



Universidades Lusíada

Silva, Teresa de Jesus Martins da

A igualdade e a não discriminação em função da idade no Direito do Trabalho

<http://hdl.handle.net/11067/7625>

Metadados

Data de Publicação	2023
Resumo	<p>A igualdade é um direito garantido a todos os cidadãos portugueses, incluindo os trabalhadores. A sua relevância abrange não só o quotidiano, mas também o contexto laboral. Contudo, é inegável que, muitas vezes, este princípio não é observado devido à complexidade da atividade laboral, o que pode levar a discriminações baseadas em diversos fatores. Neste estudo, o nosso foco concentra-se na discriminação em razão da idade, uma forma de discriminação que pode ser considerada invisível, mas que ...</p> <p>Equality is a right guaranteed to all Portuguese citizens, including workers. Its relevance covers not only everyday life, but also the work context. However, it is undeniable that this principle is often not observed due to the complexity of the work activity, which can lead to discrimination based on various factors. In this study, we focus on age discrimination, a form of discrimination that can be considered invisible but is still prohibited. We have considered the forms of direct, indire...</p>
Palavras Chave	Direito, Direito do trabalho, Discriminação no Emprego
Tipo	masterThesis
Revisão de Pares	Não
Coleções	[ULP-FD] Dissertações

Esta página foi gerada automaticamente em 2024-11-14T09:23:13Z com informação proveniente do Repositório



UNIVERSIDADE LUSÍADA DO PORTO

**A IGUALDADE E A NÃO DISCRIMINAÇÃO EM FUNÇÃO
DA IDADE NO DIREITO DO TRABALHO**

Teresa Martins da Silva

Dissertação para obtenção do Grau de Mestre em Direito, área de Ciências
Jurídico-Empresariais.

Porto, 2023



UNIVERSIDADE LUSÍADA DO PORTO

**A IGUALDADE E A NÃO DISCRIMINAÇÃO EM FUNÇÃO
DA IDADE NO DIREITO DO TRABALHO**

Teresa Martins da Silva

Dissertação para obtenção do Grau de Mestre em Direito, área de Ciências Jurídico-Empresariais, sob a orientação do Senhor Professor Doutor António José Moreira.

Porto, 2023

Agradecimentos

Sem o incentivo dos que me são próximos, sem a sua força e apoio esta caminhada teria sido mais longínqua e desgostosa. E, por isso, nunca é demais agradecer. Simplesmente agradecer. Agradecer pelo colo, pelas palavras e pelo amor.

Agradecer ao meu Orientador, Senhor Professor Doutor António José Moreira, à Universidade Lusíada Norte- Porto e aos “meus” que estão sempre presentes.

O meu muito obrigada!

“Não mudamos com a idade na estrutura do que somos. Apenas, como na música, somo-lo noutra tom”.

VERGÍLIO FERREIRA

Índice

Agradecimentos.....	III
Abstract	VIII
Palavras-chave.....	IX
Abreviaturas e Siglas.....	X
Introdução	11
Capítulo I: Considerações gerais sobre igualdade e não discriminação.....	15
1. Notas introdutórias.....	15
1.1. O Princípio da Igualdade e da Não Discriminação	15
1.2 A importância dos princípios da igualdade e da não discriminação na relação laboral	20
Capítulo II: Definições relevantes em matéria de discriminação.....	27
1.1 Discriminação Direta.....	28
1.2 Discriminação Indireta	33
1.3 Discriminação Múltipla.....	36
2. O Assédio	37
3. Ônus da Prova	42
5. A indemnização resultante de atos discriminatórios	47
Capítulo III: O direito à não discriminação em função da idade	49
1. O conceito de “idade”	49
1.1 O fator idade e a discriminação direta.....	56
1.2 O fator idade e a discriminação indireta.....	57
1.3 Justificações e exceções à discriminação em função do fator idade	60
2. O artigo 348.º do Código do Trabalho	70
Capítulo IV: Medidas de Ação Positiva.....	73
1. Como combater a discriminação injustificada em função da idade?	76

Conclusão.....	80
Bibliografia	84
Webgrafia.....	88
Jurisprudência	89

Resumo

A igualdade é um direito garantido a todos os cidadãos portugueses, incluindo os trabalhadores. A sua relevância abrange não só o quotidiano, mas também o contexto laboral.

