

ORLANDO OLIVEIRA NHAGA

**O PRINCÍPIO DA IGUALDADE NO DIREITO DO
TRABALHO E O DEVER DE NÃO DISCRIMINAÇÃO EM
RAZÃO DO GÉNERO E DO TERRITÓRIO DA ORIGEM**

Orientadora: Prof^a. Doutora Carolina de Freitas e Silva

**Universidade Lusófona – Centro Universitário de Lisboa
Faculdade de Direito**

Lisboa

2023

ORLANDO OLIVEIRA NHAGA

**O PRINCÍPIO DA IGUALDADE NO DIREITO DO
TRABALHO E O DEVER DE NÃO DISCRIMINAÇÃO EM
RAZÃO DO GÉNERO E DO TERRITÓRIO DA ORIGEM**

Dissertação de Mestrado defendida em
provas públicas na Universidade
Lusófona – Centro Universitário de
Lisboa no dia 19/02/2024, perante o júri,
nomeado pelo Despacho de Nomeação
n.º 582/2023, com a seguinte
composição:

Presidente: Prof. Doutor António
Monteiro Fernandes

Arguente: Professora Doutora Marlene
Mendes

Orientadora: Professora Doutora
Carolina de Freitas e Silva

Universidade Lusófona – Centro Universitário de Lisboa

Faculdade de Direito

Lisboa

2023

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a todos os que tiveram alguma contribuição durante essa minha caminhada acadêmica desde o seu início, aos que estiveram diretamente ligados para sua concretização e muito particularmente aos já falecidos Luís Alberto Francisco Ianda e a irmã Esperia Sulis missionária da Congregação de Adoradoras de Sangue de Cristo na Guiné-Bissau, que tiveram um papel determinante e fundamental para comigo desde os primeiros dias da formação.

Que a terra seja leve para vós!

AGRADECIMENTOS

Uma vez que, como em tudo na vida, o mérito da realização desta Dissertação para a obtenção do grau de Mestre não é apenas individual, sendo também de todos os que nos permitiram realizá-la, cumpre-nos, aqui e antes de tudo o resto, expressar os nossos agradecimentos.

A Deus que me criou e me fez um ser à sua imagem, protegendo-me durante todos estes anos de luta para conseguir chegar a esse ponto.

Aos meus pais, pelo gosto pelo conhecimento que me inculcaram desde tenra idade e por todas as oportunidades que me vieram a conceder, desde então, de o cultivar e aprofundar, e pelos valores, formação e educação que me forneceram, fazendo de mim a pessoa que hoje sou. Sem eles nada disto seria possível.

À minha mana Regina Nhaga Camará e seu marido pelos apoios que me deram durante todo o processo de formação inclusive o alojamento.

Ao meu primo Flávio Mário Sanca, ao meu amigo Sousa Moreira Dias e à minha namorada Banumia Oliveira Nabalim.

Finalmente, à minha orientadora, Professora Doutora Carolina Freitas e Silva, com quem tive todo o apoio de que precisava para a concretização deste sonho.

A todos, sabendo que sem nenhum de vocês seria possível aqui chegar, da forma como cheguei, muito obrigado!

RESUMO

Com a presente dissertação de mestrado, pretendemos compreender em que consiste verdadeiramente o princípio da igualdade e o dever de não discriminação em razão do género e do país da origem, visto que é um tema muito debatido no nosso quotidiano. Esta temática tem vindo a estar na ordem do dia, pois cada vez mais se tem exposto casos de desigualdade na esfera laboral, sobretudo no que diz respeito às mulheres e aos estrangeiros/migrantes.

Pretendemos, por um lado, identificar alguns dos fatores que contribuem para a desigualdade e, por outro lado, identificar os mecanismos e agentes votados para promover a igualdade. Analisaremos, para o efeito, a aplicação do princípio da igualdade nos principais domínios da vida social. Muito particularmente, será ainda analisada a situação dos trabalhadores estrangeiros/migrantes e o problema da falta da efetividade do princípio da igualdade. Este problema é absolutamente central, uma vez que estamos numa época em que assistimos ao aumento progressivo dos movimentos migratórios, pelo que propomo-nos refletir sobre o atual regime contemplado na legislação portuguesa nesta matéria, como também sobre as legislações comunitárias e internacionais no tocante ao reconhecimento da igualdade. Iremos igualmente refletir sobre a aplicação do princípio da igualdade e o dever de não discriminação em alguns países da lusofonia. Para melhor entendermos esta temática iremos “discorrer” sobre o princípio da igualdade e sobre o dever de não discriminação, lançando luzes sobre os vários tipos de discriminação que podem ocorrer no nosso dia-a-dia e, principalmente, no âmbito laboral.

Iremos também refletir sobre as desigualdades entre homens e mulheres que efetivamente se verificam, inclusive sobre as diferenças salariais para um trabalho igual ou de igual valor como também sobre algumas exceções ao princípio da igualdade e não discriminação, visto que nem todas as distinções consubstanciam discriminações, mas desde que observados os pressupostos necessários para que tais diferenciações sejam realizadas legitimamente. O conceito do trabalhador estrangeiro e o regime jurídico que regulamenta o trabalho deste irão merecer uma reflexão neste trabalho, considerando o facto de o trabalho dos estrangeiros se encontrar regulamentado em vários instrumentos jurídicos nacionais e internacionais. E, por fim, será feita uma análise sobre o problema de prova em caso de discriminação e as consequências que podem advir dessa prática. Neste item, será abordada as questões de nulidade dos atos contrários ao princípio da igualdade e o dever da não discriminação e a obrigação de indemnização.

Palavras-Chave: discriminação; emprego; género; igualdade; imigrante; trabalho.

ABSTRACT

With this master's thesis, we intend to understand what the principle of equality truly consists of and the duty of non-discrimination based on gender and country of origin, as it is a much debated topic in our daily lives. This theme has been on the agenda, as cases of inequality in the workplace have increasingly been exposed, especially with regard to women and foreigners/migrants.

We intend, on the one hand, to identify some of the factors that contribute to inequality and, on the other hand, to identify the mechanisms and agents chosen to promote equality. To this end, we will analyze the application of the principle of equality in the main areas of social life. In particular, the situation of foreign/migrant workers and the problem of the lack of effectiveness of the principle of equality will also be analyzed. This problem is absolutely central, since we are at a time when we are witnessing a progressive increase in migratory movements, which is why we propose to reflect on the current regime contemplated in Portuguese legislation in this matter, as well as on community and international legislation regarding recognition of equality. We will also reflect on the application of the principle of equality and the duty of non-discrimination in some Portuguese-speaking countries. To better understand this topic, we will “discuss” the principle of equality and the duty of non-discrimination, shedding light on the various types of discrimination that can occur in our daily lives and, mainly, in the workplace.

We will also reflect on the inequalities between men and women that actually occur, including salary differences for equal work or work of equal value, as well as some exceptions to the principle of equality and non-discrimination, as not all distinctions constitute discrimination, but as long as the necessary assumptions are observed for such differentiations to be carried out legitimately. The concept of foreign workers and the legal regime that regulates their work will deserve reflection in this work, considering the fact that the work of foreigners is regulated in several national and international legal instruments. And, finally, an analysis will be made of the problem of proof in cases of discrimination and the consequences that may arise from this practice. In this item, the issues of nullity of acts contrary to the principle of equality and the duty of non-discrimination and the obligation of compensation will be addressed.

Keywords: discrimination; job; gender; equality; immigrant; work.

ABREVIATURAS

CADH	Carta Africana dos Direitos Humanos
CADH	Carta Americana dos Direitos Humanos
CADHP	Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos
CC	Código Civil
CDFUE	Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia
CE	Comissão Europeia/Comunidade Europeia
CEDAW	Convenção da Nações Unidas sobre Eliminação de todas as formas de Discriminação contra Mulheres
CEDEAO	Comunidade Económica dos Estados de África Ocidental
CEDH	Convenção Europeia dos Direitos do Homem
CEDH	Convenção Europeia dos Direitos Humanos
CEDR	Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial
CERI	Comissão Europeia contra o Racismo e a Intolerância
CIS	Confederação Internacional de Sindicatos
CITE	Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
CRA	Constituição da República de Angola
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
CRGB	Constituição da República da Guiné-Bissau
CRP	Constituição da República Portuguesa
CRTL	Constituição da República de Timor-Leste
CSE	Carta Social Europeia
CT	Código do Trabalho
DL	Decreto-Lei
DUDH	Declaração Universal dos Direitos do Homem
GEWE-DM	Direitos das Mulheres
LGT	Lei Geral do Trabalho
LT	Lei do Trabalho
Nº	Número
OIT	Organização Internacional do Trabalho

ONG	Organização Não-Governamental
PIB	Produto Interno Bruto
PIDCP	Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos
PIDESC	Pacto Internacional dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais
TCEE	Tratado de Comunidade Económica Europeia
TEDH	Tribunal Europeu dos Direitos do Homem
TFUE	Tratado de Funcionamento da União Europeia
TIC	Tecnologias de Informação e Comunicação
TJCE	Tribunal de Justiça de Comunidade Europeia
TJUE	Tribunal de Justiça de União Europeia
TUE	Tratado de União Europeia
UA	União Africana
UE	União Europeia
UEMOA	União Económica e Monetária Oeste Africana

ÍNDICE

INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO I	15
1. A igualdade e não discriminação	15
1.1. O enquadramento conceitual	15
2. O princípio da igualdade no acesso ao emprego e no trabalho em alguns países da lusofonia.....	18
2.1. O princípio da igualdade no acesso ao emprego e no trabalho em Angola	18
2.2. O princípio da igualdade no acesso ao emprego e no trabalho no Brasil.....	19
2.3. O princípio da igualdade e não discriminação no acesso ao emprego e no trabalho na Guiné-Bissau	21
2.4. O princípio da igualdade no acesso ao emprego e no trabalho em Portugal	22
2.5. O princípio da igualdade no acesso ao emprego e no trabalho em Timor Leste	23
3. O princípio da igualdade no acesso ao emprego e no trabalho no direito internacional.....	24
3.1. O Sistema das Nações Unidas	25
3.2. A Organização Internacional do Trabalho	27
3.3. A União Africana/CEDEAO	32
3.4. O princípio da igualdade no acesso ao emprego e no trabalho no direito europeu	34
CAPÍTULO II	40
1. A igualdade de género no acesso ao emprego, atividade e formação profissional. 40	
1.1. A igualdade de género e não discriminação em razão do sexo no trabalho	46
1.2. A igualdade retributiva.....	50
2. A igualdade e não discriminação no trabalho e no emprego em função do território da origem	56
2.1. Os estrangeiros (conceito).....	56
2.2. Trabalhadores estrangeiros/migrantes.....	58
3. Discriminações nas relações laborais e as suas modalidades	61
3.1. Discriminação direta	63
3.2. Discriminação indireta	65

3.3. Discriminação positiva	68
CAPÍTULO III	71
1. O problema da prova da discriminação e as consequências da inobservância prática do princípio da igualdade no direito do trabalho	71
1.1. Ônus da prova nas situações de discriminação	72
2. Consequências jurídicas do não cumprimento do princípio da igualdade e o dever de não discriminação na relação laboral	76
3. Nulidade de atos contrários ao princípio geral da igualdade – obrigação de indenização	78
CONCLUSÃO.....	81
BIBLIOGRAFIA	86

INTRODUÇÃO

Se no artigo 1º, primeira parte, da Declaração Universal dos Direitos do Homem está referido que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos e que, em vários outros diplomas quer nacionais, quer comunitários ou internacionais, se encontra consagrada a igualdade entre seres humanos tendo em conta o conceito da dignidade humana, pergunta-se: quais as razões que podem explicar a sujeição de uma pessoa humana a uma situação de discriminação, seja com base no sexo, seja em relação a origem (nacionalidade, raça, cor, etc.), ou em outros fatores juridicamente irrelevantes? Será produto do desconhecimento pelo discriminador das normas proibitivas correspondentes? Ou haverá outra explicação que envolva a pessoa do discriminado?

É com esta perplexidade que vamos analisar este fenómeno social, que não deixa de ter repercussões jurídicas, mas também vamos tentar entender em que consiste, com o propósito de conhecer profundamente sua motivação e as devidas consequências jurídicas.

A discriminação desde sempre está presente nas sociedades, fazendo com que algumas pessoas sejam tratadas de forma menos condigna em relação a outras, pelo simples facto de estarem em minoria em termos da representatividade ou por apresentarem uma característica pessoal diferente (sexo ou cor de pele).

Em relação ao direito de trabalho, gostaríamos de apresentar algumas estatísticas que demonstrem o tratamento desigual (discriminação) que os trabalhadores de um determinado tipo de sexo sofrem na relação laboral, muitas vezes sem necessidade para tal e sem fundamento legal.

Neste caso, por exemplo, é de referir que, o Eurostat, uma organização estatística da Comissão Europeia que produz dados estatísticos da União Europeia, apresentou o relatório com os dados referentes ao ano de 2019, que indicam os lugares ocupados pelas mulheres no topo das empresas. A percentagem variava entre 24.6 e os 25 em Portugal e na UE era de 28%¹. Ou seja, apenas cerca de 25% das posições de alta gerência eram ocupadas por mulheres em Portugal. Esse número ascende aos 28% quando considerada a realidade de toda a União Europeia.

¹ Eurostat (2020). “SDGs & me: Gender Equality in my country”. Acedido em 6 março de 2022, em: <https://ec.europa.eu/eurostat/en/web/products-eurostat-news/-/EDN-20200918->

Esta organização também apresentou um relatório respeitante ao ano 2018², e segundo o qual, a diferença em relação a empregabilidade de homens e mulheres entre os 20 e 64 anos de idade em Portugal é de 7% e nessa mesma faixa etária, na União Europeia é de cerca de 12%³.

Já em relação à diferença salarial entre trabalhadores do sexo masculino e feminino no respeitante ao salário líquido auferido por cada hora trabalhada em Portugal, de acordo com o referido relatório é de quase 9% e na União Europeia é de 14% entre os trabalhadores na igual situação.

Atualmente, embora a taxa de emprego das mulheres esteja ascender e alcançar os patamares mais alto de sempre na União Europeia e na alguns países que não pertencem esta organização comunitária, a verdade é que, como se depreende dos dados estatísticos, as mulheres ainda se deparam com muitas dificuldades no mundo laboral, enfrentando vários impedimentos, muitas vezes sem nenhuma justificação minimamente plausível.

A Comissão Europeia⁴, em 2015, forneceu os dados referentes a 2014 e estes indicam que a diferença salarial entre trabalhadores masculinos e femininos nas várias áreas inclusive a da economia ronda os 17%. Isso mostra que na União Europeia as mulheres face aos homens ganham cerca de 16% a menos por hora trabalhada⁵, e isto contribui para que desigualdade salarial esteja a rondar 40% entre ambos⁶.

E em 2010, a OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico), apresentou os dados que indicam que a diferença remuneratória entre os trabalhadores masculinos e femininos quando trabalham a tempo inteiro ronda os 18 % nos países membros⁷ desta organização.

² CITE (Comissão para a igualdade no trabalho e no emprego), 6 de março dia nacional de igualdade salarial, p. 1. Acedido em 7 de novembro de 2022, em: <https://www.europarl.europa.eu/news/pt/headlines/society/20200109STO69925/perceber-as-disparidades-salariais-entre-homens-e-mulheres-difinição-e-causas>.

³ Eurostat (2020). “SDGs & me: Gender Equality in my country”. Acedido em 6 março de 2022, em: <https://ec.europa.eu/eurostat/en/web/products-eurostat-news/-/EDN-20200918->.

⁴ Comissão Europeia (2017). “Disparidades salariais entre mulheres e homens na União Europeia”, pág.1. Acedido em 07 de março de 2022, em: file:///C:/Users/dani/Downloads/EUJUS15A-1628-I01-EqualPayDayfactsheetsupdate2017-EuropeanUnion_PT_V01-LRpdf.pdf.

⁵ Comissão Europeia (2020). “Rumo a uma União da Igualdade: Estratégia Europeia para a Igualdade de Género 2020-2025”, p.2. Acedido em 07 de março de 2022, em: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/aid_development_cooperation_fundamental_rights/gender_equality_strategy_factsheet_pt.pdf.

⁶ Se tomarmos em consideração nestas circunstâncias o facto de a mulher ganhar menos que o homem de acordo com os dados apresentados.

⁷ OCDE: Gender Brief, Divisão de Política Social da OCDE, Março de 2010, p. 13. (dados de 2006 ou os últimos dados disponíveis). Consultar em: <https://www.oecd.org/ctp/44974671.pdf>

Outro dado estatístico importante nesta matéria em análise é o relatório apresentado em 2009 na Conferência Internacional do Trabalho⁸, que demonstra que em vários países o ordenado auferido pelas mulheres quando executam o mesmo trabalho igual ou o trabalho considerado de igual valor situava, em média até 20% a menos face ao salário recebido pelos homens. E no mesmo ano, a Confederação Internacional dos Sindicatos (CIS) produziu um relatório analisando a situação em mais de 20 países⁹, onde se chegou a conclusão que a diferença remuneratória entre homens e mulheres ronda os 22,4%. Outra investigação realizada por esta organização no ano seguinte a mais de 23 países apontam para uma diferença salarial de cerca de 26% beneficiando os trabalhadores masculinos¹⁰.

Perante estes factos, é importante salientar que a discriminação não só deixa a pessoa discriminada numa situação de inferioridade em termos de posição ou estatuto perante as outras, como também faz com que esta pessoa se sinta menos importante na sociedade ou num grupo no qual se encontra inserida. Portanto, serão sobre estas e outras situações relevantes para o caso (discriminação) que vamos tentar analisar neste trabalho.

Assim, no primeiro capítulo, faremos uma análise do conceito geral sobre a igualdade e não discriminação para percebermos de facto em que ela consiste. Seguidamente faremos uma breve nota sobre a regulamentação do princípio da igualdade no acesso ao emprego e no trabalho em alguns países cuja língua oficial é o português, inclusive Portugal, considerando que o direito interno nestes países, sobretudo os africanos, foi inspirado no direito português. Ainda, neste capítulo, vamos analisar os diferentes diplomas internacionais e regionais (direito europeu e o direito da União Africana/CEDEAO) onde estão contemplados o princípio do igual tratamento entre as pessoas humanas, a começar pelo próprio Sistema das Nações Unidas, fazendo obviamente, abordagens sobre as Convenções da OIT pelo facto de este ser um

⁸ ILO: Gender equality at the heart of decent work, Relatório VI. Conferência Internacional do Trabalho, 98.^a sessão, Genebra, 2009, N° 294. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-lisbon/documents/publication/wcms_725853.pdf

⁹ África do Sul, Alemanha, Argentina, Brasil, Chile, República da Coreia, Dinamarca, Espanha, Estados Unidos, Finlândia, Hungria, Índia, Itália, México, Países Baixos, Paraguai, Polónia, Reino Unido, Federação Russa e Suécia. Consultar em: <https://www.ugt.pt/comissoespagina/internacional-2003-2009-251>.

¹⁰ CIS: Decisions for work: An examination of the factors influencing women's decisions for work (Bruxelas, CIS, 2010), p. 21, 31. Pode ser consultada em: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-7254-2010-INIT/pt/pdf>

organismo internacional com vocação para a formulação e aplicação de normas no domínio laboral.

No segundo capítulo, iremos abordar situações referentes à igualdade de género no acesso ao emprego, atividade e formação profissional, como também referente à igualdade e não discriminação em razão do género no trabalho.

Em seguida, faremos abordagens sobre a igualdade e não discriminação em função do território da origem. Em primeiro, lugar será feito um breve enquadramento sobre o conceito de *estrangeiro*, por se tratar de um vocábulo suscetível de apresentar vários significados e, depois, analisar-se-á um conjunto de normas jurídicas a respeito, considerando que o trabalho dos estrangeiros é objeto de regulação por vários instrumentos internacionais e regionais. Iremos também analisar o princípio do *a trabalho igual salário igual* (a igualdade retributiva).

Serão naturalmente tecidas considerações sobre os vários tipos da discriminação existentes, nomeadamente, discriminação direta, indireta e positiva. Vamos por conseguinte, nesta parte, analisar o texto constitucional português a fim de saber o que o legislador constituinte prescreveu sobre a matéria.

No terceiro capítulo, iremos abordar o problema de saber a quem pertence o ónus da prova em caso da discriminação, visto que se trata de uma matéria complexa em vários sentidos, particularmente para quem alega ser vítima de uma discriminação, partindo do pressuposto de que a prova da discriminação e da violação do princípio da igualdade é fundamental em todos os casos litigiosos e é também fundamental para mensurar as consequências jurídicas que provêm dos atos ilícitos na relação laboral (nulidade e obrigação de indemnização). Com efeito, analisaremos o que consta no n.º 5 do art.º 25.º do CT, como também o art.º 4.º, n.º 2, da Lei 60/2018, de 21 de agosto.

Fazer prova de um ato discriminatório não é uma tarefa fácil sobretudo na relação laboral. Contudo, há situações que não acarretam muitas dificuldades, tal como acontece às vezes quando estamos perante a discriminação direta.

CAPÍTULO I

1. A igualdade e não discriminação

1.1. O enquadramento conceitual

O princípio da igualdade consiste em tratar de forma igual o que é igual, e de forma diferente o que é diferente na medida da própria diferença e só nesta medida¹¹. Desde logo, este princípio consagra a proibição genérica da discriminação, afirmando que ninguém deve ser tratado de forma diferente, sem uma justificação ou fundamento razoável.

No entanto, pode diferenciar-se um indivíduo do outro desde que haja uma justificação, e que esta seja objetiva e razoável. O que não é permitido nas relações pessoais é discriminar. Existirá desigualdade sempre e quando estivermos perante uma diferenciação arbitrária, uma diferenciação sem uma justificação aceitável.

Normalmente, a igualdade é vista como a ausência da diferença e ocorre quando todas as partes estão nas mesmas condições, quando possuem o mesmo valor ou são consideradas a partir do mesmo ponto de vista. A matéria referente à igualdade é objeto de apreciação, análise e aplicação não só na ciência jurídica como em quase todas as ciências de índole social, em virtude da carga humanitária que carrega, e porque se apresenta como uma tarefa difícil de concretizar.

Para aplicação do princípio da igualdade e consequentemente da não discriminação é indispensável saber quem são os iguais e quem são os desiguais e é fundamental saber quais as diferenças juridicamente relevantes. Quer isto dizer que o princípio da igualdade exige um tratamento igual de situações de factos iguais e um tratamento diverso de situações de factos diferentes (tratar iguais como iguais e os desiguais como tais).

O princípio da igualdade encontra-se reconhecido em diversos diplomas internacionais, nacionais e comunitários dos quais se destacam os seguintes: a Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH) que no seu artigo 1º enuncia que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos”. Isso significa que ao nascermos humanos temos automaticamente iguais direitos e devemos ver a nossa dignidade enquanto pessoa humana ser respeitada, não devemos, por

¹¹ Quer isto dizer que é permitido até certo ponto efetuar diferenciação, desde que esta assente nos critérios objetivos, necessários, e que não ponha em causa a dignidade da pessoa enquanto ser humano. Sobre este assunto, vide, entre outros, Pedro Romano Martinez e outros, *Código do Trabalho*, 7.ª edição, 2009, p. 170.

consequente, ser vítima de qualquer tipo de discriminação, tendo em conta o facto de nascermos livres e sermos iguais em dignidade e direitos, de acordo com o preceito anunciado. Este preceito ainda refere que ao sermos seres humanos somos dotados de *razão e consciência* e somos obrigados a ter ideias e atitudes baseadas na convivência e harmonia quando nos relacionamos. E, se não obedecermos, estaríamos a violar esta exigência e podemos ser responsabilizados pela essa conduta. Esta ideia também deve ser observada quando estivermos perante uma situação que envolve os órgãos judiciais, o que significa que devemos ter iguais direitos, iguais proteção da lei e não podemos ser discriminados com base numa característica pessoal.

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP) no seu art.º 26.º, tal como o art.º 1.º da DUHD, faz menção sobre o tratamento com igualdade a que todas as pessoas têm direito, bem como o de direito não serem discriminadas, beneficiando assim da igual proteção da lei.

Também o Pacto Internacional dos Direitos Económicos Sociais e Culturais (PIDESC) no art.º 2.º, n.º 2, estabelece a necessidade dos Estados-Signatários se comprometerem ao pactuado visando a garantia do exercício dos direitos que nele se encontram indicados, sem qualquer forma de discriminação, seja ela motivada pela raça, cor, sexo, ou outra razão juridicamente irrelevante.

A Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), no seu art.º 14.º, refere que o gozo dos direitos e as liberdades que se encontram nela reconhecidos devem ser assegurados e garantidos para todos, sem quaisquer distinções com base no sexo, raça, cor, ou outra situação que possa afetar a dignidade da pessoa humana.

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE), nos seus artigos 20.º e 21.º, afirma que todas as pessoas são iguais perante a lei e que é proibida a discriminação em razão designadamente, do sexo, raça, cor ou origem étnica ou social.

A Carta Americana dos Direitos Humanos (CADH) no artigo 24.º anuncia o direito à igualdade entre as pessoas perante a lei, indicando que estas, de forma alguma, podem ser discriminadas, e que beneficiam da igual proteção da lei.

A Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (CADHP), a chamada Carta de Banjul, no artigo 2º, faz referência à igualdade de direitos entre as pessoas humanas como também a igual proteção da lei.

Portanto a igualdade e não discriminação são dois conceitos indispensáveis almejados pelo direito internacional dos direitos humanos, visto que aparecem mencionados em vários diplomas e convenções, com a reiterada referência *toda a*

pessoa. Estes conceitos têm por objetivos a eliminação das desigualdades sociais e as discriminações que até hoje se verificam nas várias sociedades, apesar dos esforços de muitos países em combatê-las. Com isso é possível chegar a conclusão que todo o ser humano tem o direito de ser tratado de forma igualitária diante da lei como também o de não ser discriminado sem motivos justificados. De referir ainda que, no plano universal de proteção dos direitos humanos, o princípio da igualdade é visto como um impedimento de discriminação nas relações interpessoais.

