination Law*; MCCOLGAN, *Discrimination Law – Text, Cases and Materials*; BAMFORTH, MALIK, and O’CINNEIDE, *Discrimination Law. Theory and Context*; POST, “The Logic of American Antidiscrimination Law”.

Nesta representação gráfica, o grupo A constitui o grupo de referência contra o qual se vai comparar o impacto sobre o grupo B; por exemplo, ao avaliar o impacto remuneratório negativo de uma alteração dos horários de trabalho numa determinada empresa sobre as mulheres, o grupo A seria constituído por todos os trabalhadores da empresa que viram a sua remuneração afectada negativamente e o grupo B designaria a percentagem *desses trabalhadores* que seriam mulheres.

A dificuldade na eleição do conjunto relevante para estabelecer a comparação já suscitou numerosa jurisprudência; no caso *Jones v. University of Manchester*³⁴, uma estudante de sexo feminino que se licenciou como adulta impugnou um anúncio de emprego que solicitava um licenciado entre as idades de 27 e 35 anos alegando que discriminava indirectamente contra estudantes que se formaram como adultos (*mature students*), os quais eram maioritariamente de sexo feminino; a estudante alegou que o impacto da medida deveria ser comparado com todos os estudantes que se licenciaram como adultos a fim de avaliar o impacto da medida sobre as mulheres; o *Court of Appeal* considerou, por seu turno, que o impacto deveria ser analisado em relação a todos os estudantes qualificáveis para o posto em questão, independentemente da idade³⁵; no caso *London Underground v. Edwards*³⁶, uma trabalhadora que era Mãe solteira impugnou uma alteração do regime de turnos imposta pelo empregador alegando discriminação indirecta em razão do sexo; na empresa em causa, composta por 2044 trabalhadores, 2023 eram homens e 21 eram mulheres; deste conjunto, 2023 homens e 20 mulheres podiam cumprir o novo regime de turnos; por outras palavras, 100% dos homens e 95,2% das mulheres podiam cumprir o novo turno; ainda assim o *Court of Appeal* considerou que existia discriminação indirecta em função do sexo alegando que na apreciação da percentagem do grupo “*particularmente afectado*” por uma determinada medida, não pode ser

³⁴ *Jones v. University of Manchester* [1993] ICR 474.

³⁵ Este caso merece uma explicação: em bom rigor, trata-se de uma situação de discriminação em função da idade; todavia, como a discriminação em função da idade apenas se encontrou proibida no Reino Unido a partir de 2006, a autora construiu o processo como uma discriminação em função do sexo alegando o impacto do critério sobre um determinado sexo; o *Court of Appeal* considerou que o grupo relevante para comparação não era constituído pelas “*mulheres que se licenciaram como adultas*” mas sim pela “*mulheres licenciadas*” em virtude de a lei não proibir apenas a discriminação contra as *mulheres mais velhas* mas sim contra *as mulheres em geral, independentemente da idade!*

³⁶ *London Underground Ltd v. Edwards (No 2)* [1997] IRLR 157.

descurado que nem um único homem foi afectado negativamente pelo novo regime de turnos, apesar da vasta preponderância de homens no conjunto de trabalhadores afectado pelo mesmo e das estatísticas nacionais que demonstram a preponderância de mulheres encarregadas de educação nos lares monoparentais; daí que a possibilidade de 95,2% das mulheres poder cumprir o novo regime de turno ter sido desconsiderada; também no TJUE, no caso austríaco *Waltraud Brachner v. Pensionsversicherungsanstalt*, na qual se realizaram exercícios intelectualmente muito interessantes a nível da escolha do conjunto comparador relevante, o TJUE considerou existir discriminação indirecta em função do sexo numa situação em que as pensões abaixo de um determinado valor se encontravam excluídas de um aumento excepcional em virtude da aplicação de uma regra de agregação de recursos com os rendimentos do companheiro/a em virtude de essa regra, na prática, negar o dito aumento excepcional a 82% das mulheres pensionistas, em contraste com apenas 58% dos homens pensionistas³⁷.

