

Ónus da prova em caso de discriminação

PAULO MORGADO DE CARVALHO*

1. Introdução

A efetividade de qualquer direito está intimamente relacionada com o seu regime probatório.

Quem reclama um direito tem consciência de que deverá provar o mesmo em juízo.

Como se sabe, as regras do ónus da prova estão construídas para partes com os mesmos direitos e deveres, ou seja, que estão numa posição de igualdade de armas.

Não é assim no direito do trabalho, em que há uma desigualdade real e efetiva entre as partes, principalmente quando estão em causa direitos fundamentais.

Desde logo, a discriminação e a lesão de direitos fundamentais são condutas de grande variedade teórica e prática, que, segundo alguns, constituem condutas polimórficas¹, ou seja, não respondem a paradigmas ou padrões comuns que possam evidenciar-se facilmente².

* Magistrado do Ministério Público. Ex-Inspetor-Geral do Trabalho e ex-docente do Centro de Estudos Judiciários.

¹ Sobre o assunto, MIGUEL RODRIGUEZ PINERO, y BRAVO FERRER/MARIA FERNANDA FERNANDÉZ LOPEZ, *Igualdad y Discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986, p. 300.

² FAUSTINO CAVAS MARTINEZ, *El proceso laboral de tutela de libertad sindical y demás derechos fundamentales*, Aranzadi, 2004, p. 344.

De facto, trata-se de condutas geralmente dissimuladas numa aparência de legitimidade, que não se apresentam, assim, enquanto tais, mas mascaradas ou obscuras³.

Daí que se venha defendendo que as regras de repartição do ónus da prova devem ser diferentes das gerais, tendo em conta as especiais dificuldades probatórias por parte do trabalhador, em face da sua posição vulnerável.

Na verdade, é nesta matéria que os empregadores são mais tentados a encobrir despedimentos atentatórios dos direitos fundamentais dos trabalhadores mediante a aparência de um despedimento sem justa causa⁴.

A prova é, por isso, uma variável que influi diretamente na maior ou menor efetividade da proteção discriminatória ou da lesão de direitos fundamentais, assumindo especial relevância na concretização do princípio da igualdade e da proibição da discriminação.

2. Instrumentos internacionais

Com efeito, o princípio da igualdade e da proibição da discriminação encontra-se consagrado nos mais importantes instrumentos internacionais, como a Declaração Universal dos Direitos do Homem, a Convenção das Nações Unidas sobre a eliminação de todas as formas de discriminação, a Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, os Pactos Internacionais das Nações Unidas, a Convenção n.º 100, da OIT, sobre igualdade da remuneração, a Convenção n.º 111 da OIT, a Carta Comunitária dos Direitos Sociais dos Trabalhadores e a Carta Social Europeia.

Destes, realça-se a Convenção n.º 111 da OIT, de 1958 (e a respectiva Recomendação n.º 111), sobre discriminação no emprego e na atividade profissional, cujo artigo 1.º estatui que o termo “discriminação” compreende toda a distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social,

³ IGNACIO GARCIA-PERROTE ESCARTÍN, “Prueba y proceso laboral”, *Derecho Privado y Constitución*, n.º 4, 1994, p. 217.

⁴ No país vizinho, o Tribunal Constitucional tem-se debruçado sobre estas questões, nomeadamente nas sentenças STC 21/1992, de 14 de Fevereiro, e STC 90/1997, de 6 de Maio. A sentença STC 82/1997, de 22 de Abril, concluiu que a experiência ensina que, por não existir uma adequada distribuição do ónus da prova, a interdição da discriminação não é efetiva nem real, permanecendo num mero plano de declaração de boas intenções ou de simples retórica.

que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão, e toda e qualquer distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão, que poderá ser especificada pelo Estado-membro interessado depois de consultadas as organizações representativas de patrões e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados (artigo 1.º).

Esta definição contém três elementos⁵:

- um elemento factual (a existência de uma distinção, exclusão ou preferência que constitui uma diferença de tratamento);
- um critério, no qual se baseia a diferença de tratamento;
- o resultado objectivo dessa diferença de tratamento, nomeadamente a anulação ou prejuízo causado ao princípio da igualdade de oportunidades ou tratamento.

Mas, para efeitos da Convenção, as distinções, exclusões ou preferências fundadas em qualificações exigidas para determinado emprego não são consideradas como discriminação⁶.

3. O Direito da União Europeia

No âmbito da União Europeia, decorreu algum tempo até que fossem consagradas normas relativas ao ónus da prova em questões de igualdade e de não discriminação⁷.

⁵ Sobre o assunto, OIT/ACT, *Direitos Fundamentais e Normas Internacionais de Trabalho*, 2007, p. 67.

⁶ Esta exceção deve ser interpretada de modo restritivo. Com efeito, a Convenção estabelece que o acesso à formação, emprego e trabalho devem basear-se em critérios objectivos definidos à luz das habilitações académicas e qualificações profissionais exigidas para a atividade em questão. Por isso, quando para uma função específica, forem exigíveis determinadas qualificações e habilitações, pode não ser simples determinar o que constitui ou não discriminação. É frequentemente difícil estabelecer uma delimitação clara entre exigências feitas de boa-fé para determinada função profissionais e a utilização de determinados critérios com o objectivo de excluir certas categorias de trabalhadores. É, por isso, necessária uma análise rigorosa de cada caso individual. Sobre isto, ACT/OIT, *Direitos...*, cit., p. 73.

⁷ O princípio da não discriminação no direito da UE foi buscar a sua influência à Convenção n.º 111 da OIT, de 1958, sobre discriminação no emprego e no trabalho e no direito norte-americano.

Com efeito, após a adoção das Diretivas de 1975⁸ sobre a igualdade de retribuição e de 1976⁹, sobre a igualdade de tratamento entre homens e mulheres no emprego, foram instaurados vários processos pelas trabalhadoras que se consideravam vítimas de discriminação em razão do sexo.

No entanto, a maioria das acções eram julgadas improcedentes, em virtude das trabalhadoras não conseguirem provar as discriminações a que eram sujeitas, pois, de acordo com o regime tradicional da prova, cabia-lhes alegar e provar o direito que pretendiam fazer valer em juízo.

As instituições europeias constataram, assim, que esta situação era insatisfatória e, por isso, em 1988, a Comissão Europeia elaborou uma proposta de Diretiva relativa ao ónus da prova no domínio da igualdade de remunerações e do tratamento entre homens e mulheres, que previa uma presunção de discriminação a favor da trabalhadora, cabendo ao demandado provar que não tinha violado o princípio da igualdade.

Porém, esta proposta não teve êxito, em virtude de os governos não a terem sufragado.

As Diretivas comunitárias sobre igualdade dos anos 70 e 80 não continham, por isso, quaisquer normas sobre o ónus da prova, o que apenas veio a acontecer posteriormente, em face do papel pioneiro e decisivo do Tribunal de Justiça, muito por influência da jurisprudência norte-americana¹⁰.

Nos casos que lhe eram apresentados, por via de questões prejudiciais, o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias reconheceu que a interpretação que os juízes nacionais faziam das regras probatórias impedia as vítimas de fazer valer os seus direitos nas acções que interpunham.

A análise da situação conduziu à introdução progressiva de um novo enfoque sobre o ónus da prova, tendo o Tribunal adotado soluções que vigoravam no direito anglo-saxónico, por forma a responder à necessidade de tornar a legislação mais eficaz.

⁸ Diretiva 75/117/CEE, do Conselho, de 10 de Fevereiro, sobre igualdade de retribuição entre homens e mulheres.

⁹ Diretiva 76/207/CEE, do Conselho, de 9 de Fevereiro de 1976, relativa à aplicação do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que se refere ao emprego, à formação e à promoção profissional e às condições de trabalho.

¹⁰ Sobre o assunto, os casos *Green vs McDonnell Douglas*, 411 US 792 (1973), e *St. Mary's Honor Society vs Hicks*, 509, US 502 (1993). No caso *Defrenne II*, processo C-43/75, de 8/4/76, relativo ao princípio da igualdade retributiva entre homens e mulheres, o Tribunal de Justiça estabeleceu, no parágrafo 10, que combater a discriminação faz parte dos objetivos sociais da Comunidade.

Ao longo dos anos, foram proferidas várias decisões sobre o assunto, destacando-se, desde logo, o caso *Danfoss*¹¹, que respeitava a um processo instaurado por um sindicato dinamarquês, em nome de trabalhadoras de uma empresa, no qual era alegado que, em média, estas auferiam menos 7% do que um grupo comparável de trabalhadores masculinos.