No direito português, de acordo com Gomes Canotilho e Vital Moreira¹², o princípio da igualdade não é só um direito fundamental, também serve de base muito importante para que, a partir dele, os demais direitos fundamentais e outras normas jurídicas sejam interpretadas e aplicadas, pois relaciona-se, fundamentalmente, com a igual posição das pessoas face aos direitos e deveres, e funda-se necessariamente na vedação de privilégios no gozo de qualquer direito ou na isenção de qualquer dever.

Jorge Miranda afirma que o princípio da igualdade no direito português surgiu graças às constituições liberais portuguesas¹³ inspiradas na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e de acordo com as quais a lei é igual para todos, quer seja favorável (proteger), quer seja desfavorável (castigar).

E a atual Constituição da República Portuguesa (CRP) estabelece, no art.º 13.º, o princípio da igualdade entre os cidadãos, anunciando que estes têm a mesma dignidade social e são iguais diante da lei, excluindo a possibilidade de qualquer um ser privilegiado ou prejudicado em função de umas das características indicadas naquele preceito.

Em relação ao direito do trabalho, entende Romano Martinez¹⁴ que a igualdade e a não discriminação são elementos conexos e interligados, e esta relação perdura desde a fase pré-contratual e durante todo o vínculo laboral, isto é começa pela seleção de candidatos e devem ser observados ao longo da execução do trabalho. E, portanto, face a obrigatoriedade de não discriminar, é indispensável, naturalmente, a proibição de tratamento diferenciado quando se trata de situações iguais e, para tal, tem que haver sempre a possibilidade de se efetuar uma comparação entre as pessoas interessadas.

¹² CANOTILHO, J.J. Gomes/MOREIRA, Vital. Constituição de República anotada, 2ª edição, 1º volume, 1984, p. 148.

¹³ MIRANDA, Jorge. Manual de direitos fundamentais, 2ª edição, p. 305

¹⁴ MARTINEZ, Pedro Romano. Direito do Trabalho, 9ª ed. Outubro de 2019, p. 384.

De salientar que Gomes Canotilho e Vital Moreira¹⁵ entendem que o n.º 2, do citado artigo não resulta apenas na necessidade de não discriminar, mas também na medida de proteção das pessoas contra as discriminações sem fundamentos legais.

Contudo, é bom lembrar que quando se fala da proibição de discriminações (no trabalho e nas outras áreas) não se está necessariamente a falar que deve haver uma igualdade de forma absoluta entre as pessoas e que se proíbe que sejam operadas distinções entre seres humanos, o que se quer significar com esta proibição é a arbitrariedade da conduta, ou seja, o que se exige é que as formas de diferenciações sejam materialmente aceites e que tenham fundamentos jurídicos com vista a não pôr em causa a dignidade humana, que não afetem a justiça social e que não se fundamentem numa razão constitucionalmente imprópria¹⁶. Ou seja, não é objetivamente proibido efetuar diferenciações quando a situação ou caso em concreto assim o permita.

2. O princípio da igualdade no acesso ao emprego e no trabalho em alguns países da lusofonia

2.1. O princípio da igualdade no acesso ao emprego e no trabalho em Angola

Neste item vamos abordar o princípio da igualdade no acesso e no trabalho em alguns países lusófonos deixando de lado outros que fazem parte desta grande comunidade linguística, como é o caso de Cabo Verde, Guiné Equatorial, Moçambique e São Tomé e Príncipe. Gostaríamos de deixar bem claro que não se trata de uma estratégia que contém um carácter discriminatório, trata-se apenas de uma escolha pessoal. Pode-se justificar também pela aproximação que se tem com o ordenamento jurídico destes países. E assim, iniciamos essa nossa abordagem “lusófona” com a Angola.

Sendo uma República soberana, democrática e independente, a Angola vê como fundamentos da sua soberania a dignidade da pessoa humana (art.º 1.º CRA) e o princípio da igualdade (art.º 21.º). Este princípio estabelece que constituem “tarefas fundamentais do Estado” a promoção da igualdade de direitos e de oportunidades entre os cidadãos, sem preconceitos baseados na origem, raça, sexo, etc. O princípio em causa

¹⁵ CANOTILHO, Gomes/MOREIRA, Vital. Constituição da República anotada, 4ª ed. vol. I, Outubro, 2014, p. 340.

¹⁶ CANOTILHO, Gomes/MOREIRA, Vital. Constituição da República anotada, 4ª ed. vol. I, Outubro, 2014, p. 340.

também não permite que seja operada qualquer tipo de discriminação e tem como objetivo principal a promoção da igualdade entre o homem e a mulher em todos os domínios sociais.

A Lei Geral do Trabalho (LGT), que é o equivalente ao Código de Trabalho em Portugal, também aborda a questão da igualdade entre trabalhadores neste caso. Portanto, segundo Menezes Leitão, o princípio da igualdade e não discriminação são princípios fundamentais integrantes do direito do trabalho angolano¹⁷, visto que são regulamentados não só na Constituição da República, como também legislação laboral.

Nos termos do art.º 4.º dessa legislação laboral e conforme o estipulado nos artigos 21.º e 76.º da CRA, está consagrado o direito ao trabalho para os cidadãos em igualdade de oportunidades e sem qualquer discriminação.

A lei laboral determina, no art.º 157.º, a obrigatoriedade de entidade empregadora assegurar que o trabalho igual ou de igual valor seja remunerado de igual forma, rejeitando qualquer tipo de discriminação remuneratória entre os trabalhadores baseada no sexo, raça ou outro fator não relevante.

Tendo em consideração a preocupação desta normativa face à situação da discriminação em função do sexo, a LGT dedica um capítulo relativamente ao trabalho das mulheres (art.º 242.º e ss), regulamentando as questões de igualdade de tratamento, não discriminação no acesso ao emprego, no trabalho e nas ações de formação, proibindo a discriminação, quer seja direta ou indireta, com fundamentos no género.

2.2. O princípio da igualdade no acesso ao emprego e no trabalho no Brasil

Em relação ao Brasil, um dos fundamentos do Estado é a dignidade da pessoa humana¹⁸. Por isso a Constituição brasileira é centralizada na efetivação absoluta da cidadania, facto que faz constar nela um conjunto de normas consideráveis de direitos, liberdades e garantias numa longa relação descritiva de direitos fundamentais.

Por isso, logo no art.º 1.º da Constituição está estabelecido que o Brasil enquanto Estado democrático, fundamenta-se na soberania, na cidadania, na dignidade da pessoa humana e também nos valores sociais do trabalho. Mas para isso, nos termos do art.º 3.º,

¹⁷ LEITÃO, Luís Menezes. Direito do Trabalho de Angola, 4ª edição. Coimbra, Almedina, 2014, p. 107.

¹⁸ A dignidade humana é tida como a base de todos os direitos fundamentais. O Estado brasileiro também tem como fundamentos: a soberania, que significa que ele não se subordina a nenhum outro País ou Estado; a cidadania, que demonstra o compromisso do legislador constituinte com o povo; os valores sociais do trabalho e de livre iniciativa, através dos quais o constituinte reforça que o Estado é capitalista e que o trabalho é um valor que merece uma posição de direito social; o pluralismo político que garante a inclusão dos diferentes grupos sociais no processo político nacional.

tem que se cumprir com um dos objetivos do Estado que é a promoção do bem-estar de todos os cidadãos sem preconceitos baseados na origem, raça, cor de pele ou qualquer outra forma de discriminação. Ainda é possível notar nos termos do art.º 5.º, que esta Constituição faz uma referência à igualdade entre todas as pessoas humanas na questão ligada à justiça, indicando que todos são iguais e devem ter as mesmas possibilidades perante a justiça sem nenhuma objeção derivada de uma discriminação seja de que natureza for.

Sendo a igualdade considerada como um dos conceitos essenciais da democracia, sendo certo que sem ela o princípio da democracia não seria sólida¹⁹, a Constituição brasileira a introduz na esfera dos objetivos principais.

Esta Constituição (a do Brasil), para o cumprimento efetivo do princípio da igualdade entre pessoas humanas estabelece de acordo com Celso de Mello²⁰, que não pode nem deve ter caráter preferencial ou de perseguição, ou seja, não privilegiando nem perseguindo os cidadãos face aos outros na igual posição, devendo ser um *aparelho* regulador da convivência entre as pessoas dentro desta sociedade e, sobretudo, precisa tratar e cuidar de forma equivalente todos os cidadãos, sem os discriminar um função de qualquer característica pessoal que apresentem.

Enquanto isso, a igualdade entre os seres humanos também deve ser observada no domínio laboral, por isso se encontra consagrada na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) brasileira. Neste diploma com vocação laboral, se encontra regulamentada a questão do acesso ao emprego, à igualdade de tratamento e de oportunidades no trabalho, como também o princípio da igualdade retributiva, através da máxima, *a trabalho igual, salário igual*, exigindo que, ao abrigo do art.º 5.º, o trabalho igual ou de igual valor seja remunerado de forma igual sem distinção baseada no sexo. Esta obrigatoriedade está também reiterada no art.º 461.º desta legislação. Segundo esta norma, se o trabalho for semelhante, se for igual ou de igual valor, se for prestado à mesma entidade empregadora, no mesmo local, a retribuição deve ser igual para todos, sem nenhuma distinção fundada no sexo ou origem.

¹⁹ BONAVIDES, Paulo. “O princípio da igualdade como limitação à atuação do Estado”, Revista Brasileira de Direito Constitucional, Igualdade e Justiça, cit., p. 208 e ss. Apud Guilherme Dray “A influência dos Estados Unidos da América na afirmação do princípio da igualdade no emprego nos Países da Lusofonia”, fevereiro de 2016, p. 101.

²⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade, 3ª edição, Malheiros, São Paulo, 2002, p. 10. Apud Guilherme Dray, op., cit., p. 104.

2.3. O princípio da igualdade e não discriminação no acesso ao emprego e no trabalho na Guiné-Bissau

A Guiné-Bissau, sendo um país soberano e democrático funda-se na unidade nacional e na efetiva participação popular. Fazem ainda parte dos objetivos preconizados pela Constituição, a igualdade entre os cidadãos e a dignidade da pessoa humana, com vista à construção de uma sociedade livre e justa.

É com essa perspetiva que está consagrado no art.º 24.º da Constituição da República da Guiné-Bissau (CRGB) o princípio da igualdade, no qual consta que “todos os cidadãos são iguais perante a lei”. Consta ainda neste preceito a proibição da discriminação em função do sexo, da nacionalidade ou com base em outros fatores de relevância, e obviamente, (mas já no art.º 25.º), a igualdade entre homens e mulheres, onde se refere que são iguais perante a lei em todos os domínios da vida pública e social.

Por sua vez, o Código do Trabalho, no seu art.º 7.º, no tocante a igualdade entre cidadãos, estabelece que todo indivíduo tem o direito de ter um trabalho nas mesmas condições que os demais, independentemente do sexo ou raça. Tem direito em igualdade e circunstâncias de ter possibilidade e oportunidade de ganhar a sua vida por meio de exercício de uma atividade produtiva, livremente escolhida ou aceite.

Estes direitos são também extensíveis aos cidadãos-trabalhadores nacionais dos Estados membros da CEDEAO e da UEMOA²¹, bem como de qualquer outro país que não discrimine os cidadãos-trabalhadores guineenses nas situações iguais.

Aos trabalhadores é garantido, ao abrigo do art.º 8.º, o gozo do direito de personalidade nos termos gerais do direito. Em virtude deste direito, no âmbito da relação do trabalho, é proibido ao empregador discriminar ou de outro modo prejudicar o trabalhador com fundamentos no sexo, cor de pele, origem social.

Esta legislação laboral em vigor na Guiné-Bissau refere ainda que todos os trabalhadores devem beneficiar de promoção e formação profissional em pé de igualdade e que os critérios para a definição e aplicação desses direitos devem ser objetivos e comuns sem distinção do sexo.

Em relação à questão remuneratória, é garantido a todos trabalhadores um salário equitativo para um trabalho igual ou de igual valor.

²¹ Trata-se de dois organismos de África Ocidental que englobam respetivamente 15 e 8 países. A Comunidade Económica dos Estados da África Ocidental (CEDEAO) é um organismo de carácter meramente político, enquanto que a União Económica e Monetária Oeste Africana (EUMOA) é uma organização de cariz monetário, tendo como objetivo o aprofundamento das relações económicas entre Estados-membros e o melhoramento das condições competitivas deste bloco.

2.4. O princípio igualdade no acesso ao emprego e no trabalho em Portugal

O princípio da igualdade entre cidadãos com vista a não discriminação encontra-se estipulado no art.º 13.º da Constituição da República Portuguesa (CRP), onde se estabelece que todos detêm a mesma dignidade social e são “iguais perante a lei”. E no n.º 1, do art.º 59.º, se encontra regulamentada a igualdade entre os trabalhadores.

Neste preceito está referido que os trabalhadores, sem quaisquer outras formas de discriminação e sem distinção com base no sexo, são iguais inclusive no modo de retribuição, sendo necessário, para o efeito, a observância e o cumprimento das regras do direito internacional, nomeadamente as regras estabelecidas na DUDH (art.º 23.º, n.º 3) e na Convenção n.º 111 da OIT²².

A Constituição, tendo em conta a função social (artigos 9.º e 81.º) que nela se encontra inserida, pressupõe a supressão das desigualdades sociais que muitas vezes são derivadas das discriminações, com o objetivo de atingir a igualdade efetiva e real entre os cidadãos.

Por seu turno, o Código do Trabalho regulamenta também a situação de igualdade entre os trabalhadores. Desde logo, destacamos o que consta do art.º 24.º, n.º 1, onde é possível constatar que esta legislação prevê uma igualdade para todos os trabalhadores como também todos os candidatos de terem os mesmos tratamentos e as mesmas oportunidades no trabalho ou no acesso ao emprego, tendo o Estado a obrigatoriedade de facilitar o acesso a tais direitos.

O art.º 31.º, n.º 1, em relação à igualdade de condições de trabalho, declara que os trabalhadores, sem distinção alguma devem ter os mesmos direitos de executar os trabalhos em igualdade de condições iguais com os outros, se se encontrarem em semelhantes circunstâncias. E quanto à retribuição, é exigido que esta seja garantida sem qualquer discriminação ou distinção fundada no sexo, se de outra forma não for exigível em virtude de circunstância relevante e juridicamente atendível.

O direito da igualdade a que se refere o Código de Trabalho nos termos do n.º 2, do art.º 24, engloba a forma de selecionar os candidatos e as condições de contratação, em qualquer ramo de uma atividade profissional, sendo também aplicável quanto à promoção (no caso de trabalhadores) a todas as classes. O preceito fez também uma

²² Conferir RAMALHO, Maria do Rosário Palma. “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. 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.

referência em como os candidatos ao emprego merecem ter acesso a todos os tipos de formação e orientação em igualdade de circunstâncias.

Na questão de igualdade e não discriminação, importa ainda frisar que o Código de Trabalho dispõe de uma série de normas (nos artigos 30.º a 32.º) relativas a esta temática.

De referir que a Lei 62/2017, de 01 de agosto, cuja finalidade passa necessariamente por garantir uma representatividade equilibrada entre mulheres e homens nos órgãos de administração e fiscalização das entidades de setor público, fez aparecer importantes exigências ao nível da promoção da igualdade entre pessoas na gerência da *coisa pública*.

E, por sua vez, a Lei 60/2018, de 21 de agosto, conhecida como *lei da igualdade remuneratória*, deu um grande contributo na afirmação e aprovação da igualdade remuneratória entre os trabalhadores quando estes desempenham um trabalho igual ou considerado de igual valor, aprovando várias medidas a este respeito.

2.5. O princípio da igualdade no acesso ao emprego e no trabalho em Timor Leste

O princípio da igualdade também está consagrado na Constituição da República de Timor-Leste. E, fundamenta-se, nos termos do art.º 1.º, na vontade popular e no respeito pela dignidade da pessoa humana²³²³. E assim segundo esta legislação suprema de Timor Leste, o princípio da igualdade é determinante e é uma das partes indispensáveis do sistema democrático timorense. Um dos objetivos primordiais do Estado, segundo ainda a Constituição (art.º 6.º, al. j), é a criação, a promoção e a garantia plena e efetiva com vista à igualdade de oportunidades entre a mulher e o homem. Esta igualdade deve ser observada em todos os domínios da vida.

A referida legislação garante a igualdade entre os cidadãos (art.º 16.º), sendo estes sujeitos aos mesmos deveres, garantindo, por outro lado, a não discriminação de pessoas em virtude da raça, cor ou sexo.

Quanto à Lei do Trabalho em Timor-Leste, a igualdade aparece como o princípio fundamental de toda esta ordem jurídica laboral, estabelecendo o art.º 6.º que os trabalhadores sem distinção do sexo têm o direito de ser tratados de forma igual em todas as fases da relação laboral, inclusive no tocante a remuneração e, que nenhum

²³ Veja-se sobre a Constituição de Timor, MIRANDA, Jorge. “Manual de Direito Constitucional”, I, 7ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 244; GOUVEIA, Jorge Bacelar. “A primeira Constituição de Timor-Leste”, in estudos de Direito Público de Língua Portuguesa, Almedina, Coimbra, 2004, p. 305 e ss.

trabalhador ou candidato a emprego será direta ou indiretamente prejudicado em razão de cor, raça, sexo.

Terminado a *viagem* pelo mundo lusófono²⁴ quanto a igualdade no acesso e no trabalho propriamente dito, queremos deixar aqui bem claro, que não obstante a soberania destes Estados, existem muitas semelhanças no que o desejado princípio da igualdade entre pessoas humanas diz respeito. Em primeiro lugar, todos estes países demonstraram, através das normas jurídicas internas, o desejo e a necessidade de suprir todas as formas de discriminação existentes ou verificadas nas respectivas sociedades. Abordaram de forma quase unânime a necessidade de haver uma verdadeira igualdade entre homens e mulheres em todos os domínios da vida social e, também, a questão de o trabalho igual ou de igual valor ser remunerado de forma igual, sendo indiferente se o trabalhador em causa é homem e mulher.

Parece-nos que os Estados estão fortemente comprometidos e determinados a pôr fim à situação de discriminação nas suas variadas vertentes, agora resta aos órgãos judiciais fazerem o mesmo, embora sejam poucas as situações de litígios desta natureza nos tribunais, por inúmeras razões, algumas delas já referidas anteriormente.

3. O princípio da igualdade no acesso ao emprego e no trabalho no direito internacional

Para além de estar consagrado nas várias Constituições, o princípio da igualdade e não discriminação também é contemplado num conjunto de documentos oficiais de direito internacional, o que faz dele um princípio essencial e de tendência mundial, sendo empregue a todos os humanos. Tendo em conta essa universalidade, sua consagração internacional passa, em primeiro, lugar pelo Sistema das Nações Unidas, estendendo-se aos de sistemas regionais, e apresenta-se em quase todas as Constituições do Estados liberais e democráticos.

Trata-se de um princípio que obriga, de um lado, os poderes públicos a conceder um tratamento uniforme a todos os seres humanos perante a lei e, de outro, a proibição de discriminações infundadas, sem prejuízo de permitir diferenciações de tratamento quando existam especificidades relevantes que careçam de proteção (caso das mulheres

²⁴ Depois desta viagem, concluímos que os países da lusofonia aqui mencionados trataram da questão da igualdade e não discriminação quase da mesma maneira, contendo preceitos nas suas respectivas Constituições que proíbem o tratamento diferenciado e injustificado, tendo em consideração a dignidade da pessoa humana, observando assim as demandas do direito internacional dos direitos do homem e outros direitos a respeito.

e dos menores). O princípio em causa possibilita a todos a equiparação no que diz respeito ao desfrute e proveito de seus direitos.

Não obstante o caráter universal que o princípio da igualdade apresenta, sabe-se que em algumas sociedades, apesar de constar nas respectivas Constituições de forma direta ou indireta por reporte a normas internacionais, o referido princípio é observado ou cumprido de forma defeituosa, ou seja, praticamente não se respeita o seu interno teor.

3.1. O Sistema das Nações Unidas

No âmbito das Nações Unidas o princípio da igualdade e da não discriminação encontra-se presente nalguns textos internacionais como sejam a Declaração dos Direitos Humanos (DUDH), o Pacto Internacional de Direitos Económicos, Sociais e Culturais (PIDESC) e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP), entre outros.

Portanto, de acordo com a DUDH, todos os humanos nascem livres em “dignidade e m direitos” e podem recorrer aos direitos e liberdades consagrados nela, sem objeções nenhuma derivadas de raça, cor ou sexo. Dispõem de iguais direitos concernentes ao trabalho, da liberdade na escolha e das condições iguais e satisfatória²⁵ do trabalho.

Porém, para além dos já citados artigos 2.º e 26.º do PIDCP, e 2.º, n.º 2 do PIDESC, verifica-se que, as Nações Unidas criaram um outro diploma texto especial face a problemática da igualdade e da não discriminação: o diploma que referimos é a Convenção sobre Eliminação de todas as formas de Discriminações Racial (CEDR). Conforme esta Convenção, os Estados-parte tomaram a iniciativa de proibir a discriminação fundada na raça e assim garantir a cada um a igualdade perante a lei.

Por seu lado, a Convenção das Nações Unidas sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra as Mulheres (CEDAW) um outro diploma internacional refere que, os Estados-parte devem tomar medidas e decisões convenientes para excluir a discriminação contra as mulheres e, em particular, deve ser garantida às mulheres, em condições de igualdade com os homens, o acesso à política e todos outros fatores relevantes da vida pública.

²⁵ Texto publicado no Diário da República, 1ª série, de 09 de Março de 1978.

E quanto aos trabalhadores, podemos encontrar várias fontes “*latu sensu*” do Direito Internacional Público que trataram do assunto relacionado com o tratamento da matéria relativa à proteção dos direitos dos trabalhadores estrangeiros²⁶. A primeira das quais a merecer a nossa observação e análise é a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que consagrou, entre outras temáticas, os direitos fundamentais do ser humano baseados na dignidade e no valor da pessoa humana enquanto um ser detentor da personalidade jurídica.

Consagrando também o direito ao trabalho e proteção no desemprego, o princípio da igualdade de remuneração, o direito à limitação do horário de trabalho e o direito ao descanso, lazer e férias periódicas pagas (art.º 24º) e ainda o direito à proteção social nas eventualidades de maternidade, velhice, desemprego e doença e invalidez (art.º 25º), entre outros.

De seguida no Pacto Internacional dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais²⁷, se encontra também referido o direito ao trabalho e a condições laborais justas (art.º 6º e 7º) de todas as pessoas sem distinção derivada do sexo ou território da origem. Incide igualmente sobre matérias de remuneração, direito ao repouso, férias e feriados (art.º 7º), direito ao trabalho e formação profissional (art.º 6º), liberdade sindical e direito à greve (art.º 8º), higiene e segurança no trabalho (art.º 12º), entre outros.

²⁶ No que toca as fontes do Direito Internacional do Trabalho, A. Marques dos Santos distingue entre instrumentos de carácter universal e instrumentos de carácter regional. Na primeira categoria inclui a Declaração Universal dos Direitos Humanos (art.ºs 23º e 24º), o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis Políticos (art.º 22º), o Pacto Internacional sobre os Direitos económicos, Sociais e Culturais (art.ºs 6º, 7º, 8º e 10º), a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados (art.º 17º) e a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (art.º 5º).

Na segunda categoria faz menção à Convenção Europeia dos Direitos do homem (art.º 11º e 14º) e à Convenção Europeia de Segurança Social (art.º 4º). Este entendimento encontra-se em Santos, António Marques dos., op., cit., pp. 16-44. Apud Andreia Maria Correia Belchior, op., cit., p. 58.

Conferir ainda sobre o assunto: Palma Ramalho, “Tratado de Direito do Trabalho” parte I. Dogmática Geral, 5ª edição, 2020, Almedina, p. 225 e ss. Também Maria Luísa Duarte, Tribunal das Comunidades Europeias (Acórdãos de 27 de Setembro de 1989 e 27 de Março de 1990 – Livre circulação de trabalhadores) – Comentário ROA, 1991, I, p. 255-290, e Ana Guerra Martins, Curso de Direito Constitucional da União Europeia, Coimbra 2004, p. 548.

²⁷ Aprovado para ratificação pela Lei n.º 45/78, de 11 de Julho. O artigo 6º refere que os Estados-membro no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de ter a possibilidade de ganhar a vida mediante um trabalho livremente escolhido ou aceito e tomarão medidas apropriadas para salvaguardar esse direito.

As medidas que cada Estado-membro no presente Pacto tomar, a fim de assegurar o pleno exercício desse direito, deverão incluir a orientação e a formação técnica e profissional, a elaboração de programas, normas técnicas apropriadas para assegurar um desenvolvimento económico, social e cultural constante e o pleno emprego produtivo em condições que salvaguardem aos indivíduos o gozo das liberdades políticas e económicas fundamentais.

E no artigo 7º está referido que os Estados-membro reconhecem o direito de toda pessoa de gozar de condições de trabalho justas e favoráveis (...).

Também o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos aprovado pela Lei n.º 29/78 de 12 de Junho que proíbe o trabalho forçado (art.8º), entre outras situações com relevância jurídica sobre o tema em apreço.

De destacar ainda, nesta matéria, a Convenção internacional relativa á protecção dos direitos de todos os trabalhadores migrantes²⁸.

3.2. A Organização Internacional do Trabalho

A Organização Internacional do Trabalho cuja missão principal é a promoção de oportunidades para que homens e mulheres possam ter acesso a um trabalho, em condições iguais, com vista à justiça social, os direitos humanos e laborais como também a dignidade humana, é caracterizada pela sua estrutura tripartida²⁹ e consolida-se ou é unificado fundamentalmente na preparação e produção das normas jurídicas através das convenções e recomendações. Um dos seus objetivos é conseguir atingir maior igualdade possível entre as pessoas de sexos diferentes no domínio laboral.

Tendo em conta este desejo, esta organização com a vocação laboral, elaborou a Convenção n.º 111 que trata, de forma mais abrangente, da igualdade em geral e propõe a adoção de uma política nacional dos Estados no combate à discriminação entre pessoas de sexos diferentes e entre nativos de um Estado e estrangeiros legalmente residentes, e que se encontram a viver e/ou a trabalhar.