O Tribunais britânicos não se têm contentado com a demonstração da existência estatística de um impacto sobre um determinado grupo de pessoas. Na fundamentação do acórdão *London Underground v. Edwards* o *Court of Appeal* considerou que constitui tarefa do Tribunal determinar (1) se o impacto da medida é substancial e não apenas marginal a fim de demonstrar *prima facie* que existe verdadeiramente uma situação de discriminação; (2) em segundo lugar, compete ainda ao Tribunais ingleses verificar se o impacto em questão é inerente ao funcionamento do critério e não o simples produto de circunstâncias fortuitas ou de estatísticas pouco fiáveis. Daí que não exista uma regra rígida a fim de determinar a partir de que momento é que se pode verificar que o impacto se afigura desproporcionado sendo necessário garantir ao Tribunal uma margem de discricionariedade a fim de avaliar o conjunto das circunstâncias no caso concreto. Chamando a atenção para a exigência do “*nexo de causalidade*” entre o *critério impugnado* e o *impacto alegado*, cremos que, apesar de o mesmo não se encontrar expressamente formulado no texto da lei, deriva do funcionamento das normas em causa uma vez que esse impacto pode ter por fonte outros factores externos e não contribuir nem perpetuar alegados efeitos discriminatórios da medida³⁸.

³⁷ TJUE: *Waltraud Brachner v. Pensionsversicherungsanstalt*, C-123/10; Mestre, “Variations on Comparators and the Realpolitik of Proportionality”.

³⁸ BAMFORTH, MALIK, and O’CINNEIDE, *Discrimination Law. Theory and Context*; McColgan, *Discrimination Law – Text, Cases and Materials*.

Como se pode observar, a avaliação do impacto de um determinado critério sobre um determinado grupo depende, antes de mais, da selecção de um conjunto de pessoas com referência ao qual se irá avaliar a proporção do impacto da medida. Esta selecção não se afigura de forma alguma inequívoca como a jurisprudência anterior pretendeu demonstrar. Por outro lado, na avaliação do impacto, importa atender ao considerando n.º 15 da Directiva 2000/43 e 2000/78, o qual indica que a prova da discriminação indirecta poderá ser realizada por *quaisquer meios* e não necessariamente por dados estatísticos, os quais poderão ser manipuláveis, sendo todavia que os dados estatísticos poderão constituir um elemento de prova na formulação do juízo da existência de uma discriminação indirecta.

b) A questão da justificação e o desafio da proporcionalidade

Vimos acima que o próprio *Supreme Court* dos EUA aliviou o impacto possível do critério de discriminação indirecta formulado no caso *Griggs* ao admitir que o empregador alegasse a defesa da *business necessity* (necessidade empresarial) para justificar uma prática indirectamente discriminatória; a ênfase da questão residia na problemática do nexo de causalidade entre a justificação apresentada e o trabalho em causa na medida, incidindo sobre o empregador o ónus de demonstração que o critério discriminatório se justificava com base numa necessidade empresarial para o posto em causa. Já na Europa, o legislador comunitário enquadrou a matéria no âmbito dos direitos fundamentais ao erigir a *proporcionalidade* como o parâmetro mais apropriado de controlo da legitimidade de uma medida indirectamente discriminatória; este critério teve origem jurisprudencial no acórdão *Bilka-Kaufhaus GmbH v. Weber von Hartz*³⁹, no qual o TJUE declarou que o critério de averiguação da conformidade com o Direito Europeu de um esquema de pensões que excluía trabalhadores a tempo parcial e discriminava indirectamente contra mulheres, passaria por um teste na qual o Tribunal teria que ponderar se os motivos alegados (1) corresponderiam a uma *necessidade empresarial genuína* da empresa, (2) seriam *adequados* para atingir a medida visada e (3) *necessários* para esse fim; este mais não é do que a transposição do teste da proporcionalidade formulado pelo Direito Constitucional e normalmente utilizado nas medidas restritivas de direitos fundamentais

³⁹ *Bilka-Kaufhaus GmbH v. Weber von Hartz*, C-170/84.

que foi codificado posteriormente no articulado das Directivas e da legislação nacional.