Neste processo, o Tribunal decidiu que, quando uma empresa aplica um sistema remuneratório caracterizado pela total falta de transparência, cabe ao empregador provar que a sua prática salarial não é discriminatória, sempre que uma trabalhadora demonstre que a remuneração média dos trabalhadores femininos é inferior à dos trabalhadores masculinos, tendo em consideração um número relativamente elevado de assalariados.

Algum tempo depois, a Dr.^a Pamela *Enderby* instaurou um processo contra a sua entidade patronal, por se considerar vítima de discriminação em matéria de remuneração baseada no sexo, derivada do facto de, ao seu nível de responsabilidade, os membros da sua profissão, exercida principalmente por mulheres, serem sensivelmente menos remunerados do que os membros de profissões comparáveis, nas quais, para um nível de carreira equivalente, os homens eram em maior número do que as mulheres.

O Tribunal de Justiça decidiu, assim, que “o ónus de provar a existência em matéria de remuneração baseada no sexo recai, em princípio, sobre o trabalhador que, considerando-se vítima de uma discriminação, intenta uma ação judicial contra a sua entidade patronal com vista a obter a eliminação desta discriminação”.

No entanto, “o ónus da prova pode ser invertido quando tal se revelar necessário para não privar os trabalhadores aparentemente vítimas de discriminação de qualquer meio eficaz para fazer valer o princípio da igualdade de remunerações”¹².

Nesta decisão, o Tribunal adotou um critério mais amplo e estabeleceu um conceito de prova da aparência da discriminação, cujo raciocínio se baseia na comparação entre um trabalho maioritariamente feminino e um trabalho maioritariamente masculino, em termos de salário igual para trabalho comparável ou de igualdade de tratamento e na diferença retributiva entre ambos.

No caso de existir essa diferença, cabe, então, ao empregador demonstrar que a medida não é discriminatória.

¹¹ C-109/88.

¹² Acórdão do Tribunal de 27 de outubro de 1993, Pamela *Enderby*, processo C-127/92.

Todavia, o Tribunal não se bastou com a simples negação da discriminação, impondo ao demandado a justificação da legitimidade da decisão ou da situação e a demonstração de que a medida não tem fins discriminatórios, que é necessária e proporcional e que responde aos objectivos legítimos do empregador¹³.

Na sequência da jurisprudência do Tribunal de Justiça, veio a ser aprovada a Diretiva 97/80/CE, do Conselho, de 15 de Dezembro de 1997, relativa ao ónus da prova nos casos de discriminação baseada no sexo, cujo objectivo foi o de “garantir uma maior eficácia das medidas adotadas pelos Estados-membros, em aplicação do princípio da igualdade de tratamento”.

Nesta medida, reconhecendo a dificuldade da prova nos casos de discriminação indirecta, o legislador comunitário decidiu dar uma definição deste tipo de discriminação (artigo 2.º, n.º 2)¹⁴, e estabeleceu regras relativas ao ónus da prova, estatuinto, no seu artigo 4.º, n.º 1, que “Os Estados-membros tomarão as medidas necessárias, em conformidade com os respectivos sistemas jurídicos, para assegurar que, quando uma pessoa que se considere lesada pela não aplicação, no que lhe diz respeito, do princípio da igualdade de tratamento apresentar, perante um tribunal ou outra instância competente, elementos de facto constitutivos da presunção de discriminação directa ou indirecta, incumba à parte demandada provar que não houve violação do princípio da igualdade de tratamento”¹⁵.

Posteriormente, em aplicação do artigo 13.º do Tratado de Amesterdão foram adotadas três directivas¹⁶:

- A Directiva 2000/43/CE, de 29 de Junho de 2000, que aplicou o princípio da igualdade entre as pessoas, sem distinção de origem racial ou étnica;
- A Directiva 2000/78/CE, que estabeleceu um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na atividade profissional;

¹³ TJCE, 13 de Maio de 1986, Caso *Bilka*, C-170/84, rec. 1607.

¹⁴ Ver o Considerando 19 desta Directiva, no qual se refere que “Considerando que quanto mais indirecta é a discriminação mais difícil é apresentar provas da mesma; que, como tal, é importante definir a noção de discriminação indirecta”.

¹⁵ O n.º 2 deste artigo previa que “A presente directiva não obsta a que os Estados-membros imponham um regime probatório mais favorável à parte demandante”.

¹⁶ Conforme se pode ver através dos considerandos 20 a 22, da Directiva 2000/43, e 30 a 32, da Directiva 2000/78, estas Directivas introduziram modificações quanto ao ónus da prova em casos de discriminação, por influência da legislação sobre igualdade de género e da jurisprudência do TJ.

- A Diretiva 2002/73/CE, que modificou a Diretiva 76/207/CEE, relativa à concretização do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que se refere ao acesso ao emprego, à formação e promoção profissionais e às condições de trabalho.

A Diretiva 2006/54/CE reformulou várias Diretivas, procedendo à revogação, entre outras, das Diretivas 76/207/CEE e 97/80/CE, e reuniu num único texto as principais disposições existentes no domínio da igualdade de oportunidades e da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no trabalho e no emprego, incluindo o princípio de igualdade de remuneração por trabalho igual ou de igual valor, prevendo uma norma idêntica ao artigo 4.º da Diretiva 97/80/CE, sobre o ónus da prova, que manteve as regras que estavam anteriormente definidas (artigo 19.º).

Contudo, ao contrário do que, por vezes, se afirma, não há aqui uma verdadeira consagração da inversão do ónus da prova, mas uma facilitação da prova a favor do Autor, que, no entanto, deverá demonstrar a existência de indícios que permitam deduzir a discriminação alegada, cabendo, então, ao empregador o ónus de comprovar que a sua decisão é alheia a qualquer discriminação.

Sendo esta a realidade do direito da União Europeia, observemos agora a situação no nosso país.

4. O Direito nacional

O direito à igualdade está genericamente consagrado no artigo 13.º da Constituição e a sua concretização laboral é feita no mesmo diploma (artigo 59.º, n.º 1, através do princípio da igualdade tratamento)¹⁷.

O princípio de igual tratamento, para além das consagrações constitucionais, a nível salarial e sexual, corresponde a uma proibição genérica de prática discriminatória, não sendo, por isso lícito ao empregador conferir estatutos jurídicos diferenciados ou simplesmente um tratamento laboral

¹⁷ Sobre isto, MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Igualdade de tratamento entre trabalhadores e trabalhadoras em matéria remuneratória: A aplicação da Diretiva 75/117/CE em Portugal*, in *Estudos de Direito do Trabalho*, Almedina, 2003, pp. 247 e ss. (250). Nos textos internacionais, pode ver-se o artigo 23.º, n.º 2, da DUDH e a Convenção n.º 111, da OIT, de 1958. Ver, igualmente, os artigos 9.º, h), e 58.º, n.º 2, alínea b), da CRP.

desigual aos vários trabalhadores sem um motivo justificativo, que pode relacionar-se com a atividade empresarial¹⁸.

O Código do Trabalho dedica os artigos 23.º a 32.º, à matéria da igualdade e não discriminação, estabelecendo três divisões, respeitando a primeira às disposições gerais, a segunda à proibição do assédio e a última à igualdade e não discriminação em razão do sexo.

Está aqui consagrada uma igualdade em sentido positivo, quer do ponto de vista formal, enquanto igualdade de direito no acesso ao emprego e condições de trabalho, quer do ponto de vista material, enquanto igualdade de oportunidades, que legitima as discriminações positivas e as habitualmente denominadas medidas de acção positiva, e em sentido negativo, enquanto proscreve discriminações arbitrárias¹⁹.

A finalidade prevista nestas normas é a de garantir igualdade de tratamento, não discriminando os trabalhadores, quer no acesso ao emprego quer durante a execução do contrato de trabalho.

A discriminação pressupõe um juízo de censura e de desvalor relativamente a certas práticas que se traduzem no tratamento desvantajoso conferido a trabalhadores ou candidatos a emprego, mas o que está verdadeiramente em causa não é a diferenciação em si mesma, mas o facto de motivação não ser razoável e não haver motivos que a justifiquem²⁰.

Com efeito, a discriminação não se confunde com diferenciação, ou seja, com o tratamento desigual, fundado em motivos razoáveis, legítimos, numa palavra justos, e constitucionalmente fundamentados. Somente as diferenciações arbitrárias, fundadas em argumentos ilícitos e iníquos deverão ser de repudiar, sob a classificação de discriminação²¹.

De acordo com o n.º 1 do artigo 25.º do CT, o empregador não pode praticar qualquer discriminação, direta ou indireta, em razão dos factores enunciados no n.º 1 do artigo anterior, ou seja, será discriminatória a conduta do empregador que privilegie, beneficie, prejudique, prive de qualquer direito ou isente de qualquer dever um trabalhador ou candidato a emprego, em razão da ascendência, idade, sexo, orientação sexual, estado civil, situação familiar, património genético, capacidade de tra-

¹⁸ PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, Almedina, 2010, 5.ª edição, p. 384.