Contudo, é inegável que, muitas vezes, este princípio não é observado devido à complexidade da atividade laboral, o que pode levar a discriminações baseadas em diversos fatores.

Neste estudo, o nosso foco concentra-se na discriminação em razão da idade, uma forma de discriminação que pode ser considerada invisível, mas que ainda assim é proibida.

Tivemos em conta as formas de discriminação direta, indireta e múltipla, todas relacionadas com o fator idade, bem como a questão relativa ao ónus da prova.

Concluimos que, em regra, a discriminação com base na idade é proibida, mas existem exceções, isto é, justificações que fazem com que não se trate de uma proibição absoluta.

Isto leva-nos a questionar o que tem sido feito em termos legislativos para combater este problema. Embora tenham sido dados alguns passos a nível internacional, europeu e nacional, acreditamos que ainda existem questões a serem resolvidas. É necessário avançar além do plano legislativo para que seja possível abordar este problema com mais eficácia e justiça.

Abstract

Equality is a right guaranteed to all Portuguese citizens, including workers. Its relevance covers not only everyday life, but also the work context.

However, it is undeniable that this principle is often not observed due to the complexity of the work activity, which can lead to discrimination based on various factors.

In this study, we focus on age discrimination, a form of discrimination that can be considered invisible but is still prohibited.

We have considered the forms of direct, indirect and multiple discrimination, all related to the age factor, as well as the issue of the burden of proof.

We concluded that, as a rule, age discrimination is prohibited, but there are exceptions, i.e. justifications that mean that it is not an absolute prohibition.

This leads us to question what has been done in legislative terms to combat this problem. Although some steps have been taken at international, European and national level, we believe that there are still issues to be resolved. There is a need to move beyond the legislative level in order to address this problem more effectively and fairly.

Palavras-chave

Igualdade

Não discriminação

Idade

Discriminação Direta

Discriminação Indireta

Discriminação Múltipla

Ónus da Prova

Key Words

Equality

Non-discrimination

Age

Direct Discrimination

Indirect Discrimination

Multiple Discrimination

Burden of Proof

Abreviaturas e Siglas

Al (s).	Alínea (s)
Art (s).	Artigo (s)
CC	Código Civil
CE	Comissão Europeia
Coord.	Coordenação
Cf.	Confira/Conforme
CNPD	Comissão Nacional de Proteção de Dados
CP	Código Penal
CRP	Constituição da República Portuguesa
CT	Código do Trabalho
DGSI	Direção Geral Serviços de Informática
DL	Decreto-Lei
Ed.	Edição
<i>Et al.</i>	<i>Et alii</i> , e outros (autores)
EUA	Estados Unidos da América
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i> , na mesma obra
N.º	Número
OIT	Organização Internacional do Trabalho
<i>Op. Cit.</i>	<i>Opus Citatum</i> , obra citada
P.	Página
PP.	Páginas
P. Ex.	Por exemplo
RGPD	Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados
Séc.	Século
SMS	Short Message Service/ Serviço de mensagens curtas
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
TFUE	Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
TRC	Tribunal da Relação de Coimbra
TRE	Tribunal da Relação de Évora
TRG	Tribunal da Relação de Guimarães

TRL	Tribunal da Relação de Lisboa
TUE	Tratado da União Europeia
UE	União Europeia
<i>Vd.</i>	<i>Vide, ver</i>

Introdução

O direito à igualdade é um direito que deve pertencer a cada cidadão, independentemente de qualquer fator, quer seja no seu dia-a-dia, na sua vida corrente, quer seja na sua vida enquanto trabalhador. Todos os cidadãos, incluindo o cidadão trabalhador, gozam do direito a não serem discriminados, a serem tratados por igual entre os seus pares. Portugal, enquanto Estado de Direito Democrático, tem o dever de fazer valer este direito à igualdade e à não discriminação.

Neste estudo interessa-nos ter como foco a idade e, conseqüentemente a discriminação dos trabalhadores com base na mesma. Não nos deixemos enganar. A discriminação não se reduz aos fatores sexo, cor de pele, raça, religião¹. A CRP, no art. 13.^{o2}, consagra um conjunto de fatores que não podem ser objeto de discriminações. Porém, esse elenco não é taxativo³, porque se assim fosse o fator aqui em estudo estaria desde logo afastado, o que seria controverso, uma vez que nos nossos dias é um dos fatores que mais se discute na doutrina.