Esta Convenção desempenha um papel de enorme interesse e relevância quando o assunto é proteger o trabalhador numa situação de discriminação. O seu objetivo fundamental é o de permitir que todos tenham igualdade de condições para o exercício das suas capacidades físicas ou intelectuais, ou seja, o exercício de suas capacidades em condições iguais, não no sentido de habilidade (porque uns podem ter mais habilidades que outros) mas em sentido de oportunidade (uma vez que somos todos iguais de acordo

²⁸ Nos termos do artigo 7º desta Convenção, está referido que os Estados partes comprometem-se, em conformidade com os instrumentos internacionais relativos aos direitos humanos, a respeitar e a garantir os direitos previstos na presente Convenção a todos os trabalhadores migrantes e membros de sua família (...) sem distinção nenhuma. A mesma proíbe o tratamento menos favorável a trabalhador migrante em comparação com os nacionais, art.º 25º, e refere ainda, no artigo 54º, o facto do trabalhador migrante ter deve beneficiar da protecção com despedimento, entre outras situações nele mencionado.

²⁹ Para além de organicamente ser constituída por três órgãos – a Conferência Geral dos Membros, com poderes legislativos internos; o Conselho de Administração, a quem compete reunir, estudar e elaborar todas as questões com significado para a regulamentação internacional das condições de vida e de laboração dos trabalhadores e o Gabinete Internacional do Trabalho, que dispõe de um Diretor Geral, a quem compete secretariar a organização, preparando e executando decisões – a estrutura da O.I.T. caracteriza-se também por nela terem assento representantes dos Governos, dos empregadores e dos trabalhadores que atuam em termos autónomos.

com vários diplomas nacionais e internacionais), através da criação e fiscalização das normas de direito comum de forma a garantir os princípios de justiça social.

Nestes termos, destaca-se o art.º 2.º deste diploma, onde se estabelece o comprometimento dos países-membros onde ela é vigente, em optar e seguir uma política destinada à promoção, através dos meios legais, da igualdade de oportunidade e de tratamento com o objetivo de acabar com todas formas de discriminação no trabalho e no emprego.

De realçar que a violação de uma das normas desta Convenção tem como consequência para o Estado violador a necessidade de apresentação de uma justificativa que deverá ser acompanhada de outros aspetos (estado de necessidade por exemplo) igualmente importantes para a justificação, considerando que na OIT, a proibição da discriminação é uma das suas regras basilares.

No âmbito do trabalho e emprego, a esta organização elaborou algumas convenções dedicadas à questão do princípio da igualdade e não discriminação, tendo em conta que esta constitui uma das suas maiores inquietações. A propósito, destaca-se a Convenção n.º 100 referente à igualdade de remuneração de homens e mulheres por trabalho de igual ou de igual valor como também a Convenção n.º 156 referente à igualdade de oportunidades e tratamento para os trabalhadores de ambos os sexos.

Assim, a Convenção n.º 100 (art.º 2.º) insta os países-membros para que nas suas ordens jurídicas internas promovam e apresentem através dos meios adequados, um catálogo remuneratório, para assim assegurar e garantir aplicação a todos os trabalhadores o princípio da igualdade remuneratória quando executarem um trabalho igual ou considerado de igual valor. Não permitindo assim que seja efetuada qualquer tipo de discriminação, salvo as com relevância jurídica aceitável. Isto porque entende que no direito do trabalho, a igualdade de género pressupõe que os trabalhadores tenham as mesmas oportunidades e igual tratamento³⁰, igual modo de remuneração e a

Possibilidade de terem igual acesso a um ambiente de trabalho seguro e saudável para todos. Esta igualdade (de género) encontra-se também consagrada em vários outros documentos³¹.

³⁰ Sobre assunto, conferir Monteiro Fernandes “observações sobre o princípio da igualdade de tratamento no Direito do Trabalho; Luís Meneses de Leitão “Direito do Trabalho” 3ª edição, I, Estudos de homenagem ao Prof. Doutor António de Arruda Ferrer Correia, p. 1014 e ss.

³¹ Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, Carta das Nações Unidas (1945), Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), Tratado de Roma (1957), Tratado da União Europeia e Tratado de Funcionamento da União Europeia.

Por seu lado, a Convenção n.º 156 desta organização faz referência para a necessidade de ver instaurada a efetiva igualdade de oportunidades e tratamento para os trabalhadores de ambos os sexos, fazendo também alusão aos direitos dos trabalhadores com encargos familiares de conseguir um emprego ou posto de trabalho sem quaisquer discriminações. Ou seja, nenhum trabalhador, de acordo com esta legislação, deve ter mais ou menos oportunidades ou ter um tratamento diferenciado pela simples razão de ter uma responsabilidade em termos familiares.

Analisando minuciosamente estas Convenções, é possível detetar que todas têm o mesmo propósito, têm um objetivo comum, que é eliminação ou proibição de práticas discriminatórias nas relações interpessoais, eventualmente com maior foco na relação laboral. Uma conduta que infelizmente ainda continua a ser verificada nas sociedades atuais inclusive as mais civilizadas e as mais avançadas democraticamente.

Quanto à situação dos trabalhadores estrangeiros/migrantes a OIT elaborou uma Convenção que visa essencialmente a não discriminação destes, trata-se da Convenção n.º 97 que tutela o princípio da não discriminação, sem distinção de nacionalidade (art.º 7º), o princípio do tratamento não menos favorável que os nacionais, ou seja, o princípio de igual tratamento (art.º 25º) e o princípio da igualdade entre imigrantes e os cidadãos do estado onde prestam atividade suas atividades profissionais laborais (art.º 54º).

Não obstante a elaboração desta Convenção e apesar dos esforços da OIT em tentar permitir que os estrangeiros tenham iguais possibilidades relativamente aos nacionais desses Estados no que o acesso ao emprego diz respeito, esta realidade de desigualdade ainda persiste, muito embora tenha havido algum progresso normativo, justamente porque o trabalho do estrangeiro é objeto de regulação de vários instrumentos internacionais, nomeadamente da Convenção da OIT n.º 19, sobre igualdade de tratamento entre trabalhadores estrangeiros e nacionais em migrações em condições abusivas e à promoção de igualdade de oportunidades e de tratamento dos trabalhadores migrantes³²; da Convenção n.º 97³³ relativa aos trabalhadores migrantes, e

³² Acesso em <http://www.ilo.org>. Convenção ratificada pelo Decreto 16/588 de 09 de Março de 1929.

Sobre as Convenções e Recomendações da OIT, ver CAMPOS, João Mota / PORTO, Manuel / DUARTE, Maria Luísa / FERNANDES, António José / MEDEIROS, Eduardo Raposo de / RIBEIRO, Manuel Almeida, CALVETE, Victor / CAMPOS, João Luís Mota de, Organizações Internacionais, 4ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 442 e ss, apud Daniela Teixeira, op., cit., p. 42.

As Convenções n.º 97 e 143 podem ainda consultar-se em Ministério do Emprego e da Segurança Social, Convenções da OIT ratificadas por Portugal, edição da Direção de Serviços de Informação Científica e Técnica SICT, Lisboa, 1994, Capítulo XI, p. 1-27.

da Convenção Europeia³⁴ relativa ao estatuto jurídico do trabalhador migrante, entre outros.

Estas Convenções da OIT favoreceram o progresso de uma melhor proteção e auxílio do trabalhador estrangeiro (migrante) que até antes dos seus surgimentos não se observavam, e encarregando aos Estados o ónus de adotar uma atitude de melhor recebimento e tratamentos dos trabalhadores estrangeiros reconhecendo e concedendo-lhes direitos iguais aos nacionais dos Estados que ratificaram estas Convenções, uma vez que o objetivo fundamental das mesmas é sempre o da melhor proteção do trabalhador sem distinção nenhuma.

Apesar de OIT ser uma organização que luta incansavelmente para a igualdade entre os trabalhadores de sexos diferentes, a verdade é que admite em certas medidas que os trabalhadores de um dos sexos sejam vedadas de realizar certos tipos de trabalhos³⁵. Nesta perspetiva, destacamos a Convenção n.º 89 da OIT que impede as mulheres realizar alguns trabalhos fora de período normal de trabalho como também o art.º 2º da Convenção n.º 45 da OIT proíbe as pessoas de sexo feminino o trabalho subterrâneo como a extração de minas ou carvão, ou seja, de acordo com esta normativa se pode contratar nenhum trabalhador do sexo feminino para estas atividades. Desta forma, não seria ilícito sempre que um empregador, para cumprir com o que consta neste diploma, contratasse apenas os trabalhadores de sexo masculino para executarem estes tipos de trabalhos.

³³ Em <http://www.ilo.org>. Convenção ratificada pela Lei n.º 52/78 de 25 de Julho de 1978, com início da vigência em 12/12/1979.

³⁴ Pode ser consultada em <https://www.coe/en/web/conventions/full-list/-/coventions/---> aprovado pelo Decreto n.º 162/78, de 27 de Dezembro, com início da vigência em 01 de Maio de 1983, relativamente a Portugal.

³⁵ Nesse sentido, por exemplo, ao nível da O.I.T., temos a Convenção n.º 4, referente ao trabalho noturno das mulheres na indústria, aprovado para ratificação pelo Decreto 20 988, de 25 de Novembro de 1931; a Convenção n.º 6, referente ao trabalho noturno de menores na indústria, aprovado pelo Decreto 20 992, de 25 de Novembro de 1931; a Recomendação n.º 13, referente ao trabalho noturno das mulheres na agricultura; a Convenção n.º 15, referente à idade mínima de admissão em paióis e caldeiras (substituída pela Convenção n.º 138); a Convenção n.º 41, referente ao trabalho noturno das mulheres (revista pela Convenção n.º 89); a Convenção n.º 45, referente ao emprego das mulheres em trabalhos subterrâneos, aprovada pelo Dec. Lei n.º 27 89, de 26 de Julho de 1937; a Recomendação n.º 80, referente ao trabalho noturno das crianças e adolescentes em trabalhos não industriais; a Recomendação n.º 96, referente à idade mínima de admissão para as minas de carvão; a Convenção n.º 123, referente à idade mínima de admissão em trabalhos subterrâneos nas minas (substituída pela Convenção n.º 138). Ao nível da Comunidade Europeia, temos a Resolução n.º 84/1014, referente à investigação nas indústrias de extração de carvão, do ferro e do aço. Apud Guilherme Dray. O princípio da igualdade no Direito do Trabalho. Sua aplicabilidade no domínio específico na formação de contratos individuais de trabalho, Coimbra, Almedina, 1999, p. 280

É importante lembrar que se uma distinção não contiver caráter discriminatório, é lícito que a entidade empregadora opte por operá-la caso tenha necessidade. E se assim for, estaríamos perante as chamadas exceções ao princípio da igualdade.

Ora, ainda em relação ao tema das *exceções* ao princípio da igualdade e não discriminação nas relações laborais, de referir que a Convenção n.º 111 da OIT, no seu art.º 1º, n.º 2, realça que as distinções, exclusões ou preferências que se fundamentam em competências necessárias para que a pessoa seja contratada para desempenhar uma atividade laboral não serão vistas como ações discriminatórias. Tratando-se de uma convenção que recai num espaço de intervenção muito específica – a de trabalho – admite-se de forma evidente e concludente a legalidade de alguns tipos de ações distintivas, distinguindo a *discriminação* da *distinção*, condenando ou proibindo a discriminação sem motivos justificados mas admitindo em certa medida a distinção.

Em relação às desigualdades verificadas nas relações laborais em termos da remuneração motivadas pela questão do género, é a Convenção n.º 100³⁶ da OIT, quem busca encontrar soluções para este problema, querendo objetivamente assegurar a desejada igualdade remuneratória. A referida Convenção insta os Estados-membros, no seu art.º 2.º, a promoção, por meios apropriados aos métodos em vigor para fixarem as tabelas de remuneração, e, na medida de sua compatibilidade com esses métodos, assegurar a aplicação, a todos os trabalhadores, do princípio da igualdade de remuneração de homens e mulheres trabalhadores por trabalho de igual valor.

Considerado como um dos fatores frequentes da discriminação nas relações laborais, a OIT fez algumas abordagens sobre o assédio sexual³⁷, definindo-a como atos, insinuações, e pressupõe contactos físicos forçados, convites impertinentes, desde que tenham como finalidade manter o emprego, promoção do assediado, intimidar a vítima, etc.

³⁶ Convenção relativa à igualdade de remuneração entre a mão-de-obra masculina e a mão-de-obra feminina em trabalho de igual valor. Adotada pela Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho, na sua 34ª Sessão, realizada em Genebra, em 29 de Junho de 1951. Aprovada em Portugal pelo Decreto-Lei n.º 47302, de 4 de Novembro de 1966 e com início da vigência em 20 de Fevereiro de 1968.

³⁷ Consultar o teor em: https://www.ilo.org/lisbon/temas/WCMS_729442/lang--pt/index.htm e também em: <https://www.ilo.org/lisbon/documenta/C3%A7%C3%A3o-e-informa%C3%A7%C3%A3o/lang--pt/index.htm>

Para mais detalhes sobre o assunto, conferir entre outros, PARREIRA, Isabel Alexandra Botelho Vieira Borges Ribeiro (2003). “O assédio moral no trabalho-Sep. de V Congresso Nacional de Direito do Trabalho”, Coimbra, Almedina, p.209-210, apud Daniela Sofia Rodrigues Teixeira, op., cit., p. 37

A OIT tem desempenhado um papel essencial e necessário³⁸, senão o mais importante, na proteção dos direitos referentes ao trabalho da pessoa humana e sempre fez diligências no sentido de os Estados aderentes se posicionarem e caminharem na mesma direção a favor do respeito e do cumprimento dos direitos fundamentais dos trabalhadores. Neste caso, suas ações são tidas como protetoras de direitos humanos, em particular do trabalho humano.

3.3. A União Africana/CEDEAO

Quanto à realidade africana, importa sublinhar que a igualdade de género é reconhecida como sendo um dos direitos fundamentais e tem uma importância social considerável com vista à integração regional e o desenvolvimento económico. Por isso, a UA está fortemente comprometida e interessada em afastar todas as formas de desigualdades³⁹ baseadas no sexo atualmente verificadas, sobretudo na relação laboral, através da criação e fiscalização de mais normas jurídicas, mas também com o cumprimento das normas e orientações provindas de instrumentos jurídicos internacionais.

O objetivo máximo desta organização africana é fazer da África uma região pacífica, favorável e sem qualquer tipo de discriminação, quer baseada no sexo quer, no território de origem.

Para alcançar este objetivo, a UA tem elaborado vários diplomas neste sentido. Destacamos desde logo a Carta Africana sobre os Direitos Humanos e dos Povos, que nos termos do art.º 18.º, anuncia a obrigatoriedade dos Estados-membros em garantir e permitir a exclusão de todos os tipos de discriminação contra a mulher enquanto pessoa humana e proteção dos direitos que lhe assistem. E, para isso, como refere o art.º 28.º, desta legislação, todas pessoas têm a obrigatoriedade de se respeitarem, de tratar o semelhante com estima sem discriminação alguma, como também preservar as relações com vista a promoção da igualdade.

O Tratado Revisto da CEDEAO, outro diploma da UA, embora seja apenas destinado para os países da África Ocidental, é também uma ferramenta importante para

³⁸ De recordar que a missão da OIT é promover oportunidades para que homens e mulheres possam ter acesso a um trabalho decente e produtivo, em condições de liberdade, equidade, segurança e dignidade. Condições essenciais para superação da pobreza, a redução de desigualdades sociais, etc.

³⁹ Definida na Convenção para a Eliminação da Discriminação Contra Mulheres (CEDAW) como: “qualquer distinção, exclusão, ou restrição feita na base do sexo que tenha efeito ou intenção de impedir ou anular o reconhecimento, desfrute ou exercício por mulheres não obstante o seu estatuto, com base na igualdade de homens e mulheres, de direitos humanos e liberdades fundamentais com base na igualdade com os homens”. (artigo 1).

afirmação do princípio da igualdade entre as pessoas humanas, destacando, com efeito, o compromisso assumido pelos Estados integrantes desta organização sub-regional em harmonizar e quiçá unificar as políticas para melhorar as condições sociais das mulheres, e nisto consiste um dos métodos para erradicar as discriminações nas sociedades, o que permitiria a concretização efetiva do princípio da igualdade.

Apesar deste desejo, ainda há persistência das desigualdades entre homens e mulheres em quase todas as áreas da vida social. Mas com toda esta perseverança de desigualdades, tem havido sinais da expansão de igualdade de género e, consequentemente, o empoderamento das mulheres, com o propósito do cumprimento e efetivação dos direitos das mulheres (GEWE-DM).

Sobre a realidade africana, gostaríamos de deixar alguns reparos sobre a tão desejada igualdade entre os seres humanos. Em primeiro lugar, dizer que em África a questão cultural está muito bem enraizada, o que torna mais difícil a observância da igualdade entre homens e mulheres. E outro fator não menos importante prende-se com o elevado índice de analfabetismo que impede as pessoas de conhecerem seus direitos e assim nunca existe, a possibilidade de não serem prejudicadas por decisões discriminatórias, ou, pior ainda, nunca sabem que estão a ser discriminadas tendo em conta, justamente, o fator indicado (analfabetismo).

Portanto os africanos têm muito a fazer para poderem efetivamente atingir os níveis desejados da igualdade e não discriminação.

Para além dos já citados diplomas que consagram e protegem o princípio da igualdade e não discriminação em África, também a União Económica dos Estados de África Ocidental⁴⁰ (UEMOA) consagra-o, comportando desde logo a livre circulação de pessoas, bens, serviços e capitais entre os cidadãos dos seus Estados-membros, dispondo, no seu parágrafo 5º, do artigo 91.º o seguinte: “sem prejuízo das limitações justificadas por razões de ordem, segurança ou saúde pública, os nacionais de um Estado-membro beneficiam da liberdade de circulação e residência no conjunto do território da União, o que implica a abolição entre os nacionais dos Estados-membros de qualquer discriminação baseada na nacionalidade, no que respeita à procura e exercício de um emprego, com exceção dos empregos na Função Pública”; beneficiam também do “direito de se deslocar e permanecer no território de qualquer dos Estados-membros

⁴⁰ Cujo objetivo principal é promover a cooperação e a integração, conduzindo à criação de uma união económica na África ocidental, a fim de elevar os padrões de vida dos seus povos e de manter e reforçar a estabilidade económica, fomentar as relações entre os Estados-membros e contribuir para o progresso e o desenvolvimento da região.

e do direito de continuar a residir num Estado-membro, depois de aí ter exercido uma atividade laboral”. Estas disposições saliente-se, são muitos semelhantes àqueles constantes dos vários instrumentos jurídicos relativos à igualdade e não discriminação na União Europeia.

3.4. O princípio da igualdade no acesso ao emprego e no trabalho no direito europeu

A proibição da discriminação e a proteção dos direitos fundamentais são elementos importantes da ordem jurídica da União Europeia⁴¹. Para isso, existem instrumentos jurídicos comunitários que são utilizados para afirmação e aplicação da igualdade entre homens e mulheres em todos os domínios da esfera social e em particular no domínio laboral.

O Tratado da União Europeia (TUE), o Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE) e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE) consagram a ideia de que deve ser garantida a igualdade entre homens e mulheres em todos os domínios inclusive em matéria de emprego, trabalho e remuneração. Mas isto não significa que se obste categoricamente a adoção das medidas que se demonstrem favoráveis a um género com menos representatividade, neste caso, em relação ao emprego e trabalho.

No que diz respeito à remuneração, a Diretiva 2006/54/CE que consagra o princípio da igualdade de remuneração e a proibição da discriminação em função do sexo, no seu artigo 4.º, estabelece que, “para um mesmo trabalho ou para um trabalho que se pode atribuir um valor igual”, é proibida qualquer forma de discriminação com motivações sexuais quer seja ela direta ou indireta.

Desde a criação do Tratado de Roma que a União Europeia tem lutado para afirmação da igualdade entre homens e mulheres, portanto, tem lutado contra a discriminação baseada no género.

Uma outra prioridade de UE é pôr termo à violência contra mulheres, promovendo por conseguinte, a igualdade de género, o que efetivamente tem dado frutos no que a sua materialização diz respeito, mas, não se pode afirmar que este desígnio está a ser cumprido na sua plenitude, porque há vários aspetos que precisam de

⁴¹ 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. Entendimento do Paulo Morgado de Carvalho, in “Ónus da prova em caso da discriminação”. Direito e Justiça. Estudos dedicados ao Prof. Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier, vol. III, 2015, p. 111.

ser melhorados para que haja a igualdade prática e efetiva entre pessoas de sexos diferentes.

A propósito do princípio da igualdade e não discriminação no direito europeu, trouxe-mos à luz do nosso trabalho, para efeitos de análise, dois instrumentos jurídicos que confirmam o amplo interesse e a vontade de ver posta em prática a igualdade de género. Trata-se pois, das convenções da lavra do Conselho da Europa e o Tratado da Comunidade Europeia.

O Conselho da Europa cuja missão é aproximar e fortalecer as relações entre os seus membros tendo em vista a salvaguarda, promoção e defesa dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, possui uma importante legislação, aparecendo como uma das principais formas de produção de normas de direito europeu⁴².

Com particular incidência para a matéria em apreço, destaca-se a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e a Carta Social Europeia, instrumentos jurídicos comunitários que integram um conjunto de objetivos preconizados por este importante órgão europeu.

A Convenção Europeia dos Direitos do Homem, com o objetivo de ver todos os cidadãos europeus a gozarem dos mesmos direitos e liberdade nela consagrados sem quaisquer discriminações, impõe no seu art.º 14.º, às partes subscritoras, o encargo de garantir que este desejo se concretize, não só em relação aos seus cidadãos, como também em relação àqueles que se encontram a residir no território europeu⁴³.

No mesmo sentido e com o mesmo propósito, é de destacar a necessidade de assegurar e permitir que, de acordo com a Carta Social Europeia⁴⁴ (CSE), os cidadãos tenham a possibilidade de gozarem seus direitos sociais sem discriminação fundada na raça, cor, sexo, etc.

Atendendo á missão e os objetivos do Conselho da Europa, somos da opinião de que se estes diplomas integrantes tivessem cumprimento de acordo com esta missão e objetivos, os cidadãos europeus e pessoas residentes na Europa não seriam, de forma alguma, vítimas de discriminações baseadas em uma característica pessoal. Isto porque está bem patente a obrigatoriedade das partes signatárias do referido órgão em garantir e em permitir sem objeções, que todos tenham a forma necessária de viverem suas vidas

⁴² DRAY, Guilherme. O princípio da igualdade no Direito do Trabalho. Sua aplicabilidade no domínio específico na formação de contratos individuais de trabalho, janeiro 1999, p. 232.

⁴³ Texto oficial português previsto no Decreto do Presidente, n.º 38/91, de 06 de Agosto, que ratificou a Carta sobre aprovação da Assembleia da República por resolução da mesma data

⁴⁴ Manual sobre a legislação europeia anti discriminação, p. 158. Consultar em: www.fra.europa.eu

sem ter o receio que poderão ser discriminadas por um ou outro motivo nas suas relações interpessoais.

Ainda no direito europeu, destacam-se a Convenção-Quadro para a Proteção das Minorias Nacionais⁴⁵, e a Convenção relativa à Luta contra o Tráfico de Seres Humanos⁴⁶, que de um modo geral, são também destinadas à obtenção de igualdade e não discriminação entre as pessoas humanas. É importante ainda destacar, pela sua importância, a existência da Comissão Europeia contra o Racismo e a Intolerância (CERI)⁴⁷ que é um órgão do Conselho da Europa que se responsabiliza pela defesa dos direitos humanos e que segue atentamente os problemas, entre outros, da discriminação racial⁴⁸.

Continuando ainda na análise do princípio da igualdade e não discriminação no direito da comunidade europeia, importa destacar algumas diretivas que demonstram, no nosso entender, este anseio.

Com efeito, destacam-se a Diretiva 2004/113/CE⁴⁹ do Conselho que aplica o princípio de igualdade de tratamento entre homens e mulheres no acesso a bens e serviços e seu fornecimento, a Diretiva 2000/78/CE⁵⁰ do Conselho que estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na atividade profissional, a Diretiva 2000/43/CE⁵¹ do Conselho que aplica o princípio da igualdade de tratamento entre as pessoas, sem distinção de origem racial ou étnica.

O princípio da igualdade e não discriminação tem sido determinante na definição das normas da União Europeia e é visto como um direito fundamental que tem de ser protegido. A sua proclamação na Comunidade Europeia é resguardada essencialmente em áreas como as de igualdade com base na nacionalidade e igualdade em função do sexo.

Em relação à discriminação com base na nacionalidade ou território da origem, de realçar que na União Europeia é expressamente proibida, nos termos do artigo 18.º

⁴⁵ Conselho da Europa, Convenção-Quadro para a Proteção das Minorias Nacionais (CPMN), CETS n.º 157, 1995. Ver art.º 4.º, 6.º, n.ºs 2 e 9.

⁴⁶ Conselho da Europa, Convenção relativa à Luta contra o Tráfico de Seres Humanos, CETS n.º 197, 2005. Ver art.º 2.º, n.º 1.

⁴⁷ A primeira Cimeira de Chefes de Estado e de Governo do Conselho da Europa criou a CERI em 1993, composta por 47 peritos independentes.

⁴⁸ Ver página Web da CERI

⁴⁹ Adotada pela Lei n.º 14/2008, de 12 de Março e alterada pela Lei n.º 9/2015, de 11 de Fevereiro. Acesso em <https://www.eur-lex.europa.eu>

⁵⁰ Publicada no Diário da República em 15/02/2011 e a entrada em vigor em 20/02/2011. Adotada pela Lei n.º 3/2011. Disponível em: <https://www.eur-lex.europa.eu>

do seu Tratado de Funcionamento, a discriminação por motivos de nacionalidade entre nacionais dos Estados-membros⁵¹.

Ainda no quadro do direito da União Europeia, e segundo Maria Luísa Duarte⁵², “as diferentes formas de revelação das normas comunitárias de âmbito laboral são a expressão de um sistema próprio da fonte sobre a qual assenta a autonomia e a especialidade do ordenamento jurídico das comunidades europeias”. Portanto, considera-se para efeito, como fontes que fundamentam as decisões dos Estados-membros no que a discriminação diz respeito, os diplomas que se seguem.