¹⁹ PEDRO ROMANO MARTINEZ e outros, *Código do Trabalho*, 7.ª edição, 2009, p. 67.

²⁰ Pedro Romano Martinez e outros, *Código...*, p. 170.

²¹ GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa, Anotada*, 3.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 1993, p. 128. Sobre o assunto, VERA LÚCIA RAPOSO, *Os limites da igualdade: um enigma por desvendar (a questão da promoção da igualdade entre os sexos)*, *Questões Laborais*, Ano XI, 2004, n.º 23, pp. 42-80.

balho reduzida, doença crónica, nacionalidade, raça ou origem étnica, religião, convicções políticas ou religiosas, filiação sindical, território de origem, língua, grau de instrução, situação económica e condição social.

Mas, são, igualmente, de integrar nas condutas discriminatórias, as condutas do empregador que tenham motivos relacionados com a parentalidade (artigo 25.º, n.º 6)²², bem como o assédio discriminatório²³ e o assédio sexual²⁴.

O legislador procede, assim, a um elenco dos factores de discriminação através da remissão para o artigo anterior, mas não faz de forma taxativa, uma vez que utiliza o advérbio “nomeadamente”.

Ao mesmo tempo, estabelece as situações em que não haverá discriminação, definindo que não será considerada como tal o comportamento do empregador baseado num dos fatores enunciados no n.º 1 do artigo 24.º, desde que (artigo 25.º, n.º 2):

- esse fator constitua uma requisito justificável e determinante para o exercício da atividade profissional;
- em virtude da natureza da actividade em causa ou do contexto da sua execução;
- devendo o objectivo ser legítimo e o requisito proporcional²⁵.

Por isso, são nomeadamente permitidas diferenças de tratamento baseadas na idade que sejam necessárias e apropriadas à realização de um objectivo legítimo, designadamente de política de emprego, mercado de trabalho ou de formação profissional (artigo 25.º, n.º 3).

A aplicação destas normas e a sua subsunção à realidade diária dos trabalhadores e das empresas suscita muitas dificuldades práticas, principalmente, quando, como se referiu, as condutas nem sempre se apresentam transparentes, mas antes de uma forma dissimulada.

²² Trata-se aqui de um imperativo comunitário. Com efeito, o tratamento diferenciado em razão da maternidade e da paternidade é considerado pelo direito da UE como uma discriminação em razão do género [artigo 2.º, n.º 2, alínea c), da Diretiva 2006/54/CE].

²³ Baseado num dos factores de discriminação indicados no n.º 1 do artigo 24.º

²⁴ Que é sempre de qualificar como discriminatório.

²⁵ MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Direito do Trabalho, II*, Almedina, 3.ª edição, 2010, refere “deverá ter-se em conta que o princípio da igualdade corresponde a um direito fundamental, pelo que as restrições que lhe sejam impostas devem ser reduzidas ao mínimo (artigo 18.º da CRP). É, assim, justificada uma interpretação restritiva desta norma e dos critérios que estabelece para a delimitação negativa do conceito de discriminação”.

Por este motivo, o legislador comunitário sentiu a necessidade de dar definições de discriminação direta e de discriminação indireta, de trabalho igual e trabalho de valor igual, as quais passaram para os direitos nacionais, através da transposição das Diretivas, e, por essa via, vieram a ser integradas no Código do Trabalho [artigo 2.º, alíneas *i*) e *j*)] do diploma preambular ao Código do Trabalho)²⁶.

Por outro lado, por via das dificuldades de prova, e com a finalidade de reforçar a operacionalidade do princípio da não discriminação e de tutelar as consequências do seu incumprimento, o legislador português consagrou, desde os anos 70 do século passado, mecanismos diferentes daqueles que vigoram para o direito probatório em geral, em que a regra é a de que quem alega um facto constitutivo de um direito que invoca deve prová-lo (artigo 342.º do Código Civil).

De facto, no Decreto-Lei n.º 392/79, de 20/9, que visava garantir às mulheres a igualdade com os homens em oportunidades e tratamento no trabalho e no emprego, previu regras específicas em termos de ónus da prova, estabelecendo que cabe à trabalhadora que alegue a discriminação fundamentar tal alegação por referência ao trabalhador ou trabalhadores em relação aos quais se considera discriminada, incumbindo à entidade patronal provar que as diferenças de remuneração efectiva assentam em factor diverso do sexo (artigo 9.º, n.º 4).

No diploma seguinte, a Lei n.º 105/97, de 13/9, que visava garantir o direito à igualdade de tratamento no trabalho e no emprego, foi atribuída às associações sindicais representativas dos trabalhadores ao serviço da entidade que desrespeite o direito à igualdade de tratamento propor, junto dos tribunais competentes, acções tendentes a provar qualquer prática discriminatória, independentemente do exercício do direito de acção pelo trabalhador ou candidato (artigo 4.º).

Foi, ainda, consagrado que, neste tipo de acções, cabia ao empregador o ónus de provar a inexistência de qualquer prática, critério ou medida discriminatória em função do sexo (artigo 5.º)²⁷.

Por seu turno, o Código do Trabalho estabeleceu que “cabe a quem alega a discriminação indicar o trabalhador ou trabalhadores em relação

²⁶ Contudo, a transposição da Diretiva 2000/43/CE, para o Código do Trabalho, apenas foi feita parcialmente, quanto aos aspetos relacionados como contrato de trabalho, tendo as restantes questões sido transpostas pela Lei n.º 18/2004, de 11 de Maio.

²⁷ Sobre a inversão no regime do ónus da prova no âmbito desta Lei, o Acórdão da RL, de 06/06/2007 (Leopoldo Soares), processo 25/2007-4.

a quem se considera discriminado, incumbindo ao empregador provar que a diferença de tratamento não assenta em qualquer factor de discriminação” (artigo 25.º, n.º 5).

De acordo com esta repartição, compete ao trabalhador ou ao candidato a emprego, que se considere discriminado, alegar e fundamentar a discriminação de que se considera vítima, indicando o trabalhador ou trabalhadores favorecidos, cabendo, por sua vez, ao empregador provar que a diferença de tratamento não se baseia em qualquer factor de discriminação.

GUILHERME DRAY defende que o Código do Trabalho de 2009 consagra uma regra geral de inversão do ónus da prova, ao arrempio do artigo 342.º do Código Civil, que se estende a todas as práticas discriminatórias, indo para além daquela que vigorava anteriormente ao Código do Trabalho de 2003, que apenas existia a propósito do princípio da igualdade em razão do sexo²⁸.

Refere, ainda, este autor que o Código de 2009 vai ainda mais longe, já que o n.º 6 do artigo 25.º estende o regime do ónus da prova, previsto no número anterior, às situações de invocação de qualquer prática discriminatória no acesso ao emprego, à formação e à promoção profissionais e nas condições de trabalho, nomeadamente por motivo de dispensa para consultas pré-natais, proteção da segurança e saúde de trabalhadora grávida, puérpera ou lactante, licenças por parentalidade ou faltas para assistência a menores²⁹.

Também MANUELA BENTO FIALHO³⁰, refere que “não parece deixar dúvidas que se está em presença de uma verdadeira inversão do ónus da prova, e não só de uma maior facilitação dela”, acrescentando de seguida que “em sede de ação, e em matéria probatória, importa, contudo, não confundir o ato de discriminação propriamente dito, com o dano causado pelo mesmo, realidades que, em matéria de ónus da prova, pressupõem tratamento diverso”.

²⁸ PEDRO ROMANO MARTINEZ e outros, *Código do Trabalho, anotado*, 7.ª edição, 2009, p. 172.

²⁹ GUILHERME DRAY, *Igualdade e não discriminação*, in *Código do Trabalho – A Revisão de 2009* (coordenação de PAULO MORGADO DE CARVALHO), Coimbra Editora, 2011, pp. 129 e 130.

³⁰ *Igualdade no Trabalho*, *Prontuário de Direito do Trabalho*, n.ºs 76/78, Jan/Dez. 2007, pp. 99 e ss.

Já MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO³¹ afirma que se trata de uma regra de repartição e não de inversão do ónus da prova, o que está em consonância com o princípio comunitário nesta matéria, estabelecido na Diretiva 97/80/CE.

Segundo esta ilustre Professora, há um decréscimo concreto da tutela laboral por reporte ao sistema anterior à codificação, uma vez que desapareceu a regra da inversão do ónus da prova que se aplicava às ações propostas pelas associações sindicais para combater casos de discriminação sistémica de género no acesso ao emprego e no trabalho (artigo 5.º da Lei n.º 105/97, de 13/9, revogada).