Este teste de proporcionalidade apresenta vantagens e desvantagens: por um lado, a sua formulação genérica proporciona ao aplicador do Direito suficiente flexibilidade para se adaptar às circunstâncias do caso concreto e ponderar todos os elementos que se afigurem relevantes na vida real; por outro lado, a sua indeterminação não permite a formulação de critérios suficientemente claros de orientação e abre sempre caminho ao casuismo judicial. Nos critérios de ponderação formulados por Bamforth *et alii*, recomendam aos decisores (1) a avaliação crítica da justificação apresentada pelo empregador, (2) a ponderação da existência de uma forma menos restritiva de atingir o mesmo objectivo, (3) a ponderação da necessidade do empregador com o impacto discriminatório e (4) a consideração se o empregador tomou em consideração o impacto da medida nas pessoas afectadas pela mesma.⁴⁰

O TJUE já realizou diversas pronúncias sobre discriminação indirecta tendo tido muita precaução na avaliação da proporcionalidade das mesmas: meramente a título de exemplo, no caso *Danfoss*⁴¹, uma trabalhadora impugnou um sistema de remuneração de acordo com o qual a retribuição de cada trabalhador era determinada de acordo com diversos factores, entre os quais adaptabilidade (a nível de horário e de local de trabalho), antiguidade e treino, os quais discriminavam indirectamente contra as mulheres; o TJUE decidiu que o empregador poderia justificar o efeito discriminatório das medidas mostrando a sua importância para a prestação de diversas tarefas confiadas ao trabalhador; no caso *Nimz v. Freie- und Hansestadt Hamburg*⁴² encontrava-se em causa um sistema de remuneração que dificultava a progressão da carreira com base na antiguidade em relação a trabalhadores que trabalhavam entre 50% e 75% do tempo de trabalho de um trabalhador a tempo completo, o qual discriminava indirectamente em relação a mulheres; a Cidade Livre e Hanseática de Hamburgo justificou o dito sistema remuneratório alegando que os trabalhadores que trabalham pelo menos 75% do tempo completo adquirem com mais facilidade as competências para realizar as tarefas inerentes ao posto de trabalho,

⁴⁰ BAMFORTH, MALIK, and O'CONNOR, *Discrimination Law. Theory and Context*.

⁴¹ TJUE: *Handels-og Kontorfunktionaerernes Forbund I Danmark v. Dansk Arbejdsgiverforening*, acting on behalf of Danfoss, C-109/88.

⁴² TJUE: *Nimz v. Freie und Hansestadt Hamburg*, C-184/89.

pelo que a sua progressão mais rápida se justificava; o TJUE decidiu que a antiguidade não representa, por si mesma, um critério relevante e que a sua objectividade e permissibilidade depende da ponderação das circunstâncias do caso concreto, nomeadamente da relação particular entre a natureza do trabalho prestado e a experiência adquirida com a prestação desse trabalho; no caso *Hill and Stapleton v. the Revenue Commissioners*⁴³, a antiguidade das pessoas que partilhavam postos de trabalho (*job-sharers*) era considerada numa proporção de metade da antiguidade dos trabalhadores em situação comparável que se encontravam contratados por tempo indeterminado com fundamento no facto de os *job-sharers* não adquirirem o mesmo nível de experiência do que os trabalhadores a tempo completo; o TJUE considerou que esta generalização não bastava como uma justificação para os efeitos discriminatório da medida embora admitisse que o empregador demonstrasse que os *job-sharers* eram efectivamente menos experientes ou menos eficientes na prestação do trabalho; nos casos *Kutz-Bauer v. Freie- und Hansestadt Hamburg* e *Schonheit v. Stadt Frankfurt am Main*⁴⁴, o TJUE considerou que muito embora fosse admitido aos Estados-Membros invocar considerações orçamentais para decidir a natureza e escopo da sua política social, o “*custo*” em si mesmo considerado não poderia justificar medidas indirectamente discriminatórias que perpetuavam as diferenças remuneratórias entre homens e mulheres.