O Tratado da União Europeia (TUE): trata-se de um diploma que visa, no essencial, a promoção social, a promoção da igualdade no emprego e a consequente implementação da não discriminação no acesso ao emprego e no trabalho, com vista à continuidade e afirmação do princípio da livre circulação de trabalhadores sem quaisquer impedimentos ou obstáculos relacionados com as origens destes, reconhecendo no entanto os direitos e princípios que constam na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia. Ou seja, este tratado vem reforçar as ideias que integram a CDFUE, desde a promoção social dos cidadãos dos Estados-membros da União até a livre circulação dos trabalhadores nos respetivos territórios desses Estados sem condicionalismos, e contempla também os princípios da igualdade e não discriminação, algo que está intimamente relacionado com a tutela de livre circulação dos trabalhadores no espaço comunitário europeu.

O Tratado de Lisboa: sendo uma fonte comunitária, veio reafirmar os valores nos quais a União Europeia encontra a sua sustentabilidade. Esses valores são a liberdade, a dignidade da pessoa humana, a igualdade de tratamento, a promoção da justiça, a proteção social, a proteção dos direitos humanos por parte das instituições, órgãos e organismos dos Estados-membros, incluindo os direitos das pessoas pertencentes a minorias e o Estado de Direito. A proteção dos trabalhadores sem que importe as suas origens e a liberdade de circulação fazem parte dos objetivos preconizados neste diploma comunitário e traduz-se no combate à discriminação em função da nacionalidade e, sobretudo na luta pela extinção da exclusão social, seja ela motivada pela raça, sexo, origem, etc.

⁵¹ Manual para Parlamentares N° 24 da Organização Internacional para as Migrações, p. 85, 2018. Migração, Direitos Humanos e Governança. União Interparlamentar 2018. Consultar em <https://www.ilo.org>

⁵² DUARTE, Maria Luísa. “Direito Comunitário do Trabalho”, in Estudos do Instituto de Direito do Trabalho, vol. I, Almedina, Coimbra, 2001, pp. 160. Apud Andreia Maria Correia Belchior, Dissertação para obtenção do grau de Mestre, FDUNL, 2015, p. 53.

A Declaração dos direitos e liberdades fundamentais, uma outra fonte comunitária, consagra princípios básicos em relação à proteção dos trabalhadores, no caso de livre circulação dos cidadãos nos territórios dos Estados-membros, a liberdade de formação profissional sem quaisquer obstáculos, a garantia ou preservação social e o direito de ter condições iguais e apropriadas de trabalho entre os trabalhadores.

A Carta comunitária dos direitos sociais fundamentais dos trabalhadores também constitui um importante instrumento jurídico para efetivação e implementação da igualdade e não discriminação no trabalho, e é tida como o primeiro a regular e equilibrar uma série de direitos dos trabalhadores. Definiu alguns aspetos (como por exemplo, a harmonização das políticas internas dos Estados assinantes da Carta) que deveriam ser alvo de conciliação e fez referência a alguns dos direitos que podem e devem ser vistos como estatuto social mínimo dos trabalhadores naquela comunidade⁵³, como é o caso da livre circulação, da melhoria das condições de vida e de trabalho, da proteção social, da formação profissional, da igualdade de tratamento entre homens e mulheres, da proteção da saúde e da segurança no meio laboral e a situação das pessoas deficientes.

Consta também na Carta que, nenhum dos direitos assinalados nela deverá ser usado para ofender a dignidade de outrem considerando que essa dignidade humana faz parte dos direitos fundamentais.

Por outro lado, a Carta refere que os originários de outros países que não fazem parte da União Europeia e que estão autorizados a trabalhar no território dos Estados-membros que o façam em iguais condições com os cidadãos naturais de um dos países da União, proibindo a discriminação de qualquer natureza.

Igualmente, e de acordo com a Carta, a União reconhece e respeita o direito da pessoa com mobilidade reduzida, anunciando que deve ter benefícios de forma a assegurar a sua autonomia, a sua integração social e profissional com vista à participação plena e efetiva na vida da comunidade na qual se encontra inserida.

Uma outra temática que também mereceu destaque e consequentemente regulamentação é como provar a própria discriminação, ou seja, demonstrar efetivamente o quanto foi vítima de uma discriminação na relação laboral. Nestes termos, exorta-se que para provar a qualidade passível de comparação em processos que dizem

⁵³ Conferir FERNANDES, Francisco Liberal. *Liberdade de Circulação dos Trabalhadores na Comunidade Europeia*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, p. 45. Apud Andreia Maria Correia Belchior “Estatuto laboral do trabalhador estrangeiro”. Tese de Dissertação para obtenção do grau de Mestre, FDUNL, 2015, p. 45.

respeito à igualdade remuneratória, existe a necessidade de determinar, verificar e comprovar se o trabalho prestado por uma mulher é *igual* ou de *igual valor* ao trabalho realizado por um homem em igualdade de circunstâncias, como também existe a necessidade de confirmar se há de facto diferenças nos salários auferidos por ambos.

É igualmente importante destacar as Diretivas 2000/43/CE e 2000/78/CE⁵⁴ (art.º 8.º da CRP) que introduziram modificações quanto ao ónus da prova em casos de discriminação, por influência da legislação sobre igualdade de género e da jurisprudência do Tribunal de Justiça, estabelecendo assim o legislador comunitário que o ónus da prova devia ser invertido, ou seja, a parte lesada alega um facto ou um direito e a demandada tem o dever de demonstrar que a sua atuação não teve motivações discriminatórias, neste caso prova o contrário (uma parte alega e a outra faz prova). Desta forma, os trabalhadores têm de demonstrar que os factos que ocorreram são factos discriminatórios e o empregador, por sua vez, tem de provar que não agiu com intenção de prejudicar o trabalhador nem de proceder de forma injusta e que a sua maneira de atuar pode ser justificada, ou seja, há uma causa legítima para a sua atuação, portanto não se trata de uma discriminação ilícita.

As diretivas mencionadas referem ainda que os indivíduos que se sintam discriminados e apresentem queixas sejam protegidos contra possíveis atos de retaliação ou represálias como consequências das queixas apresentadas. Esta proteção deverá também abranger testemunhas para que possam depor se for o caso, sem medo de sofrer consequências dos seus testemunhos, ainda de acordo com estes diplomas comunitários.

⁵⁴ O art.º 8.º da CRP estabelece o regime de receção automática das normas do direito internacional, ou seja, o n.º 1 consagra esta receção do direito internacional – normas e princípio em geral - o qual beneficia de uma cláusula geral de receção plena, sendo incorporado como “parte integrante do direito português”, sem necessidade de observância de regras ou formas constitucionais específicas de vinculação estadual ao direito internacional (aprovação, ratificação, publicação). Basta que se trate efetivamente de regras de direito internacional e que sejam gerais e comuns, segundo as anotações do art.º 8.º da CRP de Gomes Canotilho e Vital Moreira, in J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira. CRP anotada, 3ª ed. Coimbra Editora, 1993, p. 90.

Quanto á Diretiva 2000/43, do Conselho, 29 de junho, conferir Maria Luísa Duarte, “O estatuto do cidadão da união europeia e a (não) discriminação em razão da orientação sexual”, in estudos em memória do Prof. Doutor António Marques dos Santos, II, Coimbra 2005, p. 361-389. Apud “Maria do Rosário Palma Ramalho, “Direito do Trabalho, parte II, situações laborais individuais”, Almedina, Coimbra, 2006 p. 145.

CAPÍTULO II

1. A igualdade de género no acesso ao emprego, atividade e formação profissional

Terminado o enquadramento geral sobre o princípio da igualdade e não discriminação, agora em seguida neste capítulo será feita abordagens à igualdade de género nas relações laborais, à situação dos trabalhadores estrangeiros/migrantes e também aos diferentes tipos de discriminação. Nestes termos, importa antes de mais, conceitualizar o termo *igualdade de género*.

A igualdade de género no acesso ao trabalho consiste na possibilidade de todos os interessados terem as mesmas hipóteses de se candidatarem e serem admitidos a um determinado posto de trabalho, uma atividade ou formação profissional, sem quaisquer objeções derivadas do sexo⁵⁵. Ou seja, ninguém deve ser afastado ou proibido de obter um emprego ou uma formação profissional pelo facto de ter nascido homem ou mulher, não obstante as situações de discriminações positivas.

Trata-se de uma garantia que se encontra estipulada na CRP (no art.º 13º), tendo também a sua fundamentação no n.º 1 do art.º 24 do Código do Trabalho, onde se afirma que os trabalhadores ou candidatos que pretendem ter um emprego gozam dos mesmos privilégios e partem em pé de igualdade quanto aos direitos à igualdade de oportunidades e de tratamento, à formação e promoção e às condições de trabalho, em particular quanto as condições de seleção e de contratação, devendo os elementos da fase de recrutamento não conterem qualquer discriminação fundada no sexo ou em razão da nacionalidade, entre outros fatores.

O direito à igualdade no acesso ao emprego deve ser observado a partir do processo de contratação (quanto à forma de seleção e quanto às condições de contratação).

Em relação à igualdade de tratamento, portanto sem distinção a nível do sexo, a Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego (CITE)⁵⁶ fez um pronunciamento

⁵⁵ Neste sentido, conferir entre outros, Maria do Rosário Palma Ramalho, “Tratado de Direito do Trabalho” parte I. Dogmática Geral, 5ª edição, 2020, Almedina, p. 230.

⁵⁶ A justificação deste parecer assenta no facto, segundo o mesmo, de a discriminação no acesso ao emprego continuar ainda bem presente nos anúncios de oferta de emprego veiculados sobretudo através da imprensa, não obstante as ações levadas a cabo pela CITE. Ao emitir este parecer sobre anúncio de emprego e outras formas de publicidade, a CITE pretende atingir certos objetivos, nomeadamente, promover a aplicação das normas respeitantes à igualdade de oportunidades e tratamento entre mulheres e homens, como também, contribuir para o esclarecimento das diversas entidades envolvidas e do público em geral sobre a maneira correta de publicitar ofertas de emprego. Parecer n.º 10/CITE/. Acesso em: <https://cite.gov.pt>

em parecer, alegando que o trabalhador ou pretendente trabalhador tem direito à igual oportunidade e tratamento face aos outros na mesma situação, quer no que diz respeito ao modo de seleção e condições de contratação, bem como no acesso a todos os tipos de formação profissionais.

Mas, Romano Martinez a este propósito afirma que, não obstante a autonomia contratual, quando a situação em concreto se relaciona com formação profissional orientada para uma profissão desempenhada com a supremacia dos trabalhadores de um dos sexos (força de defesa e segurança, por exemplo) havendo uma justificação legal deve ser dada primazia a trabalhadores do sexo com mínima representação⁵⁷. O que se acontecer, em nossa opinião, não constituiria de forma alguma a discriminação em função do sexo.

Importa aqui salientar que o legislador elencou algumas causas que não comportarão discriminação, justificando que não serão consideradas como discriminatórias as atitudes e decisões do empregador se se fundamentarem numa das condições apresentadas no n.º 1 do artigo 24.º, desde que, de acordo como n.º 2, do art.º 25.º do CT, estas condições demonstrem a boa razão dos seus procedimentos, contenham um requisito com fundamentos plausíveis e se mostrem fundamentais para o desempenho da atividade profissional, em função da natureza da atividade que se pretende que seja desempenhada ou do modo da sua realização, devendo para isso, o objetivo ser legal⁵⁸.

Apesar de constarem em muitos diplomas legais nacionais, comunitários e internacionais, os parâmetros relativos à concretização da igualdade de tratamento no domínio do trabalho estão hoje em dia aquém das expetativas, sendo que este fenómeno parece ser mais presente nas sociedades e nos países menos desenvolvidos e pouco democráticos. Isto porque neles, para além de se entender que a mulher, por exemplo, nunca pode ter igual tratamento em relação ao homem, a verdade é que tem havido um atropelo significativo dos desígnios da igualdade de tratamento entre pessoas de sexos diferentes, beneficiando umas (as de sexo masculino) e logicamente prejudicando outras

⁵⁷ MARTINEZ, Pedro Romano. Direito do Trabalho, 9ª edição, outubro 2019, p. 352.

⁵⁸ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. 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”.

(as de sexo feminino). Tem havido um condicionalismo das mulheres⁵⁹ em ter acesso ao emprego, o que contribui negativamente não só para efetivação e para o cumprimento daquilo que consta nos diplomas legais criados curiosamente pelos próprios Estados, que não os põem em prática, mas também, e sobretudo, coloca em causa o desenvolvimento pessoal dessas, que ficam limitadas, diríamos *proibidas* de terem um emprego de que tanto gostariam para o seu autodesenvolvimento.

Para comprovar este facto com um carácter muito negativo, basta vermos a atuação do governo talibã que nos finais do ano 2022 proibiu as mulheres de trabalharem para ONG's locais e internacionais no Afeganistão⁶⁰, contrariando assim os esforços que as Nações Unidas têm levado a cabo para permitir a participação das mulheres na força do trabalho, o que contribuiria para o bem-estar delas e das suas famílias, segundo as agências da Nações Unidas e os órgãos de comunicação nacionais e internacionais.

A igualdade de género pressupõe ainda que os seres humanos (homens e mulheres) tenham a liberdade para desenvolvimento das suas inteligências, suas agilidades pessoais e tenham oportunidades para fazer escolhas sem constrangimentos estabelecidos por preconceitos ou qualquer outro fator subjetivo. Contudo, isso não demonstra e nem significa que mulheres e homens vão se tornar os mesmos, o que quer dizer-se com isso é que, os seus direitos, deveres e oportunidades não devem ser afetados pelo simples facto de terem nascido homem ou mulher. Na verdade, a igualdade de género manifesta-se na imparcialidade e equidade de tratamento para pessoas de sexos diferentes que se encontram na mesma posição⁶¹, o que abrange igual tratamento ou tratamento diferenciado (se se justificar). Estas duas expressões de equidade (tratamento igual ou diferenciado se assim se justificar) acabam por ser consideradas equivalentes quando são relacionadas com direitos, obrigações ou oportunidades.

⁵⁹ Isto se tomarmos em consideração os vários relatórios que apontam para uma desigualdade entre homens e mulheres no acesso ao emprego, no trabalho e também na retribuição, caso de dados estatísticos apresentados pela Maria do Rosário Palma Ramalho “in a Igualdade nas Relações de Trabalho, em Estudos APODIT 5, fevereiro, 2019, p. 15.

⁶⁰ Notícia tornado público por vários órgãos de comunicação social portugueses e internacionais merecendo destaque no canal televisivo CNN internacional, nos finais do ano 2022.

⁶¹ DRAY, Guilherme. Autonomia privada e igualdade na formação e execução de contratos individuais de trabalho, “Estudos de Instituto de Trabalho. I, Almedina 2001, p. 83-95; ver também as anotações de Guilherme Dray ao Código do Trabalho, 2017, 11ª edição, Almedina, Coimbra, p.186. Conferir ainda Maria do Rosário Palma Ramalho, “Direito do Trabalho, parte II, “Situações Laborais Individuais”, Almedina, Coimbra, 2006, p. 143.

Quando se trata dos assuntos ligados aos direitos humanos, exige-se justamente que os homens e as mulheres tenham a possibilidade de desfrutar das mesmas oportunidades, dos mesmos rendimentos, que sejam observados e considerados da mesma forma, não obstante as diferenças que eventualmente possam existir e, sobretudo que se sintam valorizados de igual modo em todos os domínios sociais e jurídicos dentro das sociedades onde se encontram inseridos.

De lembrar que se entendeu efetivamente haver necessidade de reconhecer que homens e mulheres merecem ter mesmas oportunidades para ingressarem no mundo laboral, o que parece ser tão difícil, visto que nenhum país do mundo é capaz de se afirmar que cumpre de forma plena com este desígnio que é igualdade de oportunidades para pessoas de ambos os sexos, eliminando assim as discriminações baseadas no género, embora haja alguns países que estão mais avançados neste aspeto⁶².

Em Portugal, em relação á esta temática vamos ver que em 2017⁶³ a Lei n.º 62/2017, de 01 de agosto, fez constar pretensões imperiosas e muito interessantes para efetivação do princípio da igualdade no domínio laboral, estimulando para o efeito um procedimento ou uma regra com a representatividade mais equilibrada entre homens e mulheres nos órgãos de administração e de fiscalização das entidades estatais, significa isto que, com esta lei as mulheres passam a ter mais possibilidades de estarem muito bem representadas e até terem a forma de ascenderem ao topo na gerência da *coisa pública*.

Este procedimento visa no essencial a paridade na administração e fiscalização nas instituições públicas. E ademais, estas instituições têm a obrigatoriedade de preparar e produzir a cada ano um *Plano para a Igualdade*, em conformidade com as indicações determinadas pela Comissão para Igualdade no Trabalho e no Emprego (CITE).

Neste sentido gostaríamos em particular de destacar o que consta do artigo 30º do CT, onde é proibido na fase publicitária de candidaturas ao emprego (ou qualquer outra forma de anúncio de candidaturas) a menção de forma direta ou indireta, de qualquer condicionalismo baseado no sexo.

O nº 1 do citado artigo refere que será considerada discriminatória se numa candidatura for exigido o porte físico dos candidatos, ressalvando que esta medida poderá ser legítima e aceite como não discriminatória atendendo à natureza da atividade

⁶² REBELO, Glória. Estudos de direito de trabalho, 1ª edição, Lisboa, março de 2019, p.152.

⁶³ Lei sobre o regime da representação equilibrada entre mulheres e homens nos órgãos de administração e de fiscalização das entidades do setor público empresarial e das empresas cotadas em bolsa.

que se vai desempenhar. Por sua vez, o n.º 2, referente aos anúncios de ofertas de emprego e critérios de recrutamento, não admite qualquer entrave no processo de candidatura e de recrutamento baseado numa característica pessoal.

Contudo, o preceito em causa permite um desvio a esta regra, admitindo a possibilidade de em algumas situações que seja observada a estatura física dos candidatos na fase de publicidade, isto se estiver em causa profissões ou atividades que pela sua própria natureza explicam com razões plausíveis a tendência sexual. Em todo o caso, os desvios à regra geral que constam no n.º 2, se devem unicamente ser permitidos em casos excecionais.

Importa salientar que o princípio da igualdade no acesso ao emprego, atividade e formação profissional é passível de sofrer algumas exceções no seu cumprimento. Nesta ordem de ideia, tomemos em consideração o entendimento de Lobo Xavier⁶⁴ quando afirma que o princípio da igualdade tem que estar conectado com independência e com a liberdade da empresa. Isto é, se nos termos legais a empresa tem a autonomia na forma de contratar e a liberdade de firmar um contrato de trabalho com quem entender, pode perfeitamente contratar uns deixando outros sempre em conformidade com a lei e atendendo a necessidade da empresa.

Por outras palavras, quando uma empresa decide contratar um funcionário de sexo masculino e não do sexo feminino ou exclui uma candidatura feminina concorrente a um certo posto de trabalho poderá, esta entidade empregadora, não estar a *discriminar por discriminar*, mas a decisão tomada por esta entidade pode ser inserida no âmbito da sua liberdade contratual, observando obviamente os pressupostos objetivos, necessários e legais para o efeito.

E assim, não se deve considerar como ações discriminatórias as que se baseiam na natureza e o tipo de atividade laboral.

⁶⁴ XAVIER, Bernardo da Gama Lobo. Manual de Direito do Trabalho, 4ª edição revista e atualizada, Março de 2020, p. 597.

Portanto, será perfeitamente admissível condicionar e/ou proibir o exercício de determinadas profissões a um tipo de trabalhadores, tendo em conta suas características físicas⁶⁵ (por exemplo o trabalho das mulheres ou dos menores), se se tratar de uma atividade a desempenhar nas condições severas que podem ter consequências negativas para as mulheres em relação a função genética ou tendo em conta os riscos que envolvem com o esforço físico e que pode influenciar o crescimento e o desenvolvimento normal de uma pessoa, isto no caso de menores.

Desta forma, não seria ilícito⁶⁶ sempre que um empregador, para cumprir com o que consta neste diploma, contratasse apenas os trabalhadores de sexo masculino para executarem estes tipos de trabalhos.

A propósito, Paulo Morgado de Carvalho⁶⁷, as distinções, exclusões ou preferências fundadas em qualificações exigidas para determinado emprego não são consideradas como discriminação.

É importante lembrar que se uma distinção/diferenciação não contiver caráter discriminatório, é lícito que a entidade empregadora opte por operá-la caso tenha a necessidade.

⁶⁵ Nesse sentido, por exemplo, ao nível da O.I.T., temos a Convenção n.º 4, referente ao trabalho noturno das mulheres na indústria, aprovado para ratificação pelo Decreto 20 988, de 25 de Novembro de 1931; a Convenção n.º 6, referente ao trabalho noturno de menores na indústria, aprovado pelo Decreto 20 992, de 25 de Novembro de 1931; a Recomendação n.º 13, referente ao trabalho noturno das mulheres na agricultura; a Convenção n.º 15, referente à idade mínima de admissão em paióis e caldeiras (substituída pela Convenção n.º 138); a Convenção n.º 41, referente ao trabalho noturno das mulheres (revista pela Convenção n.º 89); a Convenção n.º 45, referente ao emprego das mulheres em trabalhos subterrâneos, aprovada pelo Dec. Lei n.º 27 89, de 26 de Julho de 1937; a Recomendação n.º 80, referente ao trabalho noturno das crianças e adolescentes em trabalhos não industriais; a Recomendação n.º 96, referente à idade mínima de admissão para as minas de carvão; a Convenção n.º 123, referente à idade mínima de admissão em trabalhos subterrâneos nas minas (substituída pela Convenção n.º 138). Ao nível da Comunidade Europeia, temos a Resolução n.º 84/1014, referente à investigação nas indústrias de extração de carvão, do ferro e do aço. Apud Guilherme Dray. O princípio da igualdade no Direito do Trabalho. Sua aplicabilidade no domínio específico na formação de contratos individuais de trabalho, Coimbra, Almedina, 1999, p. 280.

⁶⁶, Pedro Romano. Direito do Trabalho, 7ª edição, Coimbra, Almedina, 2015 p. 393.

⁶⁷ 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 objetivos 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 objetivo de excluir certas categorias de trabalhadores. É, por isso, necessária uma análise rigorosa de cada caso individual. Sobre isto, ACT/OIT, *Direitos Fundamentais e Normas Internacionais de Trabalho*, 2007, p. 73. Apud Paulo Morgado de Carvalho. Ónus da prova em caso da discriminação. Direito e Justiça. Estudos dedicados ao Prof. Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier, vol. III, 2015, p. 111.

1.1. A igualdade de género e não discriminação em razão do sexo no trabalho

Tecidas considerações sobre a questão envolvendo o acesso ao emprego, atividade e formação profissional, as atenções serão agora voltadas para a execução do trabalho.

No entanto, garantir que o trabalho desempenhado por homens e mulheres seja considerado igual, se efetivamente for igual e eliminar os preconceitos que levam às diferenças salariais sem um motivo legalmente justificado, são realidades indispensáveis para se alcançar a verdadeira igualdade de género que se pretende no mundo laboral. Significa isso que não deve haver qualquer forma de diferenciação ou discriminação durante a execução do trabalho motivadas pelas orientações sexuais ou pelo género, salvo a diferenciação/discriminação juridicamente justificável.

Enquanto isso, Romano Martinez, ao explicar o princípio da igualdade de género, afirma que, no direito português, a igualdade de tratamento além de ser exigida constitucionalmente, também está correlacionada na vedação generalizada da prática discriminatória⁶⁸, e assim é ilegal que a entidade empregadora conceda benefícios e tratamentos juridicamente diferentes para com seus empregados ou pura e simplesmente dar um tratamento laboral desigual para alguns trabalhadores em relação aos outros sem que haja uma razão necessária e legítima para tal.

Ou seja, o que se deseja com a igualdade de tratamento é a proteção, o cumprimento e a observância da igualdade entre os trabalhadores na relação do trabalho, não devendo haver qualquer tipo de discriminação entre os trabalhadores.

Contudo, o referido autor enaltece o facto de a igualdade de tratamento não poder ser observada na sua plenitude, sobretudo nas relações do direito privado, tendo em consideração a autonomia privada⁶⁹, um direito que assiste às empresas e entidades empregadoras no modo como gerem seus negócios e as suas atividades, desde que não ponham em causa os direitos fundamentais dos trabalhadores.

A igualdade de tratamento que se refere está relacionada com iguais direitos entre os trabalhadores, as mesmas obrigações e que desfrutem das mesmas oportunidades não importando o sexo. Pois a igualdade entre pessoas de sexos diferentes pressupõe que se tome em consideração a convivência, precisão e prioridade entre as mulheres e homens enquanto seres cujos valores devem ser respeitados. Esta temática não é só uma questão feminina (porque quando se fala da discriminação pensa-

⁶⁸ MARTINEZ, Pedro Romano. Direito do Trabalho, 9ª edição, Outubro de 2019, p. 384.

⁶⁹ MARTINEZ, Pedro Romano. Direito do Trabalho, 7ª ed. Almedina Coimbra, 2015, p. 395.

se de imediato na situação de mulheres, esquecendo-se por vezes que os homens também podem sofrer atos de discriminação de género), mas deve interessar e envolver plenamente tanto homens quanto mulheres, envolvendo por conseguinte toda a sociedade. A igualdade em termos sexual, segundo a ONU/Mulheres, é tida como sendo uma questão relacionada diretamente com os direitos humanos, e deve ser observada por ser um requisito fundamental e imprescindível para o desenvolvimento individual e coletivo das pessoas humanas⁷⁰.

Ora, admitindo, face a problemática da igualdade sexual, que durante séculos as mulheres foram afastadas da esfera da vida pública, a verdade é que hoje em dia – e até em maior número em alguns setores sociais – já se nota uma presença muito significativa delas no mercado do trabalho. Contudo, continua a verificar-se sistematicamente e, às vezes de forma premeditada, as desigualdades derivadas do género.

A igualdade de tratamento e o desejo de lutar para acabar ou pelo menos diminuir atos de discriminação com base no sexo foi e continua a ser um objetivo principal dos países que compõem a União Europeia e de vários outros países, que da mesma maneira lutam contra o fenómeno da desigualdade, apesar da sua persistência.