Por sua vez, TERESA COELHO MOREIRA, afirma que o n.º 5 do artigo 25.º do CT consagra a inversão do ónus da prova, mas mais parece uma partilha do mesmo³².

Também JÚLIO GOMES refere que o Código mantém a solução, designada por alguns, como de inversão do ónus da prova, mas que parece consistir mais um aligeiramento do ónus da prova de quem invoca ou alega uma discriminação, acabando por salientar que se consagra uma repartição do ónus da prova específica, cabendo ao trabalhador apenas a demonstração da existência de uma diferença de tratamento e ao empregador provar que a diferença não resulta de uma fator discriminatório³³.

Igualmente, PEDRO ROMANO MARTINEZ afirma que estamos perante a repartição do ónus da prova, constante do artigo 342.º do Código Civil, nos termos da qual será o trabalhador que se considera discriminado a quem cabe fazer a prova dos factos constitutivos do direito alegado: é o trabalhador lesado que tem de alegar a discriminação, fundamentá-la e indicar os trabalhadores em relação aos quais se sente discriminado. Feita

³¹ *Direito do Trabalho, II*, ..., p. 169, nota de rodapé, na qual ainda salienta o seguinte: “Chama-se, no entanto, a atenção para o decréscimo concreto da tutela laboral por reporte ao sistema anterior à codificação, uma vez que desapareceu a regra da inversão total do ónus da prova que se aplicava às ações propostas pelas associações sindicais para combater casos de discriminação sistémica de género no acesso ao emprego e no trabalho (artigo 5.º da Lei n.º 105/97, de 13/9, revogada).

³² *O Ónus da Prova em caso de discriminação*, in *Igualdade e não discriminação*, Almedina, 2013, p. 113. No Código do Trabalho de 2003, a inversão do ónus da prova estava consagrada apenas a propósito das questões relacionadas com o princípio da igualdade em função do sexo. Refere ainda esta autora que, “o procedimento relativo a esta partilha do ónus da prova é muito mais atenuado do que uma verdadeira inversão do ónus, pois o que existe é uma partilha e uma mudança do ónus relativamente àqueles elementos que pertencem a cada uma das partes”.

³³ *Direito do Trabalho, I*, Coimbra Editora, 2007, p. 424.

esta prova, cabe ao empregador demonstrar que as diferenças invocadas não assentam num factor discriminatório, pois têm justificação plausível. Cabe, no entanto, ao trabalhador a prova dos prejuízos que invoca³⁴.

Em nossa opinião, trata-se verdadeiramente de uma repartição do ónus da prova e não de uma inversão, que ocorre em dois momentos, ou melhor, em duas etapas:

- 1) Trabalho do Autor – estabelece os factos que permitem presumir uma diferença de tratamento;
- 2) Trabalho do empregador – justifica os factos provando a ausência de discriminação, cabendo-lhe o ónus da prova da justificação.

Nem sempre a prova se revela difícil, pois existem casos em que a diferença de tratamento é evidente, como ocorreu, por exemplo, num caso, na Holanda, em que a candidata a um emprego num café, após lhe ter sido perguntado se tinha filhos, declarou que não, mas que desejava ter um filho proximamente.

Neste caso, o emprego foi recusado, tendo-lhe sido comunicado por escrito que deveria dar prioridade a fazer bebés com o seu namorado³⁵.

Num outro caso, foi recusado o emprego a um idoso portador de deficiência, tendo-lhe sido comunicado por *e-mail* que a sua idade e o seu estado de deficiência constituíam problemas e, por isso, a sua candidatura era desinteressante³⁶.

Contudo, na maioria dos casos, a prova é difícil, pois não basta a alegação de que se é discriminado em razão de escolha sexual, raça, sexo e, por isso, se tem uma particular desvantagem.

O estabelecimento dos factos é fundamental, cabendo ao Autor apresentar factos que sejam susceptíveis de causar a suspeição (a presunção) de que existe uma conexão entre a desvantagem ou o tratamento desigual e o facto de se ser mulher, de se ter determinada orientação sexual, etc.

Ou seja, tem de provar que existe uma ligação entre o facto de ser mulher ou idoso e o facto de ter sido rejeitada a sua candidatura àquele emprego.

Num primeiro momento, o Autor terá de demonstrar que tem qualificações para tal emprego, mas tal não será suficiente, podendo também

³⁴ *Direito do Trabalho*, Almedina, 2010, 5.^a edição, pp. 395 e 396.

³⁵ Comissão de Igualdade de Tratamento, *Opinion 2004-229*, 24 de novembro de 2004.

³⁶ *Parecer* da Comissão de Igualdade de Tratamento Holandesa, de 31 de janeiro de 2006, 2006-16.

fornecer dados estatísticos, que, por exemplo, evidenciem que o número de trabalhadoras é muito reduzido e que dificilmente são contratadas mulheres pela empresa, apesar da percentagem elevada de candidatas com as qualificações adequadas ao emprego em causa, bem como obter testemunhas de outras pessoas que passaram pela mesma experiência.

Todavia, nem sempre será fácil obter tais estatísticas ou conseguir testemunhas para o efeito, embora seja possível impor ao demandado a junção de documentos que permitam estabelecer a desigualdade de tratamento, sob pena de este sofrer consequências.

Foi o que aconteceu no caso *IBM contra Buscail*³⁷, no qual o Tribunal de Apelação de Montpellier decidiu que o demandado que não cumpriu a ordem do tribunal de apresentar tais documentos não podia alegar a insuficiência da prova do Autor, concluindo o Tribunal que o incumprimento do direito de acesso aos documentos tem por corolário a transferência do ónus da prova para o demandado³⁸.

4.1. A prova na discriminação direta

O estabelecimento dos factos apresenta-se ainda de modo diverso no caso de discriminação direta e de discriminação indireta.

A discriminação direta ocorre sempre que, em razão de um factor de discriminação, uma pessoa seja sujeita a tratamento menos favorável

³⁷ Decisão de 23 de março de 2003, assunto n.º 0200504.

³⁸ No Acórdão *Meister*, processo C-415/10, o TJUE decidiu que os artigos 8.º, n.º 1, da Diretiva 2000/43/CE do Conselho, de 29 de junho de 2000, que aplica o princípio da igualdade de tratamento entre as pessoas, sem distinção de origem racial ou étnica, 10.º, n.º 1, da Diretiva 2000/78/CE do Conselho, de 27 de novembro de 2000, que estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na atividade profissional, e 19.º, n.º 1, da Diretiva 2006/54/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de julho de 2006, relativa à aplicação do princípio da igualdade de oportunidades e igualdade de tratamento entre homens e mulheres em domínios ligados ao emprego e à atividade profissional, devem ser interpretados no sentido de que não preveem o direito de um trabalhador, que alegue de forma plausível preencher os requisitos indicados num anúncio de recrutamento e cuja candidatura não tenha sido aceite, aceder à informação sobre se o empregador, no final do processo de recrutamento, contratou outro candidato. Contudo, não se pode excluir a possibilidade de a recusa de acesso à informação por parte da demandada constituir um dos elementos a ter em conta no âmbito da demonstração dos factos que permitam presumir a existência de uma discriminação direta ou indireta. Incumbe ao órgão jurisdicional de reenvio, tendo em conta todos os factos do litígio que lhe foi submetido, verificar se é esse o caso no processo principal.

do que aquele que é, tenha sido ou venha a ser dado a outra pessoa em situação comparável [alínea *a*] do n.º 1 do artigo 23.º do CT].

Como exemplo deste tipo de discriminação³⁹, veja-se o caso da entidade empregadora X que transferiu uma trabalhadora de local de trabalho contra a sua vontade porque esta iniciou uma relação amorosa com um colega. Em vários casos anteriores, nas mesmas circunstâncias, nunca transferiu homens por essa razão.

Num outro caso, na clínica médica X foi instituída a regra de que os homens enfermeiros quando vão tratar de pacientes (homens ou mulheres) devem estar sempre acompanhados por uma ou um ajudante. Para as enfermeiras não existe a mesma regra, tratando muitas vezes sozinhas dos ou das pacientes.

Em termos probatórios, o Autor terá de invocar factos que demonstrem que foi tratado de modo menos favorável do que outrem, o que exige que seja efetuada comparação, que pode ser feita através de um tipo de análise em concreto ou através de uma análise em abstrato.

No primeiro caso, a comparação pode ser feita entre o tratamento de pessoas que trabalham na mesma empresa (comparação atual) ou entre pessoas que se sucederam no mesmo posto de trabalho⁴⁰.