A maior parte da jurisprudência que analisa a questão da discriminação indirecta consiste foca na situação da discriminação em função do sexo pelo que o futuro poderá ditar em que medida é que os Tribunais nacionais e – em particular – o TJUE vão analisar a complexa questão da discriminação indirecta em função – por exemplo – da religião e da deficiência, com a questão dos símbolos religiosos, obrigação de acomodação razoável para pessoas deficientes, entre outros. Para já, resulta da jurisprudência que o TJUE tem sido muito cauteloso na análise da matéria, formulando critérios gerais de orientação mas relegando a decisão final para os Tribunais nacionais, os quais se encontrarão melhor posicionados para avaliar o impacto das justificações sob o prisma da

⁴³ TJUE: *Hill and Stapleton v. the Revenue Commissioners*, C-243/95.

⁴⁴ TJUE: *Kutz-Bauer v. Freie und Hansestadt Hamburg*, C-187/00; *Hilde Schönheit v. Stadt Frankfurt am Main*, C-04/2002.

proporcionalidade em virtude de conhecerem melhor a realidade nacional e se encontrarem na posse de todos os dados da questão⁴⁵.

c) *A definição legal*

Posto isto, encontramos-nos em condições de compreender a definição de discriminação directa prevista no Direito Comunitário. Com efeito, lê-se no art. 2.º, n.º 2, al. b), da Directiva 2000/78 o seguinte:

b) Considera-se que 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;

Em primeiro lugar, a referência às pessoas com uma determinada religião ou convicções, com uma determinada deficiência, pessoas de uma determinada classe etária ou pessoas com uma determinada orientação sexual deve-se ao facto de a protecção contra a discriminação se reconduzir sempre a um determinado fundamento de discriminação; como estes factores de discriminação são aqueles protegidos pela Directiva, o texto legal refere-se ao mesmo muito embora o valor da definição também abranja outros protegidos por outros textos legais; em segundo lugar, a referência à “*disposição, critério ou prática*” aparentemente neutros idóneos a colocar determinados grupos numa situação de desvantagem refere-se ao conceito de “*impacto desproporcionado*” elaborado nas páginas anteriores; por último, a última parte do preceito referente à justificação objectiva mais não constitui do que a codificação da regra da proporcionalidade que explicamos no ponto anterior⁴⁶.

⁴⁵ Sobre esta complexa temática *vide*: BAMFORTH, MALIK, and O’CINNEIDE, *Discrimination Law. Theory and Context*; McColgan, *Discrimination Law – Text, Cases and Materials*; Schiek, Waddington, and Bell, *Cases, Materials and Text on National, Supra-National and International Non-Discrimination Law*; ADOMEIT and MOHR, “Die Mittelbare Diskriminierung Als Instrument Überindividueller Verhaltenssteuerung”; *ibid.*; LOKIEC and ROBIN-OLIVIER, “Approche Comparative Du Droit de La Non-Discrimination (seconde Partie)”. Wengdahl, *Indirect Discrimination and the European Court of Justice*; Däubler, “Was Bedeutet ‘Diskriminierung’ Nach Neuem Recht”.

⁴⁶ O ponto *ii*) do mesmo preceito da Directiva refere-se à situação particular da discriminação indirecta de pessoas que sofram de uma deficiência; todavia como a mesma

V. O assédio, a instrução para discriminar e os actos de retaliação

Por último, as Directivas 2000/78/CE e 2000/43/CE qualificam ainda como modalidades independentes de discriminação o assédio, a instrução para discriminar e os actos de retaliação. Muito embora o Direito Europeu tenha optado por autonomizar qualquer um destes comportamentos como uma modalidade independente de discriminação, os mesmos constituem – no bom rigor dos conceitos – simplesmente formas de discriminação directa e devem ser consideradas como tal.

Começando pelo *assédio (harassment)*, as directivas definem-no como O assédio é considerado discriminação, na acepção do n.º 1, sempre que ocorrer “*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. Neste contexto, o conceito de ‘assédio’ pode ser definido em conformidade com as legislações e práticas nacionais dos Estados-Membros*”; algumas notas sintéticas sobre esta modalidade de discriminação.