A *obrigatoriedade* de cumprir com o princípio da igualdade de género tem como objetivos a possibilidade da participação plena e efetiva das mulheres (admitindo que são mais discriminadas), a possibilidade de liderarem, em igualdade de circunstâncias, os processos de tomada de decisão na vida pública, política, social e económica. Para que tudo isto seja possível, é fundamental que o princípio da igualdade preconize a adoção e o fortalecimento de políticas consistentes e que haja uma política legislativa que promova a igualdade e permita elevar o *status* das mulheres através do empoderamento feminino.

Em resumo, ninguém deve ser discriminado (no trabalho) só pelo facto de ter nascido homem ou mulher apesar da dinâmica do próprio princípio da igualdade nos seus termos gerais, que admite em algumas circunstâncias que sejam operadas diferenciações, desde que estas obedeçam a critérios objetivos e normas legais.

Apesar de existirem inúmeros diplomas que proíbem a discriminação em razão do sexo no trabalho, este fenómeno continua muito presente no quotidiano. Assim, admite-se que o assédio sexual hoje em dia constitui uma das mais frequentes formas de

⁷⁰ ONU Mulheres, OSAGI Integração do Género - conceitos e definições.

discriminação com base no género no âmbito da relação laboral, e consiste em um tipo de coerção de carácter sexual praticada geralmente por uma pessoa em posição hierárquica superior (embora o contrário também possa acontecer). Normalmente acontece em local de trabalho, e é caracterizado por alguma ameaça, insinuação de ameaça ou hostilidade contra que se está assediando tendo em vista algum objetivo (atos sexuais). Às vezes o assédio é levado a cabo sob a promessa de promoção, podendo envolver favores sexuais ou numa outra perspetiva, ameaça de demissão caso o subordinado não ceda à violência⁷¹.

O artigo 29.º, nº 3, do Código de Trabalho português declara-o como o comportamento indesejado de carácter sexual, podendo ser sob forma verbal, não-verbal ou física, com os objetivos que se encontram anunciados na última parte do nº 2 deste artigo.

Considerando estas noções e características do fenómeno chamado *assédio sexual*, é importante referir que muitas pessoas já foram vítimas desta violência e, por conseguinte, experimentaram os efeitos deste tipo de discriminação, sobretudo, no âmbito laboral. As evidências empíricas demonstram⁷² que as mulheres são vítimas de assédio em maior número e isto normalmente está associado ao facto de o superior hierárquico ser um homem.

Assim sendo, é de admitir que muitas mulheres perderam o emprego não pela falta da capacidade, mas pela não cedência das *exigências* do superior hierárquico. Esta situação diríamos que tem mais impacto nos países menos desenvolvidos e menos democráticos, onde as vítimas nem sabem da existência dos diplomas e normas que sancionam tais comportamentos ou até sabem, mas com o medo de perder o emprego ou de não ser contratada (na fase de contratação) ou ainda de não ter como provar, acabam por ceder.

⁷¹ Conferir PARREIRA, Isabel Alexandra Botelho Vieira Borges Ribeiro (2003). “O assédio moral no trabalho-Sep. De V Congresso Nacional de Direito do Trabalho”, Coimbra, Almedina, págs.209-210. Apud Daniela Sofia Rodrigues Teixeira “A igualdade de género no âmbito laboral e as repercussões que as licenças de parentalidade podem ter no contrato de trabalho”. Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2º ciclo de Estudos em Ciências Jurídico-Forenses, conducente ao grau de Mestre, p. 36 e ss.

⁷² Veja-se a propósito, por exemplo, Parreira, Isabel Alexandra Botelho Vieira Borges Ribeiro (2003), op., cit., págs. 209-210; REDINHA, Maria Regina (2003). “Assédio moral ou mobbing no trabalho-V Congresso Nacional de Direito do Trabalho”, Almedina, Coimbra, p.169; Xavier, Bernardo da Gama Lobo (2014). “Manual do direito do trabalho”, Verbo, Lisboa, p.892; Pinheiro, Rita Jorge (2013). “A responsabilidade civil dos agentes perante a vítima de assédio moral”. Em Vinte anos de questões laborais, Coimbra Editora, cit., p.413,418-420. Apud Daniela Sofia Rodrigues Teixeira. Op., cit., p. 36 e ss.

O assédio sexual nas relações laborais tem ganho uma dimensão inimaginável e se nada for feito para fazer face a este tipo de comportamento, sobretudo nos países africanos, os resultados dessa prática *criminosa* serão devastadores, porque, na verdade, todas as pessoas precisam de um emprego para autossustento e/ou para o sustento da família, mas não é menos verdade que nem todos podem trabalhar ou pelo menos ter um emprego digno desse nome, por falta da oferta do emprego ou por outros motivos. Assim se surgir uma oportunidade de emprego, mesmo que o trabalho seja realizado em ambiente assediante, as interessadas (admitindo-se que as maiores vítimas desta prática são as mulheres) irão submeter-se com medo, ou de não serem contratadas, ou para não serem despedidas.

Portanto, se a tendência se mantiver e se nada for feito para travar este fenómeno a situação ficará cada vez pior⁷³. Tem que haver um endurecimento das normas que criminalizam este comportamento, maior rigor na fiscalização dessas normas. Deve haver uma política de incentivo para que as vítimas denunciem esses atos sem medo de represálias.

Também, de referir que, o assédio moral pode ser um dos fatores que origina a injustiça na forma discriminatória⁷⁴.

Não obstante à tudo isto, admite-se a hipótese de uma discriminação em função do sexo ser lícita desde que se tome em consideração o tipo da atividade que se vai desenvolver e desde que tal discriminação não afete a dignidade da pessoa em causa. Por exemplo numa outra vertente, se uma empresa pretender contratar um trabalhador para exercer sua atividade numa obra de construção de edifícios, pode, neste caso, optar por dar um emprego a um trabalhador do sexo masculino, excluindo as mulheres⁷⁵, tendo em conta a natureza e a dureza do trabalho a desempenhar, o que segundo esta teoria, este comportamento não constituiria a discriminação em função do sexo, uma vez que está enraizada na mente das pessoas que o trabalho nas obras de construção deve ser realizado sobretudo por homens, pelo que a sociedade não vai censurar tal atitude. A escolha por parte do empregador do parceiro contratual é livre, ou seja o

⁷³ Tendo em consideração as estatísticas constantes nos vários relatórios que apontam para um aumento significativo desta prática que acontece não só nos países menos desenvolvido como também nos mais civilizados no que a democracia diz respeito.

⁷⁴ Entendida como toda e qualquer conduta que caracteriza o comportamento abusivo, frequente e intencional, através de atitudes, gestos, palavras ou escritos que possam ferir a integridade física ou psíquica de uma pessoa, vindo a pôr em risco o seu emprego ou degradando o seu ambiente de trabalho.

⁷⁵ Exemplos retirados em Guilherme Dray. O princípio da igualdade no Direito do Trabalho. Sua aplicabilidade no domínio específico na formação de contratos individuais de trabalho, Coimbra, Almedina, 1999, p. 234.

empregador tem a faculdade de, em qualquer circunstância, escolher o trabalhador que julgar mais adequado para desempenhar as tarefas que lhe serão atribuídas, esta faculdade pode ser baseada na competência da pessoa em causa, ou fundamentada na convicção da sociedade.

Pode haver os chamados *contratos especiais de trabalho* (aqueles que são regidos por uma lei específica, caso de profissões liberais, ou aqueles que seguem uma determinada regra em função das condições pessoais do trabalhador) e também o regime especial para o favorecimento de certa classe de trabalhadores. Se isso acontecer será igualmente justificada a discriminação uma vez que se deve compreender que existem algumas atividades profissionais que são habitualmente executadas por pessoas de um determinado tipo de sexo.

Nestes casos entende Guilherme Dray⁷⁶ que impedir ou proibir que um trabalhador desempenhar uma certa atividade em função do seu sexo, à partida, não deve ser considerado como sendo um ato discriminatório, não pondo de lado a possibilidade de haver outras explicações que podem confirmar que efetivamente se trata de uma decisão com carácter discriminatório.

O que significa no nosso entender, fazendo uma interpretação do entendimento do citado autor, que se uma pessoa for impedida ou proibida de executar uma atividade profissional pelo simples facto de nascido homem ou mulher, pode este impedimento ou esta proibição ter um fundamento que legitima tal decisão, e se assim for, não se tratará de uma conduta discriminatória por parte do empregador, o que obviamente não se enquadraria na violação do princípio da igualdade e não discriminação, neste caso, com base no sexo.

1.2. A igualdade retributiva

Uma outra temática que se prende com a discriminação em função do sexo é a igualdade retributiva. Em todo o mundo, segundo o relatório da OIT de 18 de setembro de 2022 publicado no dia em que se assinalava o dia internacional de igualdade salarial, as mulheres recebem cerca de 20% a menos que os homens. Esta diferença salarial entre um homem e uma mulher quando desempenham a mesma função, segundo as agências da ONU (ONU Mulheres⁷⁷, neste caso) encontra explicação em fatores básicos como

⁷⁶ DRAY, Guilherme. Código do trabalho anotado, 11ª edição, 2017, p. 79.

⁷⁷ Trata-se de uma entidade das Nações Unidas destinada a promoção da igualdade de género e o empoderamento das mulheres. Consultar em: <https://www.ilo.org>.

educação, jornada laboral, capacidades e experiência. Mas na verdade grande parte deve-se à discriminação baseada no género.

Assim, para se cumprir com o princípio da igualdade retributiva deve um trabalho igual em quantidade, natureza e qualidade merecer salário igual, proibindo logicamente as discriminações entre trabalhadores, com o objetivo de garantir uma existência e convivência condigna de todos os trabalhadores⁷⁸.

Para efetivar e concretizar este desejo, a Lei n.º 60/2018, de 21 de agosto, denominada de Lei da *igualdade remuneratória*, aprovou métodos com vista à promoção de igualdade em termos da remuneração entre trabalhadores de sexos diferentes quando desempenham um trabalho considerado igual ou de igual valor. E, em conformidade com o Código do Trabalho, foi aprovado estas medidas observando, por conseguinte, o constante na al. a) do n.º 1 do artigo 59.º da Constituição da República Portuguesa.

A referida lei fez igualmente uma inovação no seu art.º 4.º, obrigando a entidade empregadora adotar forma de remuneração clara, firmada nas necessidades e critérios comuns a trabalhadores do sexo masculino e os de sexo feminino (conforme reza o artigo 31.º do Código do Trabalho). Neste sentido, Lobo Xavier⁷⁹ assegura que o princípio da igualdade retributiva pressupõe que os trabalhadores que exercem o mesmo trabalho, ou o trabalho que possa ser considerado igual em termos de quantidade e qualidade, sejam remunerados da mesma forma, não podendo nenhum deles ser vítima de uma discriminação. E se, entretanto, o empregador pretender efetuar uma distinção remuneratória, que esta seja legal, que se baseie na categoria profissional do trabalhador, na atividade desempenhada, que observe outras formas dignas de atenção e, principalmente, que o objetivo apresente boa razão de ser.

Entende ainda o referido autor que, o princípio de igualdade remuneratória tem de ser ligado ou tem que unir-se à autonomia contratual e liberdade que uma empresa tem, e com efeito, não se pode avaliar como ações que violam as Constituições e demais leis que proíbem diferenciações salariais para um trabalho igual, certas maneiras de retribuição que não obedecem aos critérios que integram o princípio da igualdade remuneratória.

⁷⁸ CANOTILHO, Gomes/MOREIRA, Vital. CRP anotado, 2ª edição, vol. I, 1984, p. 323.

⁷⁹ XAVIER, Bernardo da Gama Lobo. Manual de Direito do Trabalho, 4ª edição, Janeiro de 2011, p. 598. Conferir também Palma Ramalho. Direito do Trabalho, parte II, situações laborais individuais” 7ª edição, 2019, Almedina, p. 549.

Significa isso que, um trabalhador pode beneficiar de uma remuneração diferente dos restantes trabalhadores mesmo tratando-se de um trabalho igual ou de igual valor, por exemplo, retribuição em função da assiduidade.

Apesar deste e outros vários diplomas nacionais, comunitários e internacionais consagrarem o princípio da igualdade remuneratória para trabalho igual ou de igual valor, a verdade é que tem havido a persistência da diferença salarial entre os trabalhadores de sexos diferentes em todo o mundo. São muitas as razões que facilitam e contribuem para a manutenção desta situação, entre as quais destacamos a discriminação com base no sexo e a discriminação em razão da raça, de cor de pele e em razão do território da origem.

Ou seja, o princípio da igualdade em termos da remuneração é ferida se na presença de um trabalho considerado igual ou de igual valor, os trabalhadores beneficiarem da retribuição diferente sem que para tal haja uma justificativa objetiva⁸⁰.

Perante esta situação, Pedro Romano Martinez⁸¹ entende que nada impede que um trabalhador beneficie de um ordenado diferente dos outros em igualdade de posição em função da sua classe ou categoria.

Do mesmo jeito, Maria do Rosário Palma Ramalho afirma que o princípio da igualdade remuneratória não proíbe que seja operadas as diferenças salariais entre trabalhadores, o que não é permitido é efetuar a remuneração com o objetivo ou a finalidade de discriminar/prejudicar um ou outro trabalhador por causa de uma característica pessoal.

Assim ao nosso ver, não será atitude violadora do princípio da igualdade⁸² retributiva se uma empresa ou um empregador decidir remunerar de forma diferente os

⁸⁰ RAMALHO, Maria Palma do Rosário. A igualdade de tratamento entre trabalhadores e trabalhadoras em matéria remuneratória: A aplicação da Diretiva 75/117/CE em Portugal, p.18.

⁸¹ MARTINEZ, Pedro Romano. Direito do Trabalho, 9ª edição, outubro 2019, p. 388.

⁸² 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 subjetivas. Se as diferenças de remuneração assentaram em critérios objetivos, 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

seus trabalhadores que encontram na mesma categoria, com o fundamento na antiguidade, na produtividade e até mesmo no que respeita a formação e habilidade de cada um. De salientar que por regra, os trabalhadores que se encontram na mesma classe têm de receber a retribuição base semelhante, mas uns podem usufruir de alguns benefícios salariais tendo em consideração antiguidade e/ou produtividade, o que se acontecer, não se tratará da discriminação, ou seja seria exceção ao princípio da igualdade retributiva.

Com efeito, Monteiro Fernandes⁸³ afirma que a igualdade em termos remuneratórios tem de ter uma correspondência, tem de estar ligado com o rendimento, a produtividade e a capacidade dos trabalhadores. Para fundamentar a sua posição, entende que mesmo que se tratasse de trabalhos iguais, o trabalho a desenvolver ou prestado por em cada um deles pode não ser igual: poderá haver um trabalhador mais assíduo; um trabalhador que produz e *rende* mais; um que executa com mestria e perfeição seu trabalho; um que exerce a função com maior rigor. Portanto considerando estes casos pode, perfeitamente, haver diferenças salariais entre os trabalhadores mesmo que se encontrem na mesma categoria.

No fundo, a igualdade retributiva significa que quando os trabalhadores de sexos diferentes realizarem um trabalho que se pode considerar de igual ou de igual valor, não deve haver qualquer tipo de diferença no que a remuneração diz respeito, salvo às situações elencadas pelo referido autor.

Em termos jurisprudenciais, constatámos que o TJUE julgou alguns casos referentes à discriminação remuneratória em função do sexo no trabalho.

Destacamos, neste sentido o processo de Defrenne⁸⁴ contra Sabena, onde a requerente afirmou que recebia uma remuneração inferior à dos seus colegas do sexo

entidade patronal que pratique discriminação salarial fundada em absentismo justificado por doença do trabalhador.”

⁸³ FERNANDES, António Monteiro. Direito do trabalho, 18ª edição, Coimbra, Almedina, 2018, p. 309

⁸⁴ TJUE processo 43/75, Gabrielle Defrenne contra Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena. Este processo tem por objeto um pedido dirigido ao Tribunal de Justiça nos termos do artigo 177.º do Tratado CEE pelo tribunal do trabalho de Bruxelas. No qual, foi suscitado, nos termos do citado, duas questões relativas ao efeito e aplicação do artigo 119.º do Tratado, que diz respeito ao princípio de igualdade de remuneração entre trabalhadores do sexo masculino e trabalhadores do sexo feminino, por trabalho igual. Estas questões foram suscitadas no âmbito de um litígio e tem por objeto uma indemnização reclamada pela requerente no processo principal pelo facto de ter sido vítima, como trabalhadora do sexo feminino, de uma discriminação em matéria de remuneração relativamente aos seus colegas do sexo masculino que desenvolvem igual trabalho na qualidade de “comissários de bordo”. Pelos fundamentos expostos, o Tribunal de Justiça, pronunciando-se sobre as questões que lhe foram submetidas, declara: O princípio de igualdade de remunerações entre trabalhadores do sexo masculino e feminino estabelecido no artigo 119.º é suscetível de ser invocado perante os órgãos jurisdicionais nacionais. Estes devem assegurar a proteção dos direitos que aquela disposição confere aos particulares,

masculino com os quais exercem atividades iguais. O TJUE depois de analisar o processo e o pedido da vítima entendeu que a situação da vítima se relacionava diretamente com a discriminação em razão do sexo, fundamentando esta posição com o destaque para dimensão socioeconómica da União, referindo que a luta contra a discriminação contribui para o seu avanço na via da realização dos objetivos nesse domínio.

Já no processo de Margaret Kenny contra Minister for Justice, Equality and Law Reform, Minister for Finance e Commissioner of An Garda Síochána⁸⁵, as funcionárias públicas intentaram uma ação judicial alegando que os seus salários eram inferiores comparativamente aos dos seus colegas do sexo masculino que desempenhavam o mesmo trabalho. O TJUE clarificou que, para constatar se de facto dois grupos diferentes de trabalhadores realizam trabalho considerado igual, não é suficiente estabelecer que as funções executadas por esses grupos são similares. É preciso considerar algumas situações (a natureza, a formação e as condições de trabalho).

O que se pretende com o cumprimento integral do princípio da igualdade e da não discriminação no domínio laboral é a igualdade efetiva entre os trabalhadores de sexos diferentes. Mas a verdade é que tem havido desigualdades consideráveis neste domínio. Vejamos algumas situações destas desigualdades:

A diferenciação profissional por género é um dos fatores de desigualdades que se verificam no trabalho e no emprego. Trata-se da superioridade de trabalhadores de

designadamente no caso de discriminações que encontram diretamente a sua origem em disposições legislativas ou convenções coletivas de trabalho, bem como em caso de remuneração desigual de trabalhadores do sexo masculino e feminino por trabalho igual, quando este é desenvolvido no mesmo estabelecimento ou serviço, público ou privado (...); Exceto no que respeita aos trabalhadores que anteriormente tenham interposto recurso judicial ou deduzido reclamação equivalente, o efeito direto do artigo 119.º não poderá ser invocado em apoio de reivindicações relativas a períodos de remuneração anteriores à data do presente acórdão.

⁸⁵ TJUE, C-427/11, Margaret Kenny contra Minister for Justice, Equality and Law Reform, Minister for Finance e Commissioner of An Garda Síochána, 28 de fevereiro de 2013. O processo tem como objeto análise da aplicação do art.º 141.º CE — Diretiva 75/117/CEE — Igualdade de remuneração entre trabalhadores masculinos e femininos. O artigo em causa refere à aplicação do princípio da igualdade de remuneração entre os trabalhadores masculinos e femininos, no sentido de que, os trabalhadores que desempenham o mesmo trabalho ou um trabalho de igual valor se, tendo em conta um conjunto de fatores, como a natureza do trabalho, as condições de formação e as condições de trabalho, se puder considerar que se encontram numa situação comparável, o que cabe ao órgão jurisdicional nacional apreciar; no âmbito de uma discriminação salarial indireta, cabe ao empregador apresentar uma justificação objetiva relativamente à diferença de remuneração verificada entre os trabalhadores que se consideram discriminados e as pessoas de referência; o interesse das boas relações laborais pode ser tido em consideração pelo órgão jurisdicional nacional entre outros elementos que lhe permitam apreciar se as diferenças entre as remunerações de dois grupos de trabalhadores se devem a fatores objetivos e alheios a qualquer discriminação em razão do sexo e conformes com o princípio da proporcionalidade. Acesso em: <https://www.eur-lex.europa.eu/legal-content/es/TXT/?uri=CELEX62011CJ0427>.

um dos sexos numa dada profissão ou da maior percentagem dos trabalhadores de um dos sexos em relação àquela denunciada.

É possível constatar na realidade que há um número muito elevado de mulheres a trabalharem e/ou ocuparem lugares menos importantes que os homens e um ramo da atividade onde o ordenado é mais baixo. Esta realidade provém da discriminação e da pouca valorização de que a mulher sempre foi vítima.

Uma outra situação da desigualdade no mundo laboral entre homens e mulheres prende-se com a desigualdade salarial.

As estatísticas e os dados referentes a questão remuneratória apontam para a debilidade na produção, fiscalização e implementação legislativa⁸⁶. Sobre o assunto, Palma Ramalho afirma que a diferença em termos de salário entre mulheres e homens está e continua muito alta (a rondar os 16% de diferença a favor dos homens). Esta diferença salarial tem impacto maior nas atividades ou profissões onde se exige mais qualificações e nas classes consideradas mais altas, segundo a autora. As áreas de atividades profissionais onde há superioridade de trabalhadores de sexo feminino são aquelas, diríamos, com pouca valorização em termos económicos do que os setores de atividade com a predominância dos trabalhadores do sexo masculino.

A citada autora entende ainda que o problema da persistência da desigualdade salarial entre homens e mulheres reside na escassa interpretação e aplicação das leis em relação a esta problemática ao contrário do que acontece quanto aos outros fatores de discriminação⁸⁷, razão pela qual as mulheres enfrentam enormes injustiças e desigualdades no mercado do trabalho. Portanto, esta escassez da jurisprudência não é um sinal indicativo de que todas as coisas estejam a correr em conformidade com o desejado, poderá ser o resultado da pouca criação ou a falta do cumprimento das normas existentes para fazer face à tais práticas.

De realçar que, não obstante à situação de diferenciação profissional por género, as estatísticas apontam para um aumento de números de professores do sexo feminino nas universidades portuguesas mas o problema continua em relação ao cargo de topo nas direções destas instituições onde trabalham⁸⁸.

⁸⁶ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. A Igualdade nas Relações de Trabalho, em Estudos APODIT5, fevereiro de 2019, p. 15.

⁸⁷ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. Idem.

⁸⁸ Os dados da Direção Geral do Ensino Superior apontam que as universidades portuguesas passaram em 2021/2022 a ter 8309 professoras, mais 2590 face a 2004/2005, quando totalizavam 5719. O número de mulheres cresceu igualmente no mesmo período institutos politécnicos públicos, ainda que de forma menos expressiva. Os dados revelam que, apesar do aumento do emprego de professoras universitárias, os

2. A igualdade e não discriminação no trabalho e no emprego em função do território da origem

A igualdade e não discriminação em relação aos estrangeiros no domínio laboral também faz parte dos objetivos traçados por várias organizações através dos vários instrumentos jurídicos internacionais, e não só, por se entender que se trata também de uma problemática que está diretamente ligada à dignidade da pessoa humana. Portanto, considerar uma pessoa que não é nacional de um país onde se encontra num determinado momento a viver e/ou a trabalhar como uma espécie de inimigo⁸⁹ que merece um tratamento muito diferente dos nacionais daquele país, tratamento que muitas das vezes é desumano, é levar longe demais a violação dos instrumentos protetores dos direitos humanos. Mas a verdade é que tem havido nas relações laborais violações sistemáticas e recorrentes dos direitos das pessoas que se encontram num dado momento nessa situação.

2.1. Os estrangeiros (conceito)

O conceito de estrangeiro pode ser entendido de várias formas por se tratar de um vocábulo suscetível de apresentar vários significados. Se considerarmos a sua etimologia, chegaríamos a conclusão de que significa *externo ou de exterior*. Assim sendo, estrangeiro, de acordo com este entendimento, seria uma pessoa humana que pertence a outro grupo, diferente daquele onde se encontra, ou uma pessoa pertencente a um meio diferente do atual, ou, ainda, uma pessoa proveniente de outro país ou de uma outra nação⁹⁰.

homens continuam em maioria (10.245 nas universidades públicas e 6.199 nos politécnicos públicos) e apenas um quarto das docentes mulheres ocupava em 2021/2022 a carreira mais elevada, a de professor catedrático. Acesso em: <https://www.tsf.pt>

⁸⁹ Recorremos a antiga máxima política “Hospes, hostis” que indicava que todo o estrangeiro é um inimigo e que ainda em certos países representa o sentir dos seus habitantes e traduzia no sentimento de desconfiança e hostilidade para com os estrangeiros. Sobre o tema, conferir o que consta nos n.ºs 1 e 2 do artigo 4.º da Lei 93/2017, de 23 de Agosto. Importa também analisar, a propósito, o relatório da Comissão para a Igualdade e Contra Discriminação Racial (CICDR) de 2022; consultar Guilherme Dray. Autonomia privada e igualdade na formação e execução de contratos individuais de trabalho “estudos de instituto de trabalho” I, Almedina 2001, p. 83-95; e também as anotações do Código do Trabalho, 2017, 11.ª edição, Almedina, Coimbra, p.186.

⁹⁰ SOUSA, Constança Urbano de. Introdução ao estudo do direito dos estrangeiros, versão provisória e não revista, p. 59, 60, acesso em: <URL www.fd.unl.pt/docentes/docs/ma/CUS_MA_1146.doc. Também no mesmo sentido, Ávila, Flávia de. Brasil e trabalhadores estrangeiros nos séculos XIX e XX, evolução normativo-legislativa nos Contextos Histórico, Político e Socioeconómico, LTR Editora, São Paulo, Brasil, 2011, pp. 23 e ss. Apud Andreia Maria Correia Belchior. Dissertação para obtenção do grau de Mestre, FDUNL, 2015.

Por isso, o estrangeiro às vezes é visto como intruso e hostil e, quando a situação se relaciona com o estrangeiro trabalhador, este se encontra numa posição duplamente frágil.