Na análise em abstrato, a comparação é feita entre um grupo de pessoas que trabalham na empresa e o tratamento que beneficiaria outro grupo de pessoas se trabalhasse na mesma empresa, estabelecendo-se uma análise hipotética entre competências e qualificações, como, por exemplo, comparar o que seria pago a homens que realizassem trabalhos normalmente desempenhados por mulheres, como o de secretárias administrativas ou educadoras de infância.

Como se aludiu, o Autor deve estabelecer factos que criem no julgador a convicção de que o motivo discriminatório é plausível.

A avaliação do tribunal é, por isso, determinante para declarar a partir de quando e a partir de que momento os factos são estabelecidos.

³⁹ Os exemplos foram retirados do documento elaborado pela CITE/ACT, denominado “Instrumentos de apoio à acção inspetiva no combate à discriminação de género no trabalho”, Outubro de 2012, disponível em http://www.act.gov.pt/pt/crc/PublicaçõesEletronicas/Documents/Instrumentos_apoio_açao_inspetiva_combate_dicriminacao.pdf).

⁴⁰ Acórdão Mac Carthys Ltd *versus* Wendy Smith – Caso 129/79. O Tribunal de Justiça decidiu que o princípio da igualdade retributiva se aplica nos casos em que uma trabalhadora demonstre que recebe menos do que um trabalhador empregado anteriormente no mesmo posto de trabalho, e não apenas nas situações em que, simultaneamente, realizam o mesmo trabalho para o empregador.

Tais factos poderão respeitar a recusa de recrutamento, de progressão na carreira, de diferentes remunerações, de acesso à formação profissional, na escolha de pessoas para efeitos de despedimento coletivo, etc.

4.2. A prova na discriminação indireta

Na discriminação indireta, a discriminação é muito mais difícil de provar e quanto mais indireta é a discriminação mais difícil se torna a apresentação de provas da mesma.

Nas suas primeiras decisões sobre o tema, o Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia deu um contributo significativo para a concretização do conceito de discriminação indirecta, tendo no caso *Jenkins*⁴¹, sobre diferenças salariais, decidido, pela primeira vez, distribuir os papéis no que respeita à prova da discriminação.

A discriminação indireta é um conceito nascido no direito americano e mais precisamente com o caso *Griggs versus Duke Power Company* do Supremo Tribunal (1971), no qual se discutia se a exigência de ensino médio para aceder a um emprego que não exigia esses requisitos académicos era ou não discriminatória em face da população de raça negra, tendo sido decidido que havia discriminação, porque era mais difícil às pessoas de raça negra acederem ao ensino que as de raça branca, pelo que havia menos negros a cumprir tal exigência.

A decisão referida usou dados estatísticos, como forma de comparação, para prova da discriminação indireta, mas tem-se vindo a concluir que estes dados apenas constituem um ponto de partida na aplicação da doutrina da flexibilização do ónus da prova aos casos de discriminação indireta.

De facto, a utilização de estatísticas para demonstrar um comportamento discriminatório tem suscitado opiniões diversas, pois, enquanto uns consideram o método estatístico um instrumento auxiliar útil, outros manifestam hostilidade à sua utilização, sendo um instrumento frequentemente utilizado nos Estados Unidos, mas já não pelos tribunais do trabalho dos países europeus⁴².

Com efeito, a prova deste tipo de discriminação envolve uma avaliação sobre os efeitos da prática ou da regra em causa, através da análise por grupo, com o recurso frequente a dados quantitativos e estatísticas,

⁴¹ Acórdão do TJCE, de 31/1/1981, C-96/80.

⁴² Sobre o assunto, JÚLIO GOMES, *Direito do Trabalho*, I, cit., pp. 396 e 397.

que devem ser significativas, mas, como se viu o recurso a este tipo de dados é facultativo ou apenas se usa indiciariamente, já que não serve para todas as situações.

Na verdade, a dimensão estatística será pouco eficaz para presumir uma discriminação indirecta relativa a pessoas discriminadas em razão de uma deficiência, das suas escolhas sexuais ou da sua situação como trabalhador migrante.

De acordo com a lei, a discriminação indirecta ocorre sempre que:

- 1) uma disposição, critério ou prática (uma regra, uma rotina ou um uso na empresa)⁴³;
- 2) aparentemente neutro (referindo-se a um critério);
- 3) seja susceptível de colocar uma pessoa, por motivo de um factor de discriminação, numa posição de desvantagem, comparativamente com outras;
- 4) a não ser que essa disposição, critério ou prática seja objectivamente justificado por um fim legítimo e que os meios para o alcançar sejam adequados e necessários [alínea *b*] do n.º 1 do artigo 23.º do CT]⁴⁴.

A verificação das três primeiras condições faz presumir a existência de discriminação indirecta, que não exige a intenção do autor, pois o que importa é antes o resultado ou o efeito discriminatório.

Este tipo de discriminação verifica se as situações em que, por exemplo, um empregador estabelece regras ou critérios que aplica indistintamente aos seus trabalhadores, independentemente do género, colocando potencialmente um dos sexos em desvantagem face ao outro⁴⁵.

Veja-se o caso da entidade empregadora X, que publicita um anúncio de oferta de emprego em que utiliza como critério que os candidatos ou candidatas tenham pelo menos 1, 80 m de altura, sem que tal tenha

⁴³ Não basta o caso solitário ou individual, devendo antes corresponder à maneira habitual de se proceder.

⁴⁴ MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Direito do Trabalho, II*, 3.ª edição, Almedina, 2010, pp. 168 e 169, afirma que a noção de discriminação indirecta, que consta actualmente do Código, é menos clara que o conceito de discriminação indirecta que constava do artigo 2.º da Lei n.º 105/97, de 13/9, no sistema anterior à codificação, tendo, igualmente, desaparecido a norma sobre indícios de discriminação, eu era de grande importância para a detecção das situações de discriminação sistémica, e que constava do artigo 3.º da mesma lei.

⁴⁵ Veja-se o documento intitulado “Instrumentos de apoio à acção inspectiva...”, cit., p. 22, donde é igualmente retirado o exemplo seguinte.

qualquer justificação face às funções em causa. Com esta exigência, grande parte das mulheres estão excluídas à partida, dado serem, em média, mais baixas do que os homens.

Também numa empresa em que os trabalhadores sejam maioritariamente nacionais, a política consistente de contratar de forma privilegiada os filhos destes é susceptível de constituir uma discriminação indirecta relativamente às pessoas de nacionalidade estrangeira à procura de emprego.

Tal como na discriminação direta, também se utiliza o método comparativo, embora não se trate de medir os efeitos quantitativos desfavoráveis da medida em causa, mas antes examinar qualitativamente quais são os efeitos potencialmente desfavoráveis de uma medida sobre pessoas ou grupo de pessoas que respondem a um critério determinado relativamente a outras pessoas ou grupo de pessoas.

Contudo, ao contrário da discriminação direta, a discriminação indirecta está dissimulada num critério neutro que lhe serve de cobertura, sendo descoberta através da análise dos efeitos da norma ou da prática utilizada pela empresa.

Neste caso, tratando-se, por exemplo, de diferença no pagamento de retribuições, cabe ao trabalhador/a, utilizando o método de comparação, alegar que a prática instituída pela empresa coloca o grupo numa situação de desvantagem, incumbindo ao empregador o ónus de provar que se verificam motivos para a diferença de retribuição, demonstrando que a situação da pessoa que se sente discriminada não é igual à da pessoa ou grupo comparados.

Como refere TERESA COELHO MOREIRA, “a apreciação destes factos incumbe ao juiz que deve verificar o carácter pertinente e proporcional dos argumentos invocados pelo empregador, não aceitando meras declarações de política económica ou de prática usual na empresa”⁴⁶.

Pela sua importância, e por se referir aos dois tipos de discriminação, realço aqui uma decisão recente do Tribunal de Justiça da União Europeia, num caso conhecido pela barriga de aluguer, *Caso C. D. contra S.T.*⁴⁷, no qual foi decidido o seguinte:

- “1) A Diretiva 92/85/CEE do Conselho, de 19 de outubro de 1992, relativa à implementação de medidas destinadas a promover a melhoria da segurança e da saúde das trabalhadoras grávidas, puérperas ou

⁴⁶ *Ónus da prova em casos de discriminação*, cit., p. 121.

⁴⁷ Acórdão de 18 de março de 2014, Processo C-167/12.

lactantes no trabalho (décima diretiva especial na aceção do n.º 1 do artigo 16.º da Diretiva 89/391/CEE), deve ser interpretada no sentido de que os Estados-membros não são obrigados a conceder uma licença de maternidade a título do artigo 8.º desta diretiva a uma trabalhadora, na sua qualidade de mãe intencional que teve um filho através de um contrato de maternidade de substituição, mesmo quando pode amamentar essa criança após o parto ou quando a amamenta efetivamente.