Em primeiro lugar, realce-se a margem de autonomia que o legislador comunitário relegou aos Estados-Membros; limita-se a enunciar os traços gerais da figura, conferindo posteriormente um elevado grau de autonomia para que os Estados-Membros adoptem a mesma aos ordenamentos nacionais. O legislador português usou justamente esta opção ao tomar a iniciativa – a nosso ver altamente louvável e progressista – de considerar o assédio como um acto ilícito em si mesmo no domínio do trabalho subordinado no art. 29.º do Código do Trabalho; com efeito o legislador comunitário apenas considera o assédio ilícito quando o mesmo se dever a um factor de discriminação, o que restringe consideravelmente o alcance do preceito, tendo essa exigência sido dispensada pelo legislador nacional.

Em segundo lugar, no que diz respeito à própria definição de “*assédio*”, remetemos, nesta matéria, para o pensamento de Júlio Gomes⁴⁷ quando este qualifica o assédio ou *mobbing* como um conjunto de comportamentos dotados de um carácter hostil, manifestados em palavras, gestos,

suscita complexas dificuldades de análise que se afiguram consideravelmente específicas a esse fundamento de discriminação, optamos por não analisar as mesmas no presente texto na mesma em que o escopo dele passa por uma análise mais generalizada do conceito de discriminação aplicável aos vários fundamentos de discriminação.

⁴⁷ Muito de perto: GOMES, *Direito Do Trabalho*.

silêncios que se destinam a criar um ambiente humilhante e vexatório sobre o trabalhador. Trata-se de um conjunto muito amplo de comportamentos que têm por propósito afectar a dignidade da pessoa mediante comportamentos intimidatórios.

Curiosamente, a circunstância de o legislador ter desligado a necessidade de correlacionar o assédio com um fundamento de discriminação justifica, a nosso ver, o facto de os Tribunais superiores já terem tido numerosas pronúncias sobre o tema, em contraste com o habitual silêncio em matérias de discriminação⁴⁸.

A *instrução para discriminar* tem em vista captar um momento anterior àquele em que a discriminação directa ocorreu ou poderia ocorrer; em bom rigor a lei pretende combater uma conduta que poderá gerar discriminação no futuro. O exemplo clássico de uma instrução para discriminar consistirá na ordem dada pelo dono de um bar aos seus subordinados para não servirem clientes de determinada etnia ou religião. Apenas algumas breves notas sobre esta modalidade de discriminação.

Em primeiro lugar, repare-se que as Directivas 2000/43/CE e 2000/78/CE não definem a instrução para discriminar, limitando-se a qualificá-la como uma modalidade autónoma de discriminação; esta posição do legislador comunitário tanto se pode dever a uma confiança no carácter auto-explicativo do conceito como a uma tentativa de evitar o omnipresente perigo das definições, o que poderá suscitar dificuldades de monta; por exemplo, o legislador britânico integra no *Equality Act de 2010* dentro da “*instruction to discriminate*” tanto as “*instruções*” propriamente ditas como as “*instigações*” (*inducements*) como qualquer conduta que leve (*cause*) outra pessoa a discriminar um terceiro. No caso *The Commission for Racial Equality v. The Imperial Society of Teachers of Dancing*⁴⁹, o Tribunal britânico considerou haver uma instigação para discriminar numa situação em que uma secretária de uma escola, que procurava uma assistente administrativa, solicitou expressamente a uma escola vocacional que não lhes recomendasse pessoas de etnia negra para a entrevista atendendo a eventuais dificuldades de integração da mesma, mesmo inexistindo qualquer relação laboral ou hierárquica entre

⁴⁸ Sem preocupações de exaustividade: Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 19/05/2014, proc. n.º 712/12.6TTPRT.P1; de 08/04/2013, proc. n.º 248/10.0TTBRG.P1; da Relação de Coimbra de 07/03/2013, proc. n.º 236/11.9TTCTB.C2; da Relação de Lisboa de 19/01/2014, proc. n.º 420/06.7TTLSB.L1-4.