De um lado, a fragilidade que provém da própria relação do trabalho, e, de outro lado, a fragilidade pelo facto deste trabalhador estrangeiro se encontrar num país que não é da sua origem – pelo que normalmente desconhece as leis, a cultura, os costumes – e estas situações lhe colocam numa posição ainda mais desprotegida por ser um elemento mais *fraco* na relação laboral. Esta realidade agrava-se ainda mais relativamente às pessoas com nível de escolaridade muito baixo, àquelas que nunca frequentaram uma instituição de ensino e/ou portadores de uma deficiência física, e podemos até dizer que a situação fica muito mais agravada nas pessoas com cor de pele escura.

A lei portuguesa trata sobre o tema dos estrangeiros na Lei n.º 23/2007, de 04 de Julho, alterada pelo DL n.º 14/2021, de 12 de Fevereiro, e pela Lei n.º 18/2022⁹¹, de 25 de Agosto, que estabelece o regime jurídico da entrada, permanência, saída e afastamento de estrangeiros no território nacional⁹².

A propósito da noção de estrangeiro, a declaração dos direitos humanos dos indivíduos que não são nacionais dos países onde se encontram, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas através da Resolução n.º 40/144⁹³ de 13 de Dezembro de 1985, dispõe que o termo estrangeiro será destinado a todo e qualquer o indivíduo que não seja nacional de um Estado onde se encontra momentaneamente.

Também a Declaração da Assembleia Geral das Nações Unidas sobre direitos humanos dos estrangeiros, no artigo 1.º, determina que o *estrangeiro* é toda a pessoa que não é originário do Estado no qual se reside.

Considera-se, portanto, neste trabalho, o estrangeiro como uma pessoa humana que não pertence e nem é natural de um dado país onde se encontra a viver e/ou a trabalhar num dado momento, ou seja, a pessoa cuja proveniência ou originalidade é de um país terceiro.

⁹¹ Lei que altera o regime jurídico de entrada, saída e afastamento de estrangeiros do território nacional português, definindo as condições e procedimentos para efeitos, alterando a antiga lei, acesso em: <https://data.dre.pt/eli/lei/18/2022/08/25/p/dre/pt/html>

⁹² Sobre a questão do tratamento constitucional da condição dos estrangeiros, conferir MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional, Tomo III, 4ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1998, p. 142 e ss.

⁹³ Um dos seus objetivos, tendo em conta a Carta das Nações Unidas e a Declaração Universal dos Direitos Humanos, é a promoção do respeito e a observância universal dos direitos humanos e das liberdades fundamentais de todos os seres humanos sem fazer nenhuma distinção, acesso em: <http://legal.un.org>

2.2. Trabalhadores estrangeiros/migrantes

Sabe-se que em vários países, sobretudo europeus, a preferência na contratação recai sobre a mão-de-obra nacional ou local, o que limita e condiciona a entrada de estrangeiros⁹⁴.

Nesta ótica, a discriminação com base na nacionalidade (origem) é uma das principais formas do tratamento diferenciado e injustificado que os trabalhadores migrantes sofrem.

Este comportamento não só prejudica a interação entre as pessoas numa determinada circunscrição, como também interfere na estabilização económica dessas pessoas.

A discriminação gerada com a exclusão dos trabalhadores migrantes no que a igualdade de tratamento diz respeito permite muitas das vezes que estes sejam explorados com ordenados muito abaixo do normal e que estejam num ambiente de trabalho que não obedece às normas exigidas para o seu bom funcionamento, sendo certo que estas situações fazem com que os trabalhadores em causa fiquem fora do âmbito de proteção de um conjunto de legislações que os protegem das discriminações.

Os comportamentos discriminatórios concernentes à nacionalidade também se traduzem no local de trabalho⁹⁵ como, por exemplo, através dos métodos instituídos pelas entidades empregadoras para os trabalhadores estrangeiros que tornam a utilização de línguas estrangeiras nos locais do trabalho numa razão para a tomada de decisões disciplinares ou até de despedimento.

É particularmente muito difícil saber se a discriminação que os trabalhadores migrantes enfrentam e sofrem quotidianamente é baseada apenas e só na nacionalidade, ou se baseiam também noutras características como a raça, origem étnica, ou se se trata de ajuste dos factos anunciados (o que, a acontecer, seria uma discriminação múltipla). Por esse motivo, é muito importante e muito relevante não permitir expressamente a discriminação por nacionalidade em qualquer circunstância, de modo que nenhuma pessoa sofra a discriminação por causa dela, ou não permitir que esta (a discriminação)

⁹⁴ DUARTE, Maria Luísa, “Direito Comunitário do Trabalho”, in *Estudos de Direito do Trabalho*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2001, p. 168

⁹⁵ Manual para Parlamentares Nº 24 da Organização Internacional para as Migrações, p. 85, 2018. Migração, Direitos Humanos e Governação. União Interparlamentar 2018. Consultar em <https://www.ilo.org>

seja um fundamento ou um elemento ideal para a prática de comportamentos laborais arbitrários ou abusivos.

E em Portugal, aplicável às relações laborais, está consagrado constitucionalmente o princípio de igualdade de tratamento entre cidadãos nacionais e estrangeiros nos termos do art.º 15.º, n.º 1, segundo o qual “os estrangeiros e os apátridas que se encontrem ou residam em Portugal gozam de direitos e estão sujeitos aos deveres do cidadão português”. Por sua vez, o artigo 4.º do Código do Trabalho refere que o trabalhador estrangeiro goza dos direitos e está sujeito aos mesmos deveres do trabalhador com nacionalidade portuguesa. Nestes termos, partilhamos a opinião de Gomes Canotilho e Vital Moreira⁹⁶ quando afirmam que não se vê razão, explicação ou argumento legal ou social para que o direito do trabalho e as garantias da não discriminação na relação laboral sejam destinados apenas e só aos cidadãos portugueses, deixando de fora os estrangeiros e apátridas que residem e vivem em Portugal.

Portanto, observando o constante no artigo 59.º da Constituição da República Portuguesa e o artigo 4.º do Código do Trabalho, nos seus respetivos termos, é possível chegar à conclusão de que são concedidos aos estrangeiros (trabalhadores) iguais direitos e os mesmos deveres que cidadãos nacionais (portugueses). Entende-se, no entanto que é proibido qualquer tipo e forma de discriminação, quer direta, quer indireta, sobretudo aquelas motivadas pela cor, raça, sexo, etc., e que não se enquadrem nas chamadas discriminações positivas.

Para além das normas citadas em relação ao direito interno português, no que diz respeito à igualdade de tratamento ao trabalhador estrangeiro, importa destacar o que vem consagrado no artigo 14.º, n.º 1 do Código Civil, que estabelece o princípio geral de equiparação referente à condição jurídica dos estrangeiros. O dispositivo refere expressamente que os “estrangeiros são equiparados aos nacionais quanto ao gozo de direitos civis, salvo disposição da lei em contrário”. É o que Gomes Canotilho e Vital Moreira consideram como o tratamento nacional⁹⁷, ou seja, um tratamento que favorece

⁹⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital. CRP anotada, 4ª edição, vol. I, p. 320. Sobre a situação dos trabalhadores estrangeiros em Portugal conferir também RAMOS, António Ferreira. “Direito dos trabalhadores não-comunitários e o Princípio da Equiparação”, disponível na internet: <URL : www.verbojuridico.net/com/org. Março de 2005, p. 13 e 14; VICENTE, Dário Moura, “O Direito Internacional Privado no Código do Trabalho” in *Estudos do Instituto do Direito do Trabalho*, Vol. IV, Almedina, Coimbra, 2003, pág. 30; NETO, Abílio, *Novo Código do Trabalho e Legislação Complementar Anotados*, 3ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, p. 82. Apud Andreia Maria Correia Belchior, “O estatuto do trabalhador migrante em Portugal”. Dissertação apresentada a FDUN de Lisboa com vista à obtenção do grau de Mestre em Ciências Jurídicas Forenses, 2015, p. 35.

⁹⁷ O tratamento igual para todas as pessoas sem que importe as suas origens ou proveniências. J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira. CRP anotada, 3ª ed. Coimbra Editora, 1993, p. 134.

qualquer cidadão residente quer seja nacional, quer seja estrangeiro, nomeadamente em relação a um conjunto de direitos fundamentais.

Assim, os trabalhadores estrangeiros⁹⁸ são equiparados aos nacionais em tudo quanto a lei admite, e gozam, por conseguinte de proteção através do princípio da igualdade e não discriminação, como consta nos diversos diplomas e normas que já abordamos ao longo deste nosso trabalho. A propósito, analisámos em pormenor as fontes jurídicas que tratam sobre o princípio da igualdade e não discriminação, e que também são úteis para o enquadramento normativo em relação ao trabalho dos estrangeiros. Essas fontes confirmam e permitem, se cumpridas, a concretização dos desígnios da igualdade e não discriminação no âmbito laboral face a problemática do chamado *cidadão estrangeiro*.

Neste contexto, vamos ver que são várias as fontes legais que regulam o tratamento da matéria relativa ao trabalho de estrangeiros e a igualdade de tratamento dos mesmos. Neste sentido, de realçar que muitos autores já se pronunciaram sobre este assunto⁹⁹.

Relativamente às fontes internas, a primeira delas a referir é a Constituição da República. Esta tem uma presença forte na área do trabalho, na qual são considerados direitos fundamentais dos trabalhadores, nomeadamente nos artigos 13.º (princípio geral da igualdade), 15.º (igualdade/equiparação entre cidadãos portugueses e estrangeiros e apátridas) enquanto participantes da relação jurídica laboral, e, sobretudo o artigo 59.º (direitos dos trabalhadores em geral). As leis da Assembleia da República e os Decretos-Lei do Governo também constituem fontes em relação ao trabalho dos estrangeiros.

Gostaríamos sobre este assunto, destacar a Lei n.º 93/2017, de 23 de agosto, que estabelece o regime jurídico da prevenção, da proibição e do combate à discriminação,

⁹⁸ Conferir a propósito: PEIXOTO, João, “Os imigrantes e o mercado de trabalho”, in Temas Atuais da Sociologia do trabalho e da Empresa, II Série, n.º 24 Coleção Económicas, Edições Almedina, S.A, Coimbra, 2014; Monteiro Fernandes “observações sobre o princípio da igualdade de tratamento no Direito do Trabalho; Luís Meneses de Leitão “Direito do Trabalho” 3ª edição, I, Estudos de homenagem ao Prof. Doutor António de Arruda Ferrer Correia, p. 1014 e ss, apud Daniela Teixeira, op., cit., p. 44.

⁹⁹ SANTOS, António Marques dos. “Alguns Princípios de Direito Internacional Privado e de Direito Internacional Público”, in Estudos do Instituto de Direito de Trabalho, Vol. III, Coimbra, Almedina 2002, pp. 13 e ss; Ramalho, Maria do Rosário Palma. Tratado de Direito de Trabalho, Parte I – Situações Laborais Individuais, 3ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 159 e ss; Duarte, Maria Luísa. “Direito Comunitário do Trabalho”, in Estudos do Instituto de Direito do Trabalho, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2001; Martinez, Pedro Romano. Direito do Trabalho, 7ª edição, Coimbra, Almedina, 2015, pp. 161 e ss; Xavier, Bernardo da Gama Lobo. Curso de Direito de Trabalho, Verbo, Lisboa/São Paulo, 1992, pp. 233 e ss, entre outros, p. 51. Conferir também António Álvarez Del Cuvillo, “la igualdad y no discriminación de los trabajadores mirantes. Una perspectiva jurídico-constitucional”, a igualdade nas relações de trabalho, estudos de APODIT. Apud Guilherme Dray. “Direito do Trabalho e Cidadania”, p. 130.

em razão da origem racial e étnica, cor, nacionalidade, ascendência e território de origem. Nos termos do n.º 1, do artigo 4.º deste diploma, é referida a “proibição de qualquer forma de discriminação, definida como tal na presente lei”. E as definições de diferentes tipos de discriminações se encontram elencadas no artigo 3.º, n.º 1, da referida norma.

3. Discriminações nas relações laborais e as suas modalidades

A discriminação no trabalho ou na relação laboral pode ser compreendida como uma atitude deliberada de não oferecer oportunidades iguais a trabalhadores. E, este tratamento desigual é devido direta ou indiretamente, nomeadamente, à raça, cor, sexo e pode verificar-se antes da formação do contrato de trabalho e também durante a sua execução.

Portanto, entende-se que o ambiente do trabalho e relação laboral é muito favorável para efetivação das atitudes discriminatórias, se considerarmos que esta relação se estabelece entre partes que não se encontram na igual posição e o facto de o poder se concentrar (quase) exclusivamente no empregador.

A existência da subordinação jurídica que é o principal *elemento caracterizador*¹⁰⁰ da relação laboral, faz com que o trabalhador muitas vezes sofra discriminações infundadas, acabando por se submeter na totalidade às ordens do empregador, sem nenhuma contraposição, justamente por se encontrar numa posição de fragilidade no contrato.

À partida, o trabalhador fica condicionado ao ter que se submeter quase totalmente ao empregador, ficando a mercê deste que, por sua vez e na maioria das vezes, utiliza seus poderes de empregador para impor a sua vontade¹⁰¹ sobre aquele, que

¹⁰⁰ ZANDONAI, Camila Dozza. Discriminação Indireta e o Estudo da Teoria do Impacto Desproporcional nas Relações de Trabalho. Tese de Mestrado no Curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Dezembro 2019, p. 15.

¹⁰¹ Importa neste caso, referir que ao empregador estão definidos importantes poderes que têm a ver com a própria gestão do contrato de trabalho: poder de direção, poder disciplinar e poder regulamentar. O poder diretivo que corresponde essencialmente à posição subordinada do trabalho, o qual promete uma atividade. O poder disciplinar que atua como garantia do cumprimento das prestações do trabalho e para recondução rápida do trabalhador à execução dos deveres. Justifica-se sobretudo pela necessidade de manter a disciplina do grupo da comunidade empresarial.

O poder regulamentar constitui a manifestação – por forma normativizada geral e abstrata e com especial publicidade de modo a possibilitar o seu pleno conhecimento, a todo o tempo, pelos trabalhadores – do poder diretivo e disciplinar da entidade empregadora, que elabora regulamentos internos donde constam as normas gerais de organização e disciplina do trabalho. Se a atuação do empregador basear-se no cumprimento de um dos poderes que lhe é confiado, não estaríamos perante uma ilegalidade, lembrando que o direito reconhece como legítimo o exercício dos poderes patronais.

acaba por ceder mesmo quando se apercebe de que algumas situações infringem seus direitos enquanto pessoa humana, tal como ser discriminado reiteradamente ou ser usado como um simples objeto de que o empregador precisa num determinado momento.

A discriminação significa diferenciar por razões arbitrárias, ilegais, premeditadas e intencionais com a finalidade de prejudicar uma pessoa ou grupo de pessoas no seu desenvolvimento socioeconómico¹⁰². Geralmente este termo tem uma conotação negativa, não obstante as situações de discriminações positivas ou de ação positiva, tendo em conta que está sempre associado a uma forma de prejudicar determinadas pessoas ou grupo de pessoas em detrimento de umas ou outras. Por outras palavras, quando se refere a discriminação, é normal pensarmos de imediato na sua vertente negativa (discriminação por causas arbitrárias), e às vezes não levamos em consideração o facto de pudermos existir discriminações lícitas, as discriminações positivas.

Ora, as discriminações sempre estiveram presentes quase em todas as relações humanas, os casos, segundo o que se apurou em termos históricos, são abundantes. Por isso, não se pode assegurar que este fenómeno é de agora, dos dias de hoje, trata-se de um problema que envolve muitos séculos, inclusive este em que nos encontramos agora. Para apurar a veracidade desta realidade, tomemos em consideração as situações de tráfico de seres humanos, a escravidão ou outras situações que levam a pessoa humana não só a perder seus direitos de não ser discriminada como também levam à perda da dignidade humana, portanto, o problema da discriminação é de muito tempo.

Tendo em conta a sua gravidade, este tema deveria ser abordado em todas as instituições e em todos os organismos porque, ao nosso ver, trata-se de um problema muito enraizado nas diferentes sociedades e mesmo naquelas mais civilizadas, uma vez que por natureza o homem, sempre que possível, tenta sobrepor-se ao próximo. Isto é

Sobre os poderes patronais consultar: Lobo XAVIER, Bernardo da Gama. Manual de Direito do Trabalho, 4ª edição revista e atualizada, Março, 2020, p. 439 a 462; FERNANDES, António Monteiro. Direito do Trabalho, 18ª ed., Coimbra, 2017, p. 358 e 359; RAMALHO, Maria do Rosário Palma. Tratado do Direito do Trabalho, Parte II – *Situações Laborais Individuais*, 5ª ed., Almedina, Coimbra, 2014; MARTINEZ, Pedro Romano. Direito do Trabalho, 6ª ed., Almedina, Coimbra, 2013, p. 593. Em termos jurisprudenciais, ver, Acórdão do STJ de 26/05/2015, processo n.º 2056/12.4TTLSB.L1S1.

¹⁰² Romano Martinez refere que 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 justifiquem”. In Pedro Romano Martinez e outros, Código do Trabalho, 7.ª edição, 2009, p. 170.

muito notório sobretudo nas relações laborais onde, como já afirmamos, o poder se concentra no empregador deixando de lado o trabalhador sem qualquer poder de decisão ou de emitir qualquer opinião referente a função que desempenha, pois teme que o seu contrato seja extinto prematuramente. Ou seja, nas relações do trabalho, o trabalhador, mesmo sabendo que estão a ser violados os seus direitos, e com o intuito de não perder o emprego, não contraria o empregador nas suas decisões e muitas das vezes nem as denuncia.

A relação laboral, que é uma relação de poder entre pessoas num contexto de desigualdade material, nomeadamente desigualdades de armas no âmbito contratual, acaba por ser um campo propício para concretização deste fenómeno.

Pergunta-se, o que é, afinal, a discriminação no trabalho, senão a desigualdade sem fundamento na lei, inaceitável e sem justificações legais? São estes factos que indiciam a discriminação no âmbito laboral. A discriminação é sempre inerente à desigualdade, e pressupõe um juízo de censura e de desvalor relativamente a certas práticas que se traduzem no tratamento desvantajoso conferido a certas pessoas, neste caso, trabalhadores ou candidatos a emprego. Mas, em muitos casos, o que está verdadeiramente em causa não é a discriminação ou a diferenciação efetuada em si mesma, mas o facto de motivação para efetuar esta diferenciação não ser razoável e não haver motivos fortes que a justifiquem¹⁰³.

A prerrogativa de não ser alvo de discriminação na vida em geral e em particular no trabalho é um dos direitos humanos fundamentais que merece ser honrado na íntegra por todos e em relação a todas pessoas, sejam elas homens ou mulheres, nacionais ou estrangeiros.

3.1. Discriminação direta

A discriminação direta constitui a modalidade mais clara e, eventualmente a mais humilhante de discriminação, por via dela uma pessoa em termos objetivos sofre um tratamento diferenciado com fundamento em fatores muitas das vezes irrelevantes.

A OIT é de opinião que existe a discriminação direta quando o tratamento desigual entre mulheres e homens provir diretamente da lei, regra ou prática, onde é feita expressamente uma diferenciação entre mulheres e homens (por exemplo, leis que

¹⁰³ MARTINEZ, Pedro Romano e outros, *Código do Trabalho*, 7.^a edição, 2009, p. 170

proíbem as mulheres assinar determinados contratos, enquanto os homens são permitidos)¹⁰⁴.

Quanto ao direito da União Europeia, a Diretiva n.º2000/43/CE, de 29 de Junho, no seu art.º 2.º, n.º2 al. a) declara que existe discriminação direta sempre que por razão da origem racial ou étnica uma pessoa é objeto de um tratamento menos favorável que aquele que é, tenha sido ou possa vir a ser dado à outra pessoa em situação comparável. E a Diretiva n.º2000/78/CE, de 27 de Novembro, que aborda a igualdade de tratamento no emprego e na atividade profissional, declara que existe discriminação direta sempre que, por algum motivo discriminatório, em relação ao emprego e à atividade profissional, uma pessoa seja objeto de um tratamento menos favorável em situação comparável¹⁰⁵. Também, e a propósito desta discriminação, o artigo 2.º, n.º 1, al. a), da Diretiva 2006/54, do Parlamento e do Conselho Europeu, de 5 de Julho, refere que será sempre ação discriminatória direta quando em razão do sexo, uma pessoa for tratada de forma menos favorável (diferente) em relação aos outros, estando todas na igual posição.

A discriminação direta também se encontra legislada no art.º 23º, nº1 alínea a) do Código do Trabalho português, segundo o qual ocorre discriminação direta, sempre que, em razão de um fator de discriminação, uma pessoa seja sujeita a tratamento menos favorável do que aquele que é, tenha sido ou venha a ser dado a outra pessoa em situação comparável.

Considera-se pois e para todos os efeitos que existe discriminação direta sempre que uma pessoa ou grupo de pessoas tenha sido alvo de um tratamento desfavorável e desproporcional em razão do sexo, de cor, da nacionalidade, ou do território da origem,

ou seja, quando a pessoa ou grupo de pessoas sofrem diretamente um tratamento diferente em relação aos outros que se encontram na igual ou mesma posição¹⁰⁶.

Este tipo de discriminação visa no essencial obstruir ou proibir certas pessoas de desfrutarem de alguns direitos e apresenta-se muitas vezes como uma situação fácil de intender ou identificar.

¹⁰⁴ Organização Internacional do Trabalho. “ABC dos direitos das mulheres trabalhadoras e da igualdade de género”, 2ª edição, 2007, p. 59 e 60.

¹⁰⁵ União Europeia, Diretiva 2000/78/CE. Acedida em 28 de dezembro de 2021, em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32000L0078&from=PT>

¹⁰⁶ Chegamos esta conclusão ao fazermos interpretação conjunta do que constam nas duas Diretivas da Comunidade Europeia, designadamente, a Diretiva n.º 2000/43/CE, no seu art.º 2.º, n.º 2, al. a) e a Diretiva 2000/78/CE como também a Diretiva 2006/54 do Parlamento e do Conselho Europeu, no seu art.º 2.º, n.º 1, al a).

Como exemplo deste tipo de discriminação, tomamos em consideração um caso, no qual, uma empregada foi obrigada a transferir do seu local de trabalho contra sua vontade. A entidade empregadora fundamenta sua decisão com o facto de esta iniciar uma relação amorosa com um dos seus colegas, mas na verdade, em muitos casos, nas mesmas situações, nunca um homem foi transferido por essa razão¹⁰⁷.

Achamos relevante este exemplo no que a discriminação direta diz respeito, porque, se nas mesmas circunstâncias, nunca havia transferido homens, qual a razão de transferir agora uma empregadora com a alegação de esta iniciar uma relação amorosa com um colega. Em nossa opinião, trata-se de uma discriminação direta, isto tendo em conta o conceito dado pela OIT sobre este tipo de discriminação. Segundo este organismo existe discriminação direta quando há um tratamento desigual entre homens e mulheres, quando este tratamento provém diretamente de uma regra, como aconteceu neste caso em concreto.

Num outro caso com alguma similitude, numa clínica médica foi estabelecido um método, no qual se determina que os homens enfermeiros quando vão tratar de pacientes (sejam homens ou mulheres) devem estar a todo momento acompanhados e auxiliados por uma ou um assistente, o que efetivamente, não se verifica e nem é exigido quando as enfermeiras vão fazer a mesma coisa, estas tratam muitas vezes sozinhas os pacientes, quer estes sejam do sexo masculino, quer sejam do sexo feminino¹⁰⁸.

3.2. Discriminação indireta

A discriminação indireta consiste na instituição ou adoção de condutas por via de normas e/ou regras que à primeira vista parecem não ofender ninguém¹⁰⁹. Neste tipo de discriminação uma regra ou uma prática/atitude não afeta diretamente o destinatário mas pode trazer consigo desigualdades de tratamento em relação a um grupo específico de pessoas, quando é posta na prática.

No ordenamento jurídico português, encontra-se legislada no art.º 23.º, n.º 1, al. b), do Código do Trabalho, e entende-se que “existe sempre que uma disposição,

¹⁰⁷ Exemplo retirado em Bruno Mestre. O conceito de discriminação – Uma perspetiva contextual e comparada. Direito e Justiça. Estudos dedicados ao Prof. Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier, vol. I, 2015, p. 387.

¹⁰⁸ Os exemplos foram retirados do documento elaborado pela CITE/ACT, denominado “Instrumentos de apoio à ação inspetiva no combate à discriminação de género no trabalho”, Outubro de 2012, disponível em [http://www.act.gov.pt/\(pt/crc/PublicaçõesEletronicas/Documents/Instrumentos_apoio_ação_inspetiva_combate_discriminação.pdf\)](http://www.act.gov.pt/(pt/crc/PublicaçõesEletronicas/Documents/Instrumentos_apoio_ação_inspetiva_combate_discriminação.pdf)).

¹⁰⁹ De acordo com Paulo Morgado de Carvalho, para se estar perante a discriminação indireta, não basta o caso solitário ou individual, devendo antes corresponder à maneira habitual de se proceder, op., cit., p.125

critério ou prática aparentemente neutro seja suscetível de colocar uma pessoa, por motivo de um fator de discriminação, numa posição de desvantagem comparativamente com outras, a não ser que essa disposição, critério ou prática seja objetivamente justificado por um fim legítimo e que os meios para o alcançar sejam adequados e necessários”.

Segundo a OIT, este tipo de discriminação aparece quando regras e práticas, aparentemente neutras em relação ao gênero, fazem na prática surgir, as desvantagens direcionadas para as pessoas de um determinado tipo de sexo¹¹⁰.

Para além deste conceito da OIT sobre a discriminação indireta, vamos ver como o tema é abordado em situações concretas¹¹¹.

Para exemplificarmos este tipo de discriminação, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América analisou o comportamento de uma fábrica (no caso *Griggs v. Duke Power Co*¹¹²) que exigiu como condição para se admitir ou recrutar a apresentação de um diploma que confirmasse a conclusão do ensino secundário, e depois a submissão e aprovação num exame. À partida, esta exigência parecia não se tratar de uma conduta discriminatória. Todavia, posteriormente, ficou provado que estes requisitos de admissão, que estavam a ser exigidos, não tinham qualquer ligação com o trabalho que se executava na referida fábrica e tinham como objetivo principal dificultar certas pessoas no acesso ao emprego, e esta situação afetava um número considerável de pessoas de cor negra. Portanto, trata-se, claramente, de uma discriminação indireta.