- 2) O artigo 14.º da Diretiva 2006/54/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de julho de 2006, relativa à aplicação do princípio da igualdade de oportunidades e igualdade de tratamento entre homens e mulheres em domínios ligados ao emprego e à atividade profissional, lido em conjugação com o artigo 2.º, n.ºs 1, alíneas *a)* e *b)*, e 2, alínea *c)*, desta diretiva, deve ser interpretado no sentido de que o facto de um empregador recusar conceder uma licença de maternidade a uma mãe intencional que teve um filho através de um contrato de maternidade de substituição não constitui uma discriminação em razão do sexo.”

Neste decisão, o Tribunal concluiu que a recusa de conceder uma licença de maternidade a uma mãe intencional, como D., não constitui uma discriminação direta ou indireta em razão do sexo, na aceção do artigo 2.º, n.º 1, alíneas *a)* e *b)*, da Diretiva 2006/54.

5. Jurisprudência nacional

Vários autores⁴⁸ vêm salientando que a jurisprudência nacional tem sido muito restritiva, não potenciando a regra da inversão do ónus da prova prevista no Código do Trabalho, dando como exemplos os Acórdãos do STJ, de 22/4/2009 e de 12/10/2011.

De facto, no ordenamento jurídico português exige-se que a regra da inversão do ónus da prova só pode beneficiar o trabalhador ou candidato se este, para além de invocar uma diferença de tratamento que lhe

⁴⁸ GUILHERME DRAY, *Igualdade e não discriminação*, in *Código do Trabalho, A Revisão de 2009*, cit., pp. 134-136. No mesmo sentido, TERESA COELHO MOREIRA, *O Ónus da prova...*, p. 116.

é desfavorável, aludir e invocar, ainda, o fator de discriminação que, do seu ponto de vista, esteve na origem da diferenciação que foi realizada⁴⁹.

Vejamos, agora, algumas decisões que se têm pronunciado sobre o tema da igualdade e não discriminação.

Relativamente à questão do trabalho igual salário igual⁵⁰, o Acórdão da RL, de 23/1/2013 (Isabel Tapadinhas), processo n.º 1442/11.1TTLSB. L1-4, decidiu que “A inversão do ónus da prova que se alude no n.º 3 do artigo 23.º do CT de 2003, com a presunção que nela se contém, pressupõe a alegação e prova, por banda do trabalhador, de factos que constituam fatores característicos de discriminação”.

Como, no caso concreto, não foi invocado/provado tal fundamento, a existência de factos bastantes que permitam concluir pela prestação de trabalho, objetivamente em natureza, quantidade e qualidade relativamente ao trabalhador face ao qual se diz discriminado, constitui ónus do autor, não bastando, para o efeito do juízo comparativo a estabelecer, a prova da mesma categoria profissional e da diferença retributiva.

No mesmo sentido, o Acórdão do STJ, de 18/12/2013 (Mário Belo Morgado), processo 248/10.0TTBRG.P1.S1, decidiu que, atento o disposto no n.º 5 do artigo 25.º do CT/09, por forma a fazer funcionar a regra de inversão do ónus da prova, com o consequente afastamento do princípio geral estabelecido no artigo 342.º, n.º 1, do CC, compete ao trabalhador que invoca a discriminação alegar e provar os factos que, referindo-se à

⁴⁹ GUILHERME DRAY, *cit.*, p. 135, e TERESA COELHO MOREIRA, *cit.*, p. 118.

⁵⁰ Relativamente ao princípio para trabalho igual salário igual, importa salientar o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 313/89, in www.tribunalconstitucional.pt, onde se escreveu o seguinte: “O princípio ‘para trabalho igual salário igual’ não proíbe, naturalmente, que o mesmo tipo de trabalho seja remunerado em termos quantitativamente diferentes, conforme seja feito por pessoas com mais ou menos habilitações e com mais ou menos tempo de serviço, pagando-se mais, naturalmente, aos que maiores habilitações possuem e mais tempo de serviço têm. O que o princípio proíbe é que se pague de maneira diferente a trabalhadores que prestam o mesmo tipo de trabalho, têm iguais habilitações e o mesmo tempo de serviço. O que, pois, se proíbe são as discriminações, as distinções sem fundamento material, designadamente porque assentes em meras categorias subjectivas. Se as diferenças de remuneração assentarem em critérios objectivos, então elas são materialmente fundadas, e não discriminatórias. Tratar por igual o que é essencialmente igual e desigualmente o que é essencialmente desigual – eis o que exige o princípio da igualdade consagrado no artigo 13.º da Constituição...” Salienta-se, igualmente, o Acórdão do STJ, n.º 16/96, in *DR*, 1.ª Série, de 04/12/96, p. 4363, que fixou jurisprudência no seguinte sentido: “Viola o princípio de ‘para trabalho igual salário igual’ inscrito no artigo 59.º, n.º 1, da Constituição, a entidade patronal que pratique discriminação salarial fundada em absentismo justificado por doença do trabalhador.”

natureza, qualidade e quantidade de trabalho prestado por trabalhadores da mesma empresa e com a mesma categoria, permitam concluir que a diferente progressão na carreira e o pagamento de diferentes remunerações viola o princípio da igualdade, uma vez que tais factos se apresentam como constitutivos do direito que pretende fazer valer⁵¹.

Também o Acórdão do STJ, *supra* referido, de 22/4/2009 (Vasques Diniz), processo 08P3040, decidiu que “Nos casos em que a acção tem por fundamento algum dos factores característicos da discriminação, o trabalhador que se sente discriminado não tem de alegar e demonstrar factos relativos à natureza, qualidade e quantidade das prestações laborais em comparação, pois que, provados os factos que integram o invocado fundamento, atua a presunção de que a diferença salarial a ele se deve, invertendo-se apenas quanto ao nexo causal presumido, o ónus da prova. Mas, tem, em tais casos, de alegar e provar, além dos factos que revelam a diferenciação de tratamento, também, os factos que integram um daqueles fatores de discriminação”⁵².

⁵¹ No Acórdão da RP, de 4/10/2010 (Ferreira da Costa), processo 343/04.4TTBCL.P1, foi decidido que “I – Deve haver correspondência entre as funções efetivamente desempenhadas pelo trabalhador, o seu estatuto profissional e a retribuição auferida. O CT 2003 manteve o ónus da prova do autor relativamente à situação pela qual se considera discriminado, mas inovou ao pôr a cargo do empregador o ónus da prova da justificação da diferença das condições de trabalho (artigo 23.º, n.º 3). Este Acórdão teve um voto de vencido da Sr.ª Desembargadora Paula Carvalho, no qual exarou os seguintes argumentos: “No âmbito de vigência da LCCT, ao trabalhador compete, nos termos do artigo 342.º, n.º 1, do Cód. Civil e porque pressuposto do direito de que se arroga titular, o ónus de alegação e prova de que o trabalho é igual em natureza, quantidade e qualidade, na esteira de orientação jurisprudencial uniforme do STJ, prova essa que, no caso concreto, entendemos não ter sido feita pelo A.

No âmbito do Código do Trabalho de 2003, a “inversão” do ónus da prova prevista no art. 23.º, n.º 3, do CT/2003, está associada a algum fator de discriminação, sejam os previstos no n.º 1 desse preceito, no art. 22.º, n.º 2, nos arts. 32.º, n.º 1, e 35.º da Lei n.º 35/2004, ou outros equiparáveis, cabendo ao A. a alegação e prova, não apenas da diferença de tratamento remuneratório, mas também da existência de qualquer fator que possa ser considerado como fator de discriminação (neste sentido, cfr., designadamente o Acórdão do STJ, de 22.04.2009, www.dgsi.pt, proc.08P3040). No caso não foi invocado e provado qualquer fator discriminatório, pelo que se entende que cabia ao A. o ónus da prova da igualdade (em natureza, quantidade e qualidade) do trabalho, prova essa que não fez”.

⁵² Neste sentido, ainda, o Acórdão do STJ, de 12/10/2011 (Fernandes da Silva), processo 343/04.4TTBCL.P1.S1, cujo sumário é o seguinte: I – O princípio da igualdade (art. 13.º da CRP), desenvolvido no art. 59.º/1 da mesma CRP, reporta-se a uma igualdade material, que não meramente formal, e concretiza-se na proscrição do arbítrio e da

Mas, no Acórdão do STJ, de 20/11/2013, (Melo Lima), processo 14/11.5TTCVL.C1.S1., entendeu-se que consubstanciava violação do princípio da não discriminação a nomeação extraordinária para uma nova categoria profissional, por iniciativa do empregador, de oito dos seus trabalhadores, pelo simples exercício de determinadas funções e cargo em comissão de serviço, de par com a nomeação de um outro trabalhador para uma nova categoria, inferior à conferida àqueles, sem uma justificação material para o tratamento diferenciado e posto que aqueles e este tenham exercido funções de igual natureza, quantidade e qualidade⁵³.