⁴⁹ *Commission for Racial Equality v. Imperial Society of Teachers of Dancing* [1983] ICR 473.

a “*instigadora*” e a “*instigada*”; possivelmente a solução na legislação Portuguesa seria diferente.

Em segundo lugar, os Tribunais britânicos têm alargado a proibição desta modalidade de discriminação não apenas para as pessoas que constituem *alvo* da instrução mas igualmente aqueles que constituem o *sujeito* sobre quem a instrução recai; no caso *Showboat Entertainment Centre v. Owens*⁵⁰, o Tribunal britânico considerou existir uma discriminação em função da raça na modalidade de instrução para discriminar numa situação em que o empregador, que explorava uma empresa de diversão, deu ordens a um gerente (de etnia branca) para não permitir a entrada a pessoas de etnia negra nas instalações da empresa; após ter sido despedido por se ter recusado a cumprir a ordem, o Tribunal considerou que o trabalhador *de etnia branca* tinha sido objecto de discriminação em função da raça. Portanto repare-se que foi o trabalhador a sofrer um tratamento menos favorável em função da raça por se ter recusado a cumprir ordens para discriminar terceiros (mesmo não pertencendo à raça discriminada).

Por último, os *actos de retaliação (victimization)* consistem numa modalidade de discriminação que foca as situações em que uma pessoa sofre um tratamento desfavorável em virtude de pretender exercer os seus direitos em matéria de protecção contra a discriminação (arts. 9.º da Directiva 2000/43/CE e 9.º da Directiva 2000/78/CE). Trata-se, ao fim de contas, do reverso da instrução para discriminar: ao passo que esta visa combater as condutas que ocorrem *antes* da discriminação, a retaliação visa combater as condutas que ocorrem *após* a existência de uma discriminação e do recurso à tutela dos direitos. A jurisprudência britânica é particularmente rica nesta matéria: por exemplo, no caso *St Helens MBC v. Derbyshire*⁵¹, o Tribunal britânico considerou existir uma situação de retaliação num caso em que um dos membros de um painel de avaliação recomendou aos outros que tomassem “*particular atenção*” com um candidato que se queixou previamente de discriminação.

A grande questão nos casos de “*victimization*” consiste na necessidade de um elemento comparador; por outras palavras será de exigir à vítima a demonstração de que a acção do empregador teve subjacente um fundamento de discriminação por comparação (real ou hipotética) com outro trabalhador que tivesse solicitado tutela administrativa ou judicial contra

⁵⁰ *Showboat Entertainment Centre v. Owens* [1984] IRLR 7 (EAT).

⁵¹ *St Helen’s Borough Council v. Derbyshire* [2007] UKHL 16.

o empregador? Apesar de os Tribunais britânicos terem inicialmente exigido esta “*probatio diabólica*” nos casos *Kirby v. Manpower Services Commission* e *Aziz v. Trinity Street Taxis Ltd*, acabou por abandonar essa exigência no caso *Nagarajan v. London Regional Transport*⁵² passando somente de exigir que o queixoso sofreu um tratamento menos favorável por ter solicitado tutela contra a discriminação e revertendo o ónus da prova para o empregador de provar que a sua acção não se devia a um fundamento de discriminação.

VI. Conclusão

Procuramos ilustrar com o presente texto o conteúdo das diversas formas por via das quais a discriminação se manifesta. Na medida em que estas constituem um autêntico transplante jurídico da jurisprudência desenvolvida nos países anglo-saxónicos, recorreremos à jurisprudência e doutrina desses países para ilustrar a evolução do conceito e as questões mais debatidas, assim como os afloramentos que têm tido na jurisprudência comunitária. Por fim, procuramos ainda correlacionar essa mesma jurisprudência com o enquadramento doutrinal a nível da discriminação mormente a questão da concepção de justiça subjacente (*individualista, assimiladora e correctiva*) e a problemática da *comparação*. Sem olvidar que qualquer uma destas matérias sofre de um intenso debate e encontra-se num estado de ebulição interna, procuramos aflorar os contornos da mesma, evitando afirmações categóricas ou demasiadamente assertivas.