Da mesma forma, noutro exemplo, uma entidade empregadora rejeitava dar emprego a pessoas oriundas de uma certa localidade (processo de *Hussein v. Saint*

¹¹⁰ Organização Internacional do Trabalho (2007). “ABC dos direitos das mulheres trabalhadoras e da igualdade de género”, 2ª edição, p. 60.

¹¹¹ Na Diretiva 2006/54/CE, o artigo 2º, n.º 1, al. b), dispõe que se verifica uma discriminação indireta sempre que uma disposição, um critério ou uma prática seja suscetível de colocar pessoas de um determinado sexo numa situação de desvantagem comparativamente com pessoas de outro sexo, a não ser que essa disposição, critério ou prática seja objetivamente justificado por um objetivo legítimo e que os meios para o alcançar sejam adequados e necessários. Na Diretiva 2000/78/CE no art.º 2.º, n.º 2 alínea b) afirma-se que ocorre discriminação indireta, sempre que uma disposição, critério ou prática aparentemente neutro seja suscetível de colocar uma pessoa, por motivo de um fator de discriminação, numa posição de desvantagem comparativamente com outras, a não ser que essa disposição, critério ou prática seja objetivamente justificado por um fim legítimo e que os meios para os alcançar sejam adequados e necessários. O Código do Trabalho define a discriminação indireta no art.º 23.º, n.º 1, b), referindo que, ocorre sempre que uma disposição, critério ou prática aparentemente seja suscetível de colocar uma pessoa, por um motivo de um fator de discriminação (...) a não ser que esta disposição (...), seja objetivamente justificado (...) e que os meios para o alcançar sejam adequados e necessários.

¹¹² Schiek, Waddington, and Bell, Cases, Materials and Text on National, Supra-National and International Non-Discrimination Law. Apud Bruno Mestre. O conceito de discriminação – uma perspetiva contextual e comparada, p. 397.

Complete House Furnitures), sem fazer referência à raça ou sexo das pessoas. Mas nessa circunscrição a população maioritária era de cor negra. E, atendendo ao facto de aquela zona concentrar um número considerável de desempregados, a empresa em causa temia que os conhecidos dos trabalhadores passassem frequentemente naquele sítio, o que poderia prejudicar a imagem da empresa¹¹³.

Considera-se também, ainda para ilustrar a discriminação indireta, por exemplo, quando num recrutamento para um emprego se estipula como requisito obrigatório a necessidade de ter certa altura e certo peso, requisitos esses que, depois se descobre não serem necessários nem essenciais para o trabalhador exercer a função a que se está a recrutar. Era apenas uma forma de impedir certas pessoas de obter um emprego. Portanto este comportamento ou decisão se enquadra na chamada discriminação indireta.

Em termos estatísticos, sabe-se que, atualmente, as discriminações indiretas são as mais verificadas no acesso ao emprego e constituem um obstáculo na obtenção e progressão da carreira, sobretudo das mulheres em relação aos homens. Daí ser essencial detetar este tipo de discriminação para que possam ser tomadas as medidas necessárias para o seu combate, e se possível, sua extinção.

O Estado, considerando essas circunstâncias e de forma preventiva, deve exercer suas atribuições de forma mais ativa para fazer desaparecer este tipo de discriminação, através da adoção de uma política que passa pela elaboração de legislação eficaz.

Contudo, o processo de supressão desta forma de discriminação tem a tendência de ser vagaroso, uma vez que está ligado a valores sociais e até culturais que se encontram muito enraizados nas sociedades. E mudar a mentalidade de uma sociedade normalmente é um processo demorado e complicado, uma vez que não basta só a estipulação em legislação para o efeito, sendo necessário que o ordenamento traga garantias de que as normas jurídicas serão observadas.

Não obstante os factos descritos, é importante dizer que na Europa já se tem verificado um grande empenho no sentido de reforçar medidas para combater este tipo de discriminação, sobretudo com base no sexo, e já foram criadas, inclusive, muitas organizações com vista à promoção da igualdade de oportunidades principalmente na área laboral.

¹¹³ Exemplos retirados em Bruno Mestre. Op., cit., p. 398.

Importa referir, a este respeito, o n.º 2, al. b) do art.º 2.º da Diretiva n.º 2000/43/CE, de 29 de Junho, onde se refere que “considera-se que existe a discriminação indireta sempre que uma disposição, critério ou prática aparentemente neutra coloque pessoas de uma dada origem racial ou étnica numa situação de desvantagem comparativamente com outras pessoas, a não ser que esta disposição, critério ou prática seja objetivamente justificada por um objetivo legítimo e que os meios para o alcançar sejam adequados e necessários”, como também o art.º 2.º, n.º 2, al. b) da Diretiva n.º 2000/78/CE, de 27 de Novembro que afirma que “existe discriminação indireta sempre que uma disposição, critério ou prática aparentemente neutra seja suscetível de colocar numa situação de desvantagem pessoas com uma determinada deficiência física, (...), determinada orientação sexual, comparativamente com outras pessoas, salvo se esta disposição, critério ou prática seja objetivamente justificada por um objetivo legítimo e que os meios para o alcançar sejam adequados e necessários”.

Pelo que é possível depreender dos exemplos citados relativos a estas duas modalidades negativas da discriminação, concluímos que quer a discriminação direta quer indireta apresentam sempre, à partida, um carácter negativo, salvo se a finalidade desejada seja, em termos objetivos justificável e legal, e que os meios utilizados para o atingir sejam convenientes e indispensáveis.

E, para fazer face a estes fenómenos que estão presentes em muitas sociedades, entendemos nós que é necessário o aperfeiçoamento e vigilância das normas legais para garantir, definitivamente, que os diferentes tipos de discriminação (sobretudo os negativos) não incomodam e nem afetam a sociedade, e também não põem em causa o bem-estar de uma determinada população, nomeadamente no tocante à qualidade de vida de cada uma das pessoas que compõe essa mesma sociedade.

3.3. Discriminação positiva

A discriminação positiva ocorre quando uma pessoa ou grupo de pessoas, normalmente em inferioridade em termos de números, é discriminada de forma favorável. São atos ou medidas especiais e às vezes temporárias tomadas com o objetivo de eliminar as desigualdades ou pelo menos tentar fazer com que certas pessoas beneficiem de um tratamento especial¹¹⁴.

¹¹⁴ Consultar as anotações de Guilherme Dray ao artigo 27.º Código do Trabalho anotado, 2017, 11ª edição, Almedina, Coimbra, p.184. O referido autor afirma que a origem da discriminação positiva

Com este entendimento, podemos encontrar no ordenamento jurídico português algumas situações que apresentam características discriminatórias na sua vertente positiva. Serão, por exemplo, as situações seguintes, retiradas do Código do Trabalho: a especial proteção do trabalho das mulheres durante a gravidez e após o parto (art.º 59.º, n.º 1, 1ª parte; a dispensa para amamentação ou aleitação (art.º 47.º); a proteção da segurança e saúde de trabalhadora grávida, puérpera ou lactante (art.º 61.º), etc.

Podemos também encontrar, na prática profissões que por algum motivo legalmente justificado sejam vedadas ou condicionadas a determinadas categoria de trabalhadores. Podendo ser pelas respetivas condições de trabalho nomeadamente, esforço físico, grau de perigosidade, ou ainda pelo facto de existirem profissões que parecem ser destinadas apenas a trabalhadores de um dos sexos.

Neste contexto, não seria ilícito, de um lado, proibir um trabalhador do sexo feminino o acesso ao emprego que pode ser prejudicial a sua saúde tendo em conta as suas características genitais (o trabalho de extração das minas), como seria lícito limitar a contratação dos trabalhadores apenas aos pretendentes trabalhadores do sexo feminino, quando a atividade a desempenhar é a da cuidador infantil, hospedeiro, parteira, secretária, promoção de roupas das mulheres, etc.

Também não haverá qualquer ilicitude se, para um posto de trabalho, houver direitos e regalias diferentes em proveito de um trabalhador com mobilidade reduzida, por exemplo, ter menos horas de trabalho; ter um gabinete, se for o caso, bem mais equipado; beneficiar de uns incentivos.

Se uma candidatura for excluída pelo facto de o candidato não dominar uma certa língua quando o trabalho a que se candidata é para o exercício das funções de intérprete; se se contratar uma pessoa de cor branca em detrimento de uma de cor negra ou vice-versa, quando o objetivo é que o trabalhador represente uma figura com um determinado tom de pele¹¹⁵ num teatro, num baile ou numa cinema. Todas essas seriam condutas não discriminatórias tendo em conta a própria definição do conceito da discriminação positiva.

Com isso, pode-se afirmar que que no direito do trabalho há casos em que se pode perfeitamente admitir e permitir que sejam operadas as discriminações entre os

remonta ao direito dos EUA, particularmente concebidas para os afro-americanos. In “A influência dos Estados Unidos da América na afirmação do princípio da igualdade no acesso ao emprego nos países da Lusofonia, 2016, p. 65 e ss.

¹¹⁵ Exemplos retirados em Guilherme Dray. O princípio da igualdade no Direito do Trabalho. Sua aplicabilidade no domínio específico na formação de contratos individuais de trabalho, Coimbra, Almedina, 1999, p. 281 e 282.

trabalhadores em função do sexo ou com base noutros factos relevantes em termos sociais e jurídicos.

Com isso, gostaríamos de salientar que para que seja observado o princípio da igualdade é proibido o tratamento diferenciado perante as situações iguais. Contudo, não é proibido que se efetue distinções positivas com base na lei, cumprindo os pressupostos necessários para o efeito. Ou seja, não só é exigido o tratamento igual nas circunstâncias idênticas como também existe a proibição geral do arbítrio, das diferenciações de tratamento sem fundamento material.

E a discriminação, por sua vez, visa essencialmente, a efetivação das desigualdades destruindo, por conseguinte, a igualdade, o que é contrário ao direito.

Hoje, a igualdade entre mulheres e homens é considerada em todo o mundo uma questão de direitos humanos e uma condição de justiça social, necessária para que as sociedades se tornem mais modernas e mais equitativas. É, por isso, um requisito essencial para o desenvolvimento e a paz, e, nos países democráticos, uma condição fundamental para o exercício efetivo e pleno da cidadania.

CAPÍTULO III

1. O problema da prova da discriminação e as consequências da inobservância prática do princípio da igualdade no direito do trabalho

Para a realidade efetiva de qualquer direito objeto da reclamação, a sua efetividade será sempre relacionada com o seu regime probatório, ou seja, não basta alegar um facto ou de um direito, deve ser produzida a prova em conformidade com a tal alegação¹¹⁶. Significa isto que, quem exige ou reivindica um direito tem, à partida, o conhecimento de que deverá alegar através de um raciocínio convincente, descrever e explicar de maneira ordenada e pormenorizada, se for o caso, como este direito reclamado lhe pertence ou lhe diz respeito e depois prová-lo. A propósito, importa aqui tomar em consideração o constante no n.º 1 do art.º 342º do Código Civil: “àquele que invocar um direito cabe fazer a prova dos factos constitutivos do direito alegado”.

Assim, normalmente, as regras da repartição do ónus da prova são aquelas que se encontram definidas no Código Civil, podendo uma regra especial defini-las de forma diferente, dependendo do caso em concreto. O direito do trabalho, não obstante o reconhecimento que faz em relação à existência de desigualdade material das partes contratantes numa relação, jurídica não põe em causa nem se encontra em afronta ou em conflito com as regras consagradas no Código Civil. Mas não é possível deixar de referir que estas regras do CC são direcionadas para aqueles que estão ou se encontram numa posição de igualdade.

Contudo, é provável que no âmbito das relações do trabalho a demonstração da existência de um ato que contenha um carácter discriminatório possa apresentar alguma dificuldade, visto que se trata de uma realidade encoberta ou de difícil prova, tendo em conta a desigualdade real e efetiva entre as partes.

Por isso, pode tornar-se particularmente difícil sustentar e provar que a diferença do tratamento de que uma pessoa foi vítima teve uma motivação discriminatória porque, muitas vezes, o motivo que se encontra por detrás desse tratamento diferenciado sem fundamentos legais não é facilmente revelado, muitas vezes existindo apenas na mente da pessoa que o praticou.

¹¹⁶ Sobre o assunto, consultar entre outros: FREITAS, José Lebre de. “A Ação Declarativa comum à luz do Código do Processo Civil de 2013”, 4ª ed. Coimbra: Gestlegal, 2017; Paulo Pimenta. “Processo Civil Declarativo”, 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2018.

Para a prova da discriminação, o primeiro obstáculo estará relacionado com o facto de o trabalhador (ou candidato) não conhecer da existência de uma norma que proíbe discriminações infundadas (arbitrárias, desnecessárias) quer no acesso ao emprego, quer na própria relação laboral e, o segundo, talvez o mais predominante e ao mesmo tempo aquele que se apresenta com mais complexidade, será aquele relacionado com a questão da prova do ato discriminatório. Assim sendo, segundo Guilherme Dray, “são vários os motivos que levam à ausência de litígios acerca do princípio da igualdade no direito do trabalho, sobretudo no acesso ao emprego¹¹⁷”.

Contudo, pode haver situações em que a prova não se revela difícil. Quer dizer: nem sempre provar um ato de discriminação direta acarreta muitas dificuldades, pois existem casos em que a diferença de tratamento sem fundamentos legais é evidente, como ocorreu num caso na Holanda¹¹⁸, tomando o exemplo do Paulo Morgado de Carvalho, em que uma candidata a um emprego num café não foi contratada pelo simples facto de querer no futuro ter filhos, num contexto em que lhe fora perguntado se tinha filhos. A não contratação foi-lhe informada por escrito, com fundamento de que deveria dar prioridade a fazer filhos ao invés de estar a procura do emprego.

1.1. Ónus da prova nas situações de discriminação

O ónus da prova é fundamental em todos os casos litigiosos, partindo do princípio de que quem alega um facto tem a obrigatoriedade de o provar, embora, citando Pais do Amaral, “a prova não é uma certeza lógica, mas tão só um alto grau de probabilidade, suficiente para as necessidades práticas da vida”¹¹⁹. Neste caso, de salientar que a prova tem como função a demonstração da realidade dos factos, tal como vem legislada e definida no artigo 341º do Código Civil.

Se a mera alegação bastasse seria permitido que pudessem ser feitas queixas e até poderiam ser tomadas algumas decisões judiciais sem qualquer motivo aparente, simplesmente porque as queixas apresentadas serviriam como forma de retaliação ou represália, uma vez que não seria exigido a prova.

O regime probatório é assim essencial para a eficácia da legislação de combate à discriminação.

¹¹⁷ DRAY Guilherme. O princípio da igualdade no direito do trabalho. Sua aplicabilidade no domínio específico na formação de contratos individuais. Coimbra, Almedina, janeiro 1999, p. 290.

¹¹⁸ Comissão de Igualdade de Tratamento, *Opinion 2004-229*, 24 de novembro de 2004. Apud Paulo Morgado de Carvalho. Ónus da prova em caso de discriminação. Direito e Justiça. Estudos dedicados ao Prof. Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier, vol. III, 2015, p. 121.

¹¹⁹ AMARAL, José Augusto Pais de. Direito Processual Civil, 14ª ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 314.

Para Manuel de Andrade, “o ónus da prova traduz-se no encargo para a parte a quem compete, de provar a realidade do facto visado, incorrendo nas consequências desvantajosas de se ter como aceite o facto contrário, na falta da realização da prova”¹²⁰.

Pires de Lima e Antunes Varela, a propósito, entendem que “o ónus da prova traduz-se no encargo para a parte a quem compete, de provar a realidade do facto visado, incorrendo nas consequências desvantajosas de se ter como aceite o facto contrário, na falta da realização da prova”. Afirmam ainda que o artigo 342º do CC assenta no critério da normalidade.

Para estes autores, aquele que invoca um direito tem de provar os factos que normalmente o integram. Por seu turno, a parte contrária terá de provar os “factos anormais que excluem ou impedem a eficácia dos elementos constitutivos”¹²¹.

Neste caso, é importante referir que o artigo 25.º, n.º 5 do Código de Trabalho¹²² português determina que cabe a quem invocar uma situação de discriminação em termos salariais provar que é vítima de discriminação concreta e os factos integrantes do fator da discriminação referidos no n.º 1 do artigo 24.º do mesmo diploma, incumbindo depois ao empregador provar que a diferença de tratamento assenta em critérios objetivos e não decorre do fator da discriminação invocado, ou seja, que possui uma política remuneratória transparente. Assim, quando uma empresa aplica ou opta por um sistema de remuneração que comporta algum fator de discriminação que se caracteriza pela falta de transparência no que a remuneração diz respeito, esta terá o ónus de provar que esta sua prática não se consubstancia numa ação discriminatória, sempre que (se for o caso) uma trabalhadora demonstre ser vítima de uma discriminação remuneratória em relação aos trabalhadores do sexo masculino quando todos desempenham a mesma tarefa.

¹²⁰ ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Noções Elementares de Processo Civil*, 1993, p. 190 e ss.

¹²¹ PIRES de Lima e ANTUNES Varela. *Código Civil anotado*, vol. I, 4ª ed., revista e atualizada. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 306.

Sobre esta matéria (ónus da prova) conferir também Teresa Coelho Moreira “O Ónus da Prova em caso de discriminação”, in *Igualdade e não discriminação*, Almedina, 2013, p. 113. Esta autora afirma que 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”.

¹²² De acordo com este preceito, 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 fator de discriminação.

Mas também poderá noutros casos, por exemplo, nas situações de discriminação positiva, ter o órgão empregador o ónus de provar¹²³ que a diferenciação feita (se assim acontecer) não só em termos remuneratórios mas relativamente a qualquer tipo de discriminação produzida na esfera da relação laboral cumpre com os critérios legais e que esta atuação não se destina apenas a afetar um trabalhador em concreto (o chamado discriminar por discriminar). O mesmo também se aplica ao abrigo do artigo 4º, nº 2, da Lei 60/2018: “em caso de alegação de discriminação remuneratória nos termos do nº 5 do art.º 25º do Código do Trabalho, cabe a entidade empregadora demonstrar que possui uma política remuneratória nos termos previstos no número anterior, nomeadamente no que respeita à retribuição de quem alega de estar a ser discriminado face à retribuição do trabalhador ou trabalhadores em relação a quem se considere discriminado”.

Em termos probatórios, na discriminação direta, o autor, ou seja, a vítima da presumível discriminação, terá de indicar factos que mostram que foi tratado de modo menos favorável do que outrem, e é exigido, por conseguinte, que nesta situação em concreto seja possível efetuar a comparação.

Para efeitos de comparação, esta deve ser feita entre as pessoas que trabalham na mesma empresa e no mesmo posto de trabalho. Admite-se, ainda, a possibilidade de a comparação poder ser feita em abstrato. Por exemplo, comparar o que seria pago a homens caso estes realizassem trabalhos habitualmente exercidos por mulheres¹²⁴.

Contudo, na maioria dos casos, nesta modalidade de discriminação, provar uma conduta discriminatória não se afigura como fácil, uma vez que não basta expor factos, ou argumentos de que é ou foi vítima de uma discriminação com base na raça, sexo, ou origem, tem de demonstrar que existe uma conexão entre a razão de ser homem ou mulher, nacional ou estrangeiro, de cor escura ou não e o facto de ter sido rejeitada a sua candidatura ou de ter recebido menos em relação aos outros por um trabalho igual ou de igual valor.

Entende Paulo Morgado de Carvalho, face à problemática de produção de provas, que o problema maior está assente na obtenção das estatísticas que comprovam

¹²³ A propósito, importa referir que no âmbito do Código do Trabalho de 2003, a “inversão” do ónus da prova prevista no art.º 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.º 22.º, n.º 2, nos art.ºs 32.º, n.º 1, e 35.º da Lei n.º 35/2004, ou outros equiparáveis, cabendo a vítima alegação, 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 a vítima o ónus da prova da igualdade (em natureza, quantidade e qualidade) do trabalho, prova essa que não fez”.

¹²⁴ CARVALHO, Paulo Morgado de. “Ónus da prova em caso de discriminação”... cit., p. 123.

os factos mencionados (quer as qualificações, como as capacidades), ou outro fator importante que se prende com a produção de prova testemunhal¹²⁵ para o efeito, embora se possa determinar ao lesado a apresentação de documentos que permitam estabelecer que houve efetivamente a desigualdade de tratamento.

Na discriminação indireta, a apresentação e a consequente demonstração dos factos que provem que efetivamente houve discriminação são tarefas complicadas, sobretudo quando se está perante uma discriminação mais subtil e, se assim for, a comprovação dos factos que revelam tal prática se torna muito difícil.

Se se tratar, por exemplo, de uma discriminação negativa, numa ação em que se pretende o pagamento das diferenças retributivas derivadas, caberá ao lesado, empregando a forma de confrontação, referir que o modo estabelecido pela instituição onde exerce suas funções põe um conjunto de pessoas numa condição de inferioridade em relação aos outros trabalhadores, ficando a entidade empregadora com a obrigação de fazer prova de que existem razões fortes e legais para verificação da diferença de retribuição, mostrando, se necessário, que a pessoa em causa não se encontra na igual posição com a pessoa ou grupo de pessoas com que se está a comparar.

Já em relação ao assédio¹²⁶, o trabalhador ou a trabalhadora que queira demonstrar a existência do comportamento discriminatório por parte do empregador, ou por parte do seu superior hierárquico – procedimento que entende poder ser avaliado ou classificado como assédio moral, ao abrigo do disposto no artigo 29.º do Código do Trabalho – terá que demonstrar dois factos: i) terá de alegar que este mesmo comportamento é discriminatório em relação à sua pessoa; ii) terá obviamente de expor factos ou fundamentos em que o mesmo se fundamenta numa atitude discriminatória com base em qualquer dos fatores de discriminação.

A propósito do ónus da prova em caso de discriminação, é importante referir que o Código do Trabalho contribuiu de forma positiva para a defesa do trabalhador, uma vez que obriga as instituições ou entidades de emprego a que mantenham por um certo período de tempo (cinco anos) todos os registos dos processos de recrutamento

¹²⁵ Normalmente as testemunhas são colegas de trabalho e estão igualmente numa posição de fragilidade.

¹²⁶ Que é um comportamento que se deve sempre qualificar como discriminatório. Sobre o assunto vide Ribeiro Parreira. “O assédio sexual no trabalho”, in A. Moreira (coord.), IV Congresso Nacional de Direito do Trabalho. Memórias, Coimbra, 2003, p. 209-247, também M. Regina Redinha, “Assédio moral ou mobbing no trabalho”, in Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Raúl Ventura, II, Coimbra, 2003, p. 833-847; Palma Ramalho. “Direito do Trabalho parte II, situações laborais individuais”, Almedina, Coimbra, 2006, p. 143; Guilherme Dray “Código do Trabalho anotado, 2017, 11ª edição, Almedina, Coimbra, p. 188, Monteiro Fernandes “Direito do Trabalho”, 18ª ed., 2017, p. 242, apud Daniela Teixeira, op., cit., p. 47

efetuados, com os elementos previstos no artigo 32.º. Este procedimento pode dar uma contribuição importante para a descoberta de eventuais discriminações que se possam verificar em todo o processo de formação da relação laboral, mas estendendo-se para a execução do trabalho, inclusive nas condições em que será ou é efetuado.

2. Consequências jurídicas do não cumprimento do princípio da igualdade e o dever de não discriminação na relação laboral

Considerando o dever de não discriminação e a consequente proibição da discriminação da pessoa humana constantes nos vários diplomas supra analisados, é importante referir que não obstante este desiderato, a igualdade no trabalho parece ser uma meta de difícil alcance. Contudo, importa lembrar que a cada pessoa humana, cada ser humano por si só e individualmente considerado, é um sujeito de direitos no âmbito das relações jurídicas e, nessa medida, merece que a sua própria personalidade seja alvo de tutela jurídica. Por outras palavras, a pessoa humana deve ter a sua dignidade tutelada pelo direito.

Portanto, qualquer tipo de discriminação, seja de que natureza for, põe em risco essa dignidade da vítima enquanto pessoa humana que detém na sua esfera a personalidade jurídica, que, segundo a doutrina corrente consiste na suscetibilidade ou possibilidade de ser sujeito de direitos obrigações¹²⁷.

No entanto, no caso de não cumprimento do direito de não discriminação, isto é, se efetivamente for provado o ato discriminatório praticado durante uma relação laboral, a vítima tem a legitimidade de exigir que o dano seja reparado, considerando que seu direito é oponível aos outros, o que constitui a existência de uma obrigação, “lato sensu” por parte da sociedade em geral, e em particular, das entidades, instituições, quer sejam públicas quer sejam privadas, de respeito e consideração a este direito.

A prática de um ato humano que contraria e fere o ordenamento jurídico nacional ou internacional (por exemplo a discriminação) deve logicamente ter como consequência a responsabilização pelos eventuais danos por parte do autor deste comportamento.

Saliente-se que cada pessoa humana, enquanto elemento de uma sociedade civil e em relação aos outros sujeitos jurídicos, deve ser considerada como um igual na vida

¹²⁷ Conferir entre outros, Oliveira Ascensão “Introdução e Teoria Geral de Direito Civil”, 1985; Pedro Pais de Vasconcelos “Teoria Geral do Direito Civil, 9ª edição; Noções gerais de Direito. Uma obra de José Falcão, Fernando Casal, António Sarmento de Oliveira e Paulo Ferreira da Cunha. Edição revista e ampliada, novembro 2020, p. 113.

social de qualquer sociedade. O que implica a efetivação do direito de não ser discriminado nas relações civis dentro da sociedade da qual faz parte, atendendo ao facto que quando uma pessoa é excluída com base numa simples característica pessoal (cor negra, ser oriundo de um outro país ou não ter determinado género), está-lhe a ser retirado o direito de fazer parte de uma certa comunidade de igual forma com aqueles que não possuem tal característica¹²⁸. Em caso da violação desse direito (de não ser discriminado), a vítima deve ter a garantia e a possibilidade de obter a compensação na forma indemnizatória pelo ato sofrido, visto que a pessoa que com o seu comportamento põe em causa o proveito de outrem, atua de modo antagónico ou de forma incompatível com o ordenamento, demonstrando, assim, um mau procedimento moral, e sobretudo, menosprezando o facto do outro também ser titular da mesma dignidade que ele.