Nesta matéria, a jurisprudência tem sido praticamente uniforme no sentido de que a denominada regra de inversão do ónus da prova, com o consequente afastamento do princípio geral com assento no artigo 342.º,

discriminação, devendo tratar-se por igual o que é essencialmente igual e desigualmente o que é essencialmente desigual.

II – O princípio do ‘trabalho igual, salário igual’, corolário daquele, pressupõe a mesma retribuição para trabalho prestado em condições de igual natureza, qualidade e quantidade, com proibição da diferenciação arbitrária, materialmente infundada, só existindo violação do princípio quando a diferenciação salarial assente em critérios apenas subjectivos.

III – A inversão do ónus da prova a que alude o n.º 3 do art. 23.º do Código do Trabalho, complementado pelos arts. 32.º e 35.º do RCT (Regulamento aprovado pela Lei n.º 35/2004, de 29 de Julho), com a presunção que nela se contém, pressupõe a alegação e prova, por banda do trabalhador, de factos que constituam factores característicos de discriminação.

IV – Não tendo sido invocado/provado tal fundamento, a existência de factos bastantes que permitam concluir pela verificação da prestação de trabalho, objectivamente semelhante em natureza, qualidade e quantidade relativamente ao trabalhador face ao qual se diz discriminado, constitui ónus do A., não bastando, para o efeito do juízo comparativo a estabelecer, a prova da mesma categoria profissional e da diferença retributiva. Com interesse, o Ac. da RC, de 23/10/2008 (Azevedo Mendes), processo 469/06.0TTCBR.C1, o Ac. da RP, de 7/4/2008 (Fernanda Soares), processo 0716614, o Ac. da RC, de 14/6/2012 (Manuela Fialho), processo 222/11.9TTVIS.C1, o Ac. da RL, de 11/7/2013 (Jerónimo Freitas), processo 697/12.9TTLSB.L1-4.

⁵³ Pelo seu interesse realça-se, ainda, o Acórdão da RL, de 4/6/2014 (Alda Martins), processo 3424/11.4TTLSB.L1-4, cujo sumário é o seguinte: “A Constituição da República Portuguesa e as normas legais em matéria de igualdade e não discriminação no trabalho exigem do empregador que adote as medidas necessárias à efetiva igualdade de tratamento e se iniba das práticas que importem diferenciação injustificada, pelo que, se o mesmo tiver ao seu serviço trabalhadores em regime de emprego público e em regime de contrato de trabalho, não tendo tal fator qualquer influência na quantidade, natureza e qualidade do trabalho, o princípio a trabalho igual, salário igual, numa vertente positiva, exige daquele uma atitude ativa de equiparação substantiva em matéria retributiva, e, por inerência, em matéria de promoção profissional.”

n.º 1, do Código Civil, só vale quando seja invocado um dos fatores de discriminação, devendo assim o trabalhador invocar que foi vítima duma discriminação em razão da ascendência, idade, sexo, orientação sexual, estado civil, situação familiar, património genético, capacidade de trabalho reduzida, deficiência, doença crónica, nacionalidade, origem étnica, religião, convicções políticas ou ideológicas, filiação sindical, ou outros que contendam com o valor superior da igual dignidade social de todos os cidadãos, pelo que se não alegam quaisquer factos que possam integrar-se numa destas categorias de fatores discriminatórios, não funciona a regra da inversão do ónus da prova⁵⁴.

Também tem sido este o sentido das decisões proferidas, nos casos em que está em causa a prática de assédio moral ou *mobbing* ou, como por vezes, se designa, terrorismo psicológico, e cuja conduta parece caracterizar-se por três facetas: a prática de determinados comportamentos, a sua duração e as consequências destes, sendo usual associar-se a intencionalidade da conduta persecutória, o seu carácter repetitivo e a verificação de consequências na saúde física e psíquica do trabalhador e do próprio emprego⁵⁵.

De acordo com o artigo 29.º do Código do Trabalho:

1 – Entende-se por assédio o comportamento indesejado, nomeadamente o baseado em fator de discriminação, praticado aquando do acesso ao emprego ou no próprio emprego, trabalho ou formação profissional, com o objetivo ou o efeito de perturbar ou constranger a pessoa, afetar a sua dignidade, ou de lhe criar um ambiente intimidativo, hostil, degradante, humilhante ou desestabilizador.

⁵⁴ Acórdão do STJ, de 19/02/2013 (Gonçalves Rocha), processo 5/11.6TTGRD.C1.S1.

⁵⁵ JÚLIO GOMES, *Direito do Trabalho*, volume I, Coimbra Editora, 2007, p. 428. Também PEDRO ROMANO MARTINEZ e outros, *Código do Trabalho*, anotado, Almedina, 9.ª edição, p. 187, que afirma que o assédio implica comportamentos do empregador real e manifestamente humilhantes, vexatórios e atentatórios da dignidade do trabalhador. Com interesse, o Acórdão da RL, de 14/09/2011 (Maria João Romba), processo 429/09.9TTLSB.L1-4, onde se diz que “Existe assédio moral ou *mobbing* quando há aspetos na conduta do empregador para com o trabalhador (através do respetivo superior hierárquico) que, apesar de, quando analisados isoladamente, não poderem ser considerados ilícitos, quando globalmente considerados, no seu conjunto, dado o seu prolongamento no tempo (ao longo de vários anos), são aptos a criar no trabalhador um desconforto e mal-estar no trabalho que ferem a respetiva dignidade profissional, integridade moral e psíquica, a tal ponto que acabaram por ter reflexos não só na prestação laboral (com a desmotivação que causam) mas também na própria saúde, levando-o a entrar numa situação de acompanhamento psiquiátrico, a conselho da própria médica do trabalho”.

2 – Constitui assédio sexual o comportamento indesejado de carácter sexual, sob forma verbal, não verbal ou física, com o objetivo ou o efeito referido no número anterior.

3 – À prática de assédio aplica-se o disposto no artigo anterior.

*O Código do Trabalho de 2009 ampliou o conceito de assédio ao abranger não apenas as hipóteses em que vislumbra o objetivo do empregador de afetar a dignidade do trabalhador, mas também aquelas em que, ainda que se não reconheça tal desiderato, ocorra o efeito a que se refere a parte final da norma do artigo 29.^o*⁵⁶

O/a trabalhador/a que pretenda demonstrar a existência do referido comportamento do empregador, qualificável como assédio moral, ao abrigo do disposto no artigo 29.^o do Código do Trabalho, para além de alegar esse mesmo comportamento, tem de alegar que o mesmo se funda numa atitude discriminatória alicerçada em qualquer dos factores de discriminação comparativamente aferido face a outro, ou a todos os restantes trabalhadores, aplicando-se, nesse caso, o regime especial de repartição do ónus da prova⁵⁷.

Por isso, se a trabalhadora não provar a factualidade suscetível de afrontar, direta ou indiretamente, o princípio da igual dignidade socio-laboral, subjacente a qualquer um dos fatores característicos da discriminação, o assédio moral por parte da Ré, por aquela invocado, tem de ser apreciado à luz das garantias consignadas no artigo 18.^o do CT (atual 16.^o), segundo o qual “o empregador, incluindo as pessoas singulares que o representam, e o trabalhador gozam do direito à respetiva integridade física e moral”, aplicando-se o regime geral de repartição do ónus da prova estabelecido o artigo 342.^o do Código Civil⁵⁸.

Os tribunais têm vindo, também, a proferir decisões relativas à proteção de trabalhadoras grávidas, cujo regime de prova tem regras próprias.

⁵⁶ Acórdão da RP, de 08/04/2013 (Maria José Costa Pinto), processo 248/10.0TTBRG.P1. Com interesse sobre a violação do dever de ocupação efetiva, o Ac. da RP, de 20/01/2014 (João Nunes), processo 1074/11.4TTPRT.P1, no qual se decidiu que “é de considerar verificada a violação do dever de ocupação efetiva quando a empregadora, empresa de grande dimensão, perante a extinção do serviço onde o trabalhador desempenhava as suas funções, o mantém inativo, em casa, a aguardar a colocação, durante um período de cerca de cinco anos e meio”.