Bibliografia

- ADOMEIT, KLAUS, and JOCHEN MOHR, “Die Mittelbare Diskriminierung Als Instrument Überindividueller Verhaltenssteuerung.” *Recht Der Arbeit*, no. 2 (2011): 102-8.
- BAMFORTH, NICHOLAS, MALEIHA MALIK, and COLM O’CINNEIDE, *Discrimination Law. Theory and Context*. Thomson Sweet & Maxwell, n.d.
- DAUBLER, WOLFGANG, “Was Bedeutet ‘Diskriminierung’ Nach Neuem Recht.” *Zeitschrift Für Arbeitsrecht* 37, no. 3 (2006): 479-89.
- DONOHUE, JOHN, *The Law and Economics of Antidiscrimination Law*. Yale Law School, 2005. http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1033&context=lepp_papers&sei-redir=1#search=%22genius%20american%20anti-discrimination%20law%22.

⁵² *Kirby v. Manpower Services Commission*, [1980] 3 All ER 334; *Aziz v. Trinity Street Taxis Ltd*, [1988] EWCA Civ 12; *Nagarajan v. London Regional Transport* [1999] IRLR 572.

- GOMES CANOTILHO, JOSÉ, *Direito Constitucional E Teoria Da Constituição*. 3.^a ed. Almedina, 1999.
- GOMES, JÚLIO, *Direito Do Trabalho*. Coimbra, 2007.
- GREEN, TRISTIN K., “Discrimination in Workplace Dynamics: Toward a Structural Account of Disparate Treatment Theory.” *Harvard Civil Rights – Civil Liberties Law Review* 38 (2003).
- ISSACHAROF, SAMUEL, and ERIN SCHARFF, *Antidiscrimination in Employment: The Simple, the Complex and the Paradoxical*. NYU School of Law, 2010. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1568813.
- LOKIEC, PASCAL, and SOPHIE ROBIN-OLIVIER, “Approche Comparative Du Droit de La Non-Discrimination.” *Revue de Droit Du Travail*, 2008, 760-67.
- , “Approche Comparative Du Droit de La Non-Discrimination (seconde Partie).” *Revue de Droit Du Travail*, 2009, 58-67.
- LOUREIRO, C. (2010), *Liberdade contratual e discriminação em função do sexo: a Lei n.º 14/2008*, Têkhne, n.º 13.
- MCCOLGAN, AILLEEN, *Discrimination Law – Text, Cases and Materials*. Hart, 2005.
- MESTRE, BRUNO, “Discriminação Em Função Da Idade. Análise Crítica Da Jurisprudência Comunitária E Nacional.” In *Estudos Em Homenagem Ao Prof. Jorge Leite*. Coimbra Editora, 2014.
- , “Transgender Discrimination as Sex Discrimination: A Contextual and Comparative Analysis of European and American Courts’ Case Law.” In *Equality and Justice: Sexual Orientation and Gender Identity in the XXI Century*, 191. Udine: Editrice Universitaria Udinese, 2011.
- , “Variations on Comparators and the Realpolitik of Proportionality.” *European Law Reporter*, no. 12 (2010): 393 ss.
- POST, ROBERT, “The Logic of American Antidiscrimination Law.” *California Law Review*, 1998. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=163570.
- RADLINGMAYR, CHRISTOPH, “Customer Preferences Und Arbeitsrechtliche Diskriminierungsverbote.” *Zeitschrift Für Arbeits- Und Sozialrecht*, no. 4 (2010): 192-98.
- REICHOLD, HERMANN, “Diskriminierungsschutz Und Verfassungsrecht.” *Zeitschrift Für Arbeitsrecht* 37, no. 2 (2006): 257–72.
- SCHIEK, DAGMAR, LISA WADDINGTON, and MARK BELL, *Cases, Materials and Text on National, Supra-National and International Non-Discrimination Law*. Hart, 2007.
- SCHWAB, STEWART, “Employment Discrimination.” In *Encyclopedia of Law and Economics*. Elgar, 1998.
- WENGDAHL, ALEXANDRA, *Indirect Discrimination and the European Court of Justice*. CFE Working Paper Series. Lund: University of Lund, n.d.