Pode-se, a propósito, recorrer às várias leis que proíbem discriminação em função de características específicas (raça, cor, sexo, origem), que de forma específica vinculam entidades públicas e privadas e que preveem uma punição em caso da violação das normas aí constantes.

Considerando tudo isto, é de referir que todo o comportamento humano inadequado ou ilegítimo é passível de acarretar consequências no termos gerais de direito, inclusive nas relações que se verificam no âmbito do laboral. No direito do trabalho, para efeitos do cumprimento do princípio da igualdade e não discriminação, qualquer empregador público (Estado ou outras entidades públicas) ou privado (empresas privadas) que tiver praticado um ato discriminatório durante a fase de formação de contrato de trabalho com o pretendente trabalhador (no acesso ao emprego) ou na própria execução de trabalho (no decurso do contrato), responderá pelos danos que culposamente causar ao candidato ou trabalhador.

Verifica-se, neste sentido, que o direito não só proíbe o comportamento discriminatório nas relações laborais, como também obriga seus autores a indemnizar pessoas lesadas com tal procedimento.

¹²⁸ NUNES, Aline Cristina Cardoso. Tese de Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Civilísticas / Menção em Direito Civil. Coimbra, 2018, p. 64. Consultada em 18 de março de 2023.

3. Nulidade de atos contrários ao princípio geral da igualdade – obrigação de indemnização

No direito do trabalho a noção da indemnização por ato discriminatório praticado durante a relação laboral engloba quer as atitudes que provêm dos comportamentos discriminatórios praticados logo na primeira fase (candidatura) ou nos atos bases da formação do contrato de trabalho, como também aqueles que decorreram durante a sua execução.

A prática de uma discriminação negativa na fase preliminar ou na efetuação do próprio contrato de trabalho faz incorrer o seu autor em responsabilidade civil, surgindo assim, uma obrigação de indemnização¹²⁹ por parte do autor da discriminação, com o objetivo de ressarcir ou reparar o dano causado ao lesado (candidato ou trabalhador discriminado), e assim repor a situação para a circunstância que encontraria o lesado caso o dano (patrimonial ou não patrimonial) causado pela discriminação não tivesse acontecido.

Isto, considerando a facto de cada pessoa humana ter a faculdade de reclamar, face aos outros sujeitos jurídicos, uma participação de forma igualitária na vida social civil. Isto tem como propósito, estabelecer a existência e afirmação de um direito de não discriminação nas relações civis. Se este direito for violado, à vítima deve haver a garantia e possibilidade de obter ressarcimento através de uma indemnização.

Importa neste caso, destacar o nº 1 do art.º 227º, do CC onde se refere que “quem negocieie com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras de boa-fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte”. Esta regra encontra eco também no artigo 28º do Código do Trabalho¹³⁰.

Como consequências ou resultados da prática dos atos discriminatórios na relação laboral serão ou deverão ser considerados nulos todos os contratos ou as cláusulas contratuais que contiverem condições opostas ao princípio geral da igualdade nos seus termos gerais que resultam do artigo 280º do Código Civil, e o ataque ilícito da dignidade humana como resultado da discriminação a que foi vítima o candidato ou

¹²⁹ Conforme consta no artigo 227º, no seu nº1, do Código Civil e o artigo 28º do Código do Trabalho.

¹³⁰ Conferir a anotação do art.º 28.º do Código do Trabalho anotado 13ª ed., in Guilherme Dray. Conferir também sobre o assunto: Pedro Romano Martinez; Luís Miguel Monteiro; Joana Vasconcelos, Pedro Madeira de Brito. Indemnização por danos patrimoniais e não patrimoniais.

trabalhador discriminado deve originar, obviamente, uma obrigação de indemnização por parte da entidade patronal que praticar tais atos¹³¹.

Ainda sobre as consequências jurídicas da discriminação na relação laboral, importa destacar o artigo 121.º do CT, referente à invalidade parcial de contrato de trabalho. O n.º 2 do citado artigo refere que “a cláusula de contrato de trabalho que viole norma imperativa considera-se substituída por esta”.

A matéria referente à invalidade parcial do contrato de trabalho encontra-se legislada no artigo 121.º e seguintes do Código do Trabalho.

A propósito, o artigo 28º do Código de Trabalho português realça que “o incumprimento do dever de não discriminar candidatos a emprego ou trabalhadores faz incorrer o empregador em responsabilidade civil, conferindo-se ao lesado direito a ser indemnizado pelos danos patrimoniais e não patrimoniais”.

No direito europeu, incumbe-se aos Estados-membros, nos termos do artigo 18º da Diretiva 2006/54/CE, a introdução no direito interno das formas essenciais e precisas com vista à garantia da existência de uma real e efetiva indemnização ou reparação, conforme os Estados-membros o determinem, pelos prejuízos e danos sofridos por uma pessoa vítima de um ato discriminatório em razão do sexo, de uma forma que seja “dissuasiva e proporcional” aos prejuízos sofridos.

A obrigatoriedade de indemnização¹³², neste caso, funciona como um fator penalizante aos infratores e, ao mesmo tempo, como um método desincentivador ou desencorajador para a prática de ações discriminatórias.

Se a discriminação for através do assédio sexual por parte do empregador ou superior hierárquico, e se se comprovar a veracidade de tal facto, o trabalhador vítima desta prática tem direito a indemnização por danos patrimoniais e não patrimoniais

¹³¹ Posição defendida por Guilherme Dray. “O princípio da igualdade no Direito do Trabalho. Sua aplicabilidade no domínio específico na formação de contratos individuais de trabalho, janeiro, 1999, p. 232 e ss. Sobre este assunto, vide ainda: Joana Nunes Vicente. *Direito do Trabalho*, 1ª edição, dezembro, 2017; Pedro Romano Martinez “*Direito do Trabalho*, 10ª edição”. Pedro Furtado Martins, “*Cessação do Contrato de Trabalho*, 4ª edição, 2017; Alice Pereira de Campos “*Contrato de Trabalho a Termo*”, 1ª edição, 2013; Jorge Leite “*Direito do Trabalho*” «*Da Cessação do Contrato de Trabalho*», janeiro, 2017; Em termos jurisprudenciais, ver, o Acórdão do STJ, processo n.º 3526/15.8T8OAZ.P2.S1, de 22/02/2018. Relator: CHAMBEL MOURISCO. Acesso em: <http://www.dgsi.pt>

¹³² Sobre o assunto conferir o Acórdão de TJUE, 10 de abril de 1984, processo n.º 14/83, segundo o qual, “(...) quando um Estado-membro escolha uma sanção que se insira num regime de responsabilidade civil, esta deve, em todo o caso, para assegurar a sua eficácia e o seu efeito dissuasivo, ser adequada face aos prejuízos provocados e (...) ir mais além do que a simples atribuição de uma indemnização simbólica, como, por exemplo, o reembolso atribuído ao trabalhador de todas as despesas em que haja incorrido para efeitos de apresentação de candidaturas”. Apud Guilherme Dray. “*Direito do Trabalho e Cidadania*”, p. 152. Edições Almedina S.A. Maio de 2022.

sofridos nos termos dos art.ºs 28º e 29º, n.º4 do CT. Esta indemnização, a que tem direito a vítima, pode ser superior àquela que se encontra prevista no art.º 396º, nº 1 do CT sempre que o trabalhador lesado sofrer danos (patrimoniais e não patrimoniais) de grande valor¹³³. Com efeito, esta situação pode originar a cessação do contrato de trabalho por desejo ou iniciativa do trabalhador, em conformidade com o estipulado no art.º 394º, nº 2 alínea f) do CT, onde se estabelece que “constitui justa causa de resolução do contrato pelo trabalhador a ofensa à integridade física ou moral, liberdade, honra ou dignidade do trabalho, punível por lei, incluindo a prática de assédio denunciada ao serviço com competência para inspeção na área laboral, praticada pelo empregador ou seu representante”.

Por outras palavras, perante situações graves e recorrentes (como assédio com ameaças, importunação reiterada) o trabalhador em causa, nos termos do art.º 394º do CT, poderá pôr termo ao contrato, por via da resolução, sem precisar do chamado *aviso prévio* e sem a necessidade de indemnizar¹³⁴ a entidade empregadora.

¹³³ AMADO, João Leal. “Contrato de trabalho: noções básicas”, Coimbra Editora, Coimbra, 2015, p. 391-395.

¹³⁴ XAVIER, Bernardo da Gama Lobo. “Manual do direito do trabalho”, Verbo, Lisboa, 2014, p. 892.

CONCLUSÃO

Depois de analisarmos pormenorizadamente o fenómeno chamado discriminação, vamos obviamente, de seguida, reunir as ideias com o propósito de chegarmos a uma conclusão.

E assim, nessa nossa caminhada, constatamos que a igualdade consiste em tratar de forma igual o que é igual, e de forma diferente o que é diferente na medida da própria diferença e só nesta medida. Portanto, com esta definição entende-se que, à partida, é proibido efetuar qualquer ato que contrarie este entendimento, ou seja, não é permitido diferenciar as pessoas humanas senão em virtude da lei quando, necessariamente, houver a possibilidade para o efeito, observando naturalmente, os pressupostos necessários.

A discriminação por sua vez é entendida e definida como sendo uma prática motivada pelo preconceito com vista à transgressão (quando se trata da discriminação sem fundamentos legais) dos direitos de uma pessoa ou grupo de pessoas com uma conduta injusta e infundada, tendo como consequência a promoção da desigualdade social no que tange à falta igualdade de tratamento e de oportunidade.

Posto isto, foram realizadas breves notas, como é encarado e tratado o princípio da igualdade e não discriminação nalguns países de expressão portuguesa, lembrando que muitos deles têm por inspiração o direito português. Verificamos que todos consagram nas suas ordens jurídicas internas a necessidade de supressão de distinções discriminatórias infundadas para o *bem da sociedade* e, sobretudo, para preservar a dignidade da pessoa humana.

E ainda levamos em consideração o sentido da igualdade e não discriminação no direito internacional, à luz das orientações, recomendações e convenções da OIT. Desse exercício extrai-se a ideia de que se trata de um objetivo a ser alcançado abolição de todas as formas de discriminações entre pessoas humanas, como também o objetivo de permitir que as pessoas desfrutem de iguais condições de tratamento e oportunidades no contexto de trabalho.

Ao longo deste trabalho invocamos a doutrina, jurisprudência e factos para demonstrar alguns avanços que embora paulatinamente, têm contribuído para afirmação da igualdade entre seres humanos. Contudo, ainda persiste o fenómeno chamado discriminação na vida quotidiana de muitas pessoas.

Sendo assim, chegámos à conclusão de que as mulheres são sempre discriminadas em relação aos homens, sobretudo no domínio laboral, se tomarmos em consideração as estatísticas e as realidades apresentadas ou demonstradas na parte introdutória deste trabalho. E esta realidade nas relações laborais continua viva não por falta da legislação, mas, diríamos (opinião nossa), a sua persistência talvez possa ser explicada em razão do pouco acompanhamento e fiscalização da legislação existente ou na situação de má-fé por parte dos empregadores, que insistem em operar algumas diferenciações que prejudicavam um determinada pessoa ou grupo de pessoas.

Entendemos nós que para fazer face e combater a discriminação de forma eficaz promovendo por conseguinte a igualdade de género, por exemplo, é fundamental não conceder direitos diversos para homens e mulheres quando o caso concreto não permita ou nas situações iguais, havendo ainda a necessidade de ter uma legislação mais *forte* e mais imperativa, responsabilizando os infratores de uma forma mais dura. Isto porque não é suficiente a criação de normas, é preciso elaborar um plano estratégico dentro dos limites da lei para combater o incumprimento das demandas do princípio da igualdade (uma das quais é não discriminar por discriminar), o que irá permitir efetivamente que a igualdade de género seja uma realidade.

No caso português, há quem entenda que a legislação laboral é boa e muito avançada¹³⁵ – por exemplo, pois permite aos pais beneficiarem das licenças de parentalidade com o respetivo subsídio durante o período de impedimento para o exercício da atividade profissional; atribui a dispensa para consultas pré-natais, proteção da segurança e saúde de trabalhadora grávida, puérpera ou lactante, licenças ou faltas para assistência a menores; contenha a proibição genérica do tratamento diferenciado entre os trabalhadores de sexos diferentes, entre outras situações relevantes –, mas o problema maior é o seu cumprimento.

Vimos ainda em relação ao direito interno português que para além consagração constitucional do princípio geral da igualdade nos termos do art.º 13.º e o n.º 1, do art.º 59.º, também o Código do Trabalho regulamenta a situação de igualdade entre os trabalhadores. Onde se destaca o que consta do art.º 24.º, n.º 1, onde é possível constatar que esta legislação prevê uma igualdade para todos os trabalhadores e a necessidade

¹³⁵ Rêgo. Maria do Céu da Cunha (2010).” A construção da igualdade de homens e mulheres no trabalho e no emprego na lei portuguesa”. Em FERREIRA Virgínia (Org.). A igualdade de Mulheres e Homens no trabalho e no emprego em Portugal: Políticas e Circunstâncias”, CITE, Lisboa, cap. 4, pág. 57. Apud Daniela Sofia Rodrigues Teixeira. A igualdade de género no âmbito laboral... Dissertação apresentada á Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, fevereiro, 2021, p. 66.

todos os candidatos de terem os mesmos tratamentos e as mesmas oportunidades no trabalho ou no acesso ao emprego.

E o art.º 31.º, n.º 1, faz menção à igualdade de condições de trabalho, declara que os trabalhadores sem distinção nenhuma devem ter os mesmos direitos de executar os trabalhos nas condições iguais com os outros, se se encontrarem nas situações iguais. E quanto à retribuição, é exigido que seja feita sem qualquer discriminação ou distinção fundada no sexo, se não tiver a propósito, uma relevância juridicamente atendível.

Entendemos por outro lado que, a igualdade de género no tocante ao trabalho, apesar de ser uma matéria a ser analisada constantemente, estudada nas suas diversas formas e discutida nas várias organizações e por muitos autores com interesse no assunto – contudo sem avanços consideráveis – continua a ser um problema, um alvo difícil de alcançar, uma vez que as mulheres (são as que mais sofrem com esta situação) continuam a deparar-se com os mesmos problemas de que deparavam antigamente, ainda que lutam constantemente contra esta realidade que parece se encontrar radicado nas muitas sociedades.

Percebemos com isto que ainda há muito por fazer com vista ao alcance do tão desejado ambiente laboral favorável onde haja condições e oportunidades iguais para pessoas de ambos os sexos.

Em África por exemplo, tem sido muito pouca a observância da igualdade de género em termos gerais e em particular na relação laboral, apesar de ser considerada uma das prioridades dos Estados democráticos, uma vez que existem sociedades em que este tema nem é e nem pode ser objeto de uma análise política ou jurídica quanto menos ser posto em prática. Ou seja, as mulheres não podem nem devem ter mesmos direitos que os homens. Tem que haver sempre uma supremacia destes.

As abordagens feitas à situação dos trabalhadores estrangeiros permitiram-nos concluir que existem algumas situações que precisam ser aperfeiçoadas. Para isso, deve haver um esforço redobrado dos países no sentido de adotarem princípios e regras em harmonia com os diversos problemas que enfrentam com o intuito de dar resposta às necessidades que quotidianamente os cidadãos estrangeiros que procuram o trabalho ou trabalham noutros países diferentes enfrentam. Há uma necessidade de redobrar os esforços em conjunto por parte dos Estados para fazer frente a questão de discriminação em função do território de origem.

Para fazer face às discriminações decorrentes do sexo ou raça nas relações laborais entendemos que se deve não só criar legislação com carácter preventivo de

modo que possa dar resposta para os casos em concreto, como também deve haver a sua aplicabilidade, porque, em nossa opinião, o problema não é falta da legislação. Aliás, existe muita legislação à volta da igualdade e não discriminação, o problema central é o que se prende com a não aplicabilidade destas normas, o que se sucedesse faria com que haja igualdade efetiva entre pessoas de sexos diferentes e entre as pessoas nascido num determinado território (nacionais) e aquelas que não são nacionais dos países onde se encontram (estrangeiros). Trata-se de um tema proeminente, por estar diretamente conectado aos direitos fundamentais da pessoa humana.

Durante o processo investigativo desta dissertação concluímos pois, que o princípio da igualdade e não discriminação não se resume apenas em tratar os iguais de forma igual e os desiguais de modo desigual isto porque, há situações em que se possa na verdade, efetuar diferenciações mesmo se tratando das pessoas em igualdade de posições, desde que, estas diferenciações não tenham por finalidade prejudicar uma certa pessoa ou grupo de pessoas e que sejam (diferenciações) necessariamente assentes em critérios objetivos não censuráveis, observando obviamente os pressupostos necessários para tal.

Assim, entendemos que o objetivo do princípio da igualdade é justamente não ferir a dignidade de alguém enquanto pessoa humana, ou seja, quando estivermos na mesma posição e não haver a necessidade de diferenciar por motivo algum, a igualdade tem que ser ou deve ser observada na íntegra e neste caso, não importa o sexo ou a origem da pessoa.

Quanto à questão da prova em caso da discriminação, concluímos que no direito do trabalho, a presumível vítima da discriminação tem que alegar os factos constitutivos e indicar a pessoa ou pessoas pelas quais está a ser discriminado cabendo, por conseguinte, a entidade empregadora demonstrar e provar que a sua atuação não se consubstancia nos atos discriminatórios, cumprindo assim com o que consta do n.º 2, do art.º 342.º do Código Civil.

Segundo alguns autores, entre eles Palma Ramalho¹³⁶, no direito do trabalho não se verifica a chamada inversão do ónus da prova, o que acontece é a repartição do ónus, uma vez que uma parte alega (vítima) e a outra faz prova (entidade empregadora).

¹³⁶ Maria do Rosário Palma Ramalho. Igualdade de tratamento entre homens e mulheres em matéria remuneratória. Aplicação da Diretiva 75/117/CE em Portugal, 1997, p. 179, bem como na anotação feita pela autora sobre o assunto no “Direito do Trabalho parte II, Situações Laborais Individuais”, Almedina, Coimbra, 2006, p.151.

Se na verdade os homens querem fazer do mundo o local mais feliz para viverem, têm obrigatoriamente que considerar o próximo como sem distinção quando não haja a necessidade para tal. Nenhum ser humano merece ser discriminado pelo simples facto de apresentar uma ou outra característica pessoal que lhe difere dos outros ou por ser natural de um país distinto daquele onde se encontra momentaneamente. A propósito, gostaríamos de destacar Teresa Beleza sobre a necessidade de humanos viverem sem serem discriminados, afirmando que “atualmente, na nossa sociedade democrática a tendência é passarmos de um direito discriminatório para um direito igualitário. Contudo, esta transição não é feita de igual forma em todos os locais, sendo necessário percorrer um longo caminho até à sua aplicação efetiva”¹³⁷.

É bom recordar que discriminação negativa neste caso, concretiza a desigualdade e por conseguinte aniquila a igualdade. E que, a violação do princípio da igualdade decorre, acima de tudo, num atentado à dignidade humana, juridicamente intolerável.

¹³⁷ BELEZA, Teresa Pizarro. “Direito das Mulheres e da Igualdade Social”, Coimbra, Almedina, 2010, p.117.

BIBLIOGRAFIA

ABRANTES, João José. (2005). *Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora.

AMARAL, José Augusto Pais de. (2018). *Direito Processual Civil*, 14ª ed. Coimbra: Almedina.

ANDRADE, Manuel A. Domingues de. (1993). *Noções Elementares de Processo Civil*, 1993.

ASCENSÃO, José de Oliveira. (1985). *Introdução e Teoria Geral de Direito Civil*.

BELCHIOR, Andreia Maria Correia. (2015). *O Estatuto Laboral do Trabalhador Estrangeiro em Portugal*. Dissertação para obtenção do grau de Mestre, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Disponível em: https://run.unl.pt/bitstream/10362/16498/1/Belchior_2015.pdf. Consultada em 14/04/2022.

CARVALHO, Paulo Morgado de. (2015). *Ónus da prova em caso da discriminação. Direito e Justiça*. Estudos dedicados ao Prof. Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier, vol. III.

DRAY, Guilherme Machado. (2017). *Código do Trabalho anotado*, 11ª edição, Almedina 2017.

DRAY, Guilherme Machado. (2016). *A influência dos Estados Unidos da América na afirmação do princípio da igualdade no acesso ao emprego nos países da Lusofonia*.

DRAY, Guilherme Machado. (1999). *O princípio da igualdade no Direito do Trabalho. Sua aplicabilidade no domínio específico na formação de contratos individuais de trabalho*, Janeiro.

DUARTE, Maria Luísa, (2001). *Direito Comunitário do Trabalho*, in Estudos de Direito do Trabalho, vol. I, Coimbra, Almedina.

FERNANDES, António Monteiro. (2019). *Direito do Trabalho*, 19ª ed. atualizada e aumentada, Coimbra, Almedina.

FERNANDES, António Monteiro. (2018). *Direito do Trabalho*, 18ª edição, Coimbra, Almedina.

FERNANDES, Francisco Liberal. (2002). *Liberdade de Circulação dos Trabalhadores na Comunidade Europeia*, Coimbra Editora, Coimbra.

FREITAS, José Lebre de. (2017). *A Ação Declarativa comum à luz do Código do Processo Civil de 2013*, 4ª ed. Coimbra: Gestlegal.

GOMES, Canotilho; MOREIRA, Vital. (1984). *Constituição da Republica anotada*, 2ª edição, vol. I.

GOMES, Canotilho; MOREIRA, Vital. (1993). *Constituição da Republica anotada*, 3ª edição, Coimbra Editora.

GOMES, Canotilho; MOREIRA, Vital. (2014). *Constituição da Republica anotada*, 4ª edição, vol. I vol. I, Coimbra Editora.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. (2004). *A primeira Constituição de Timor-Leste*, Almedina, Coimbra, 2004.

LEITÃO, Luís Meneses. (2014). *Direito do Trabalho angolano*, 4ª edição, Almedina, Coimbra.

LEITÃO, Luís Meneses. (2012). *Manual do Direito do Trabalho*, 3ª edição, Coimbra, Almedina.

MARTINEZ, Pedro Romano. (2019). *Direito do Trabalho*, 9ª edição, Outubro.

MARTINEZ, Pedro Romano. (2015). *Direito do Trabalho*, 7ª edição, Coimbra, Almedina.

MARTINEZ, Pedro Romano; MONTEIRO, Luís Miguel; VASCONCELOS, Joana; BRITO, Pedro Madeira de; DRAY, Guilherme; SILVA, Luís Gonçalves;. (2013). *Código do Trabalho Anotado*, 9ª Edição, Almedina, Coimbra.

MATINEZ, Pedro Romano. (2009). *Código do Trabalho*. Almedina, Coimbra.

MARTINS, Ana Guerra. (2004). *Curso de Direito Constitucional da União Europeia*, Coimbra.

MESTRE, Bruno. (2015). *O conceito da discriminação – uma perspetiva contextual e comparada. Direito e Justiça*. Estudos dedicados ao Prof. Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier, vol. I.

MIRANDA, Jorge. (2018). *Manual de Direitos Fundamentais*, 2ª edição, Coimbra, Almedina.

MIRANDA, Jorge. (2003). *Manual de Direito Constitucional I*, 7ª edição, Coimbra Editora.

MIRANDA, Jorge. (1998). *Manual de Direito Constitucional, Tomo III*, 4ª edição, Coimbra Editora, Coimbra.

MOREIRA, Teresa Coelho. (2013). *Igualdade e não discriminação. Estudos de direito do trabalho*, Almedina, Coimbra.

NETO, José Augusto de Carvalho. (2014). *A Convenção da OIT como instrumento de proteção dos Direitos Fundamentais: uma análise da sua aplicação na jurisprudência do TST*. Dissertação apresentada como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito. Pouso Alegre, Minas Gerais. Consultada em: <https://www.fdsu.edu.br/conteudo/dissertacoes/cb30ae8fc568752f19ade22d6d28bf75.pdf>, 15/04/2022.

PIMENTA Paulo. (2018). *Processo Civil Declarativo*, 2ª ed. Coimbra: Almedina.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. (2020). *Tratado de Direito do Trabalho parte I*. Dogmática Geral, 5ª edição, Almedina, Coimbra.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. (2019). *A igualdade nas relações do Trabalho*, in estudo APODIT 5.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma; (2014). *Tratado de Direito do Trabalho Parte II – Situações Laborais Individuais*, 5ª Edição, Almedina, Coimbra

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. (2012). *Tratado do Direito do Trabalho, parte I*. Situações laborais individuais, 3ª edição, Coimbra, Almedina.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. (2012). *Tratado de Direito do Trabalho Parte I - Dogmática Geral*, 3ª Edição, Almedina, Coimbra.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. (2006). *Direito do Trabalho, parte II, Situações Laborais Individuais*, Almedina, Coimbra.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. (1997). *Igualdade de tratamento entre homens e mulheres em matéria remuneratória*. Aplicação da Diretiva 75/117/CE em Portugal, 1997.

REBELO, Glória. *Estudos do Direito do Trabalho*, 1ª edição, Março, 2019.

TEIXEIRA, Daniela Sofia Rodrigues. (2021). *A igualdade de género no âmbito laboral e as repercussões que as licenças de parentalidade podem ter no contrato de trabalho*. Dissertação no âmbito do Mestrado em ciências jurídico-forenses apresentada á Faculdade de Direito de Universidade de Coimbra, Fevereiro 2021. Disponível em:

<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/95740/1/Dissertac%CC%A7%C3%A3o-Daniela%20Sofia%20Rodrigues%20Teixeira.pdf>. Consultada em 24/09/2022.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. (2020). *Teoria Geral do Direito Civil .- Noções gerais de Direito*. 9ª edição; Edição revista e ampliada.

XAVIER, Bernardo da Gama Lobo. *Manual de Direito do Trabalho*, 4ª edição, revista e atualizada, 2020.

XAVIER, Bernardo da Gama Lobo. (2011). *Manual de Direito do Trabalho*, 4ª edição, Janeiro.

ZANDONAI, Camila Dozza. (2019). *Artigo de periódico sobre discriminação indireta e o estudo da teoria do impacto nas relações do trabalho*. Tese de Mestrado no Curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), dezembro.