⁵⁷ Acórdão do STJ, de 23/11/2011 (Fernandes da Silva), processo 2412/06.7TTLSB.L1.S1; Acórdão da RL, de 25/09/2013 (Isabel Tapadinhas), processo 201/11.6TTFUN.L1-4; Ac. do STJ, de 29/10/2013 (Mário Belo Morgado), processo 298/07.3TTPRT.P3.S1.

⁵⁸ Ac. da RL, de 29/1/2014 (Filomena Manso), processo n.º 420/06.7TTLSB.L1-4.

O artigo 63.º do CT, sob a epígrafe proteção em caso de despedimento, estipula o seguinte:

1 – O despedimento de trabalhadora grávida, puérpera ou lactante ou de trabalhador no gozo de licença parental carece de parecer prévio da entidade competente na área da igualdade de oportunidades entre homens e mulheres.

2 – O despedimento por facto imputável a trabalhador que se encontre em qualquer das situações referidas no número anterior presume-se feito sem justa causa.

3 – Para efeitos do número anterior, o empregador deve remeter cópia do processo à entidade competente na área da igualdade de oportunidade entre homens e mulheres:

- a) Depois das diligências probatórias referidas no n.º 1 do artigo 356.º, no despedimento por facto imputável ao trabalhador;*
- b) Depois da fase de informações e negociação prevista no artigo 361.º, no despedimento coletivo;*
- c) Depois das consultas referidas no n.º 1 do artigo 370.º, no despedimento por extinção de posto de trabalho;*
- d) Depois das consultas referidas no artigo 377.º, no despedimento por inadaptação.*

4 – A entidade competente deve comunicar o parecer referido no n.º 1 ao empregador e ao trabalhador, nos 30 dias subsequentes à receção do processo, considerando-se em sentido favorável ao despedimento quando não for emitido dentro do referido prazo.

5 – Cabe ao empregador provar que solicitou o parecer a que se refere o n.º 1.

6 – Se o parecer for desfavorável ao despedimento, o empregador só o pode efetuar após decisão judicial que reconheça a existência de motivo justificativo, devendo a ação ser intentada nos 30 dias subsequentes à notificação do parecer.

7 – A suspensão judicial do despedimento só não é decretada se o parecer for favorável ao despedimento e o tribunal considerar que existe probabilidade séria de verificação da justa causa.

8 – Se o despedimento for declarado ilícito, o empregador não se pode opor à reintegração do trabalhador nos termos do n.º 1 do artigo 392.º e o trabalhador tem direito, em alternativa à reintegração, a indemnização calculada nos termos do n.º 3 do referido artigo.

9 – Constitui contraordenação grave a violação do disposto nos n.ºs 1 ou 6.

Nestes casos, o parecer emitido pela Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego assume especial relevância, uma vez que compete a esta entidade, face aos elementos disponíveis no processo disciplinar, averiguar se os mesmos revelam, de algum modo, que o eventual despedimento radica em tratamento discriminatório em função do sexo, não lhe competindo, naturalmente, emitir opinião sobre a existência de justa causa, a não ser que o motivo justificativo patente no processo constitua, ele próprio, uma discriminação, nem lhe compete pronunciar-se sobre

ilegalidade ou irregularidades do processo disciplinar, a menos que estas sejam, por si, reveladoras de prática discriminatória⁵⁹.

Contudo, nem sempre os tribunais apreciam a questão da eventual discriminação, centrando a sua atenção na verificação ou não de justa causa, com base na estrutura e princípios que regem o procedimento disciplinar e a ação de impugnação de despedimento e os princípios gerais do ónus da prova, constantes do artigo 342.º do Código Civil⁶⁰.

6. A efetividade, a prova, a igualdade e não discriminação

O problema da efetividade do direito em matéria de igualdade e não discriminação não está nas leis, mas sim na prática.

De facto, a legislação sobre a matéria, que tem sido publicada no nosso país, tem contribuído para colmatar lacunas no que respeita à concretização efetiva do princípio da igualdade e não discriminação.

De facto, reconhecendo as dificuldades que se deparam a todos os operadores, administrativos e judiciários, o legislador decidiu ir mais além do que a transposição das Diretivas Europeias e da ratificação dos instrumentos internacionais, criando normas processuais tendentes a dar mais visibilidade às questões da igualdade e a contribuir para uma maior efetividade das normas substantivas.

Desde logo, foram estabelecidos e ampliados os termos do exercício do direito de ação das associações sindicais em representação e substituição dos trabalhadores, indo-se ao encontro das preocupações de superação das crescentes dificuldades dos trabalhadores em fazerem valer individualmente os seus direitos em sede de igualdade entre sexos no trabalho e emprego e proibição de discriminações baseadas na sua diferença.

Além disto, foi criado um processo especial, com natureza urgente, relativo à igualdade e à não discriminação em função do sexo, com vista a assegurar de forma célere a possibilidade de recurso aos tribunais para

⁵⁹ PEDRO FURTADO MARTINS, *Cessação do Contrato de Trabalho*, 2.ª edição, Princípio, Lisboa, 2002, pp. 106-108.

⁶⁰ Sobre o assunto, o Acórdão do STJ, de 18/04/2007 (Mário Pereira), processo 06S4278, decidiu que “... os factos integradores da justa causa são constitutivos do direito do empregador a despedir o trabalhador ou, na perspetiva processual da ação de impugnação do despedimento, impeditivos do direito à reintegração ou indemnizatório que o trabalhador nela aciona, incumbindo ao empregador o respetivo ónus da prova”. Com interesse, os Acórdãos do STJ, de 25/06/2009 (Vasques Diniz), processo 09S0090, e da RL, de 24/09/2008 (Isabel Tapadinhas), processo 6572/2008-4, e da mesma RL, de 08/05/2013 (Jerónimo Freitas), processo 860/12.2.TTLLS.L1-4.

tutela do direito à igualdade de tratamento no trabalho, no emprego e na formação profissional [artigo 26.º, n.º 1, alínea *h*), e artigos 186.º-G a 186.º-I, do CPT].

Contudo, o número de processos instaurados com base nas normas referidas é escasso, sendo as questões da igualdade e da não discriminação maioritariamente tratadas em ações de impugnação de despedimento.

Não é esta a panorâmica em alguns países europeus, onde estas questões são frequentemente tratadas pelos tribunais, tendo, igualmente, vindo a aumentar o número de questões prejudiciais para o Tribunal de Justiça, o que vem acontecendo, nomeadamente, na nossa vizinha Espanha.

Não estão, por isso, muito desatualizadas as considerações então feitas no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 392/79, de 20/9, quando aí se referia que continuam a subsistir diversas formas de discriminação a vários níveis que atingem, principalmente, a mulher e lhe impedem, de facto, a cidadania plena.

O mesmo se passa com as palavras de JOÃO RATO⁶¹, que, em 2003, escreveu que “nunca nos tribunais portugueses foi proposta qualquer ação direta e exclusivamente vocacionada para a apreciação de uma qualquer situação discriminatória. Os poucos casos detetados, com o precioso auxílio dos magistrados lá colocados, no tribunal do trabalho de Lisboa, referem-se essencialmente a questões salariais conexas com o princípio ‘para trabalho igual salário igual’ e com o gozo da licença de parto, sendo certo que, mesmo aí, a perspetivação das questões em termos discriminatórios resulta quase sempre da iniciativa do juiz”.

Continuamos, por isso, a considerar que, em Portugal, ainda há um caminho a percorrer, uma vez que a questão da discriminação tem sido pouco debatida e aplicada, embora nos últimos anos a situação esteja a melhorar.

A esta situação não são alheias as barreiras e dificuldades que se deparam e que estão normalmente relacionadas com a dificuldade na obtenção de elementos probatórios, nomeadamente testemunhas, com práticas subtis de discriminação por parte das empresas, principalmente nas de maior dimensão e com a falta de colaboração dos trabalhadores nas ações inspetivas, etc.

⁶¹ *Igualdade salarial, Mecanismos de aplicação do direito: os tribunais em Portugal e nos países parceiros – o caso português*, in *Questões laborais*, Ano X, 2003, n.º 21, pp. 23-33 (29).

O Código do Trabalho deu um contributo positivo, ao prever que todas as entidades devem manter durante cinco anos o registo dos processos de recrutamento efetuados, com os elementos previstos no artigo 32.º, o que pode auxiliar na descoberta de eventual discriminação de pessoas de um dos sexos no acesso ao emprego, formação e promoção profissionais e condições de trabalho.

Todavia, consideramos que o maior contributo seria a consagração de uma verdadeira regra de inversão do ónus da prova, e não apenas de facilitação da prova a cargo do trabalhador/trabalhadora vítimas de discriminação.

Só uma clara opção legislativa neste sentido potenciará uma mudança radical na concretização da igualdade de tratamento e da proibição da discriminação, que se anseia seja cada vez mais uma realidade efetiva.