¹ A idade, para muitos cidadãos, não é uma fator de discriminação como acontece com os já mencionados fatores previstos na CRP, porque talvez nos seja difícil aceitar que tal ocorra ou porque nem colocámos a hipótese de isso mesmo acontecer. Vejamos, “*Em 1999 ouvíamos os políticos na Alemanha dizerem que não havia discriminação baseada na idade. (...) Decidimos criar o dia nacional das queixas- que realizou-se em 21 de Novembro de 2001. (...) Só nesse dia registámos 4029 chamadas. (...) Mas conseguimos registar quase 1600 queixas, o que demonstrou plenamente que a discriminação com base na idade ocorre em muitas situações da nossa vida diária. Cerca de 30% das queixas tinham a ver com situações no local de trabalho*”. *Vd. SCHWEITZER, HANNE,-A Prática em Matéria de Igualdade de Direitos- Vozes fundamentais em 2005, Comissão Europeia, Luxemburgo, 2005, disponível em www.ec.europa.eu, p. 8.*

² A ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual, como resulta do n.º 2 não podem ser os únicos fatores a ter em conta.

³ CANOTILHO, J. J. GOMES E MOREIRA, VITAL,-*Constituição da República Portuguesa- Anotada*, V. I, 4.^a ed. revista, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 340. Sublinham os autores que “*A Constituição indica, ela mesma, um conjunto de fatores de discriminação ilegítimos (n.º2). (...) Mas esse elenco não tem obviamente carácter exaustivo, sendo claramente enunciativo (...)*”.

Aliás, o CT no art. 24.º, n.º1, faz referência especificamente ao fator idade, não deixando assim margem para dúvidas. Portanto, a idade não deve, nem pode, ser motivo para que haja lugar à discriminação de um trabalhador.

Entretanto, é importante reconhecer que em Portugal a população é predominantemente idosa, o que resulta na ausência de jovens a ingressar no mercado de trabalho. A consequência inevitável é uma força de trabalho cada vez mais envelhecida, o que encontramos de facto nas nossas empresas. No entanto, nem todos aceitam facilmente esta realidade, o que conduz à discriminação e à violação do princípio da igualdade.

Contudo, a discriminação não recai somente sobre as pessoas mais velhas. Os jovens também são vítimas deste flagelo. Porém, em Portugal, parece-nos que os mais velhos encontram-se mais expostos⁴. Porquê? É certo que a população mais jovem acaba por encontrar mais obstáculos quando necessita de entrar no mercado de trabalho⁵. Mas o que é que acontece aos trabalhadores com 35 ou mais anos de idade quando caem numa situação de desemprego? Muitas são as vezes em se sentem “colocados de lado”, porque para os empregadores já não gozam das habilidades e da destreza necessária, por motivos físicos, mas também psíquicos. O mundo está numa constante evolução a nível tecnológico e, supostamente, são os jovens que dominam as tecnologias, estando a ser “formatados” para esta nova realidade, pelo que os mais velhos ficam do lado de fora. É esta a linha de pensamento da maioria dos empregadores.

Para além disso, a idade está, muitas vezes, associada a problemas ao nível físico, isto é, dificuldades que crescem na movimentação, o que pode gerar uma diminuição da produtividade; mas também a problemas na saúde, com o aparecimento de doenças. Tudo isto pode corresponder, em parte, à verdade, mas não podemos de todo generalizar, muito menos discriminar.

⁴ *Ibid.*, p. 19. A considerar que “*Em Portugal esta forma de discriminação parece atingir sobretudo as pessoas mais velhas: 20,8% dos indivíduos entre os 65-79 anos e 31,6% dos indivíduos com mais de 80 anos já se sentiram discriminados por causa da idade*”.

⁵ É cada vez mais frequente encontramos anúncios de emprego com a célebre expressão “*procura-se trabalhador com experiência*”. Quantos são os jovens que ao terminarem o 12.º ano de escolaridade ou a licenciatura possuem experiência no mundo laboral?

Desta forma, para se garantir uma proteção efetiva dos trabalhadores, a nível Europeu foi consagrada a Diretiva 2000/78/CE do Conselho, de 27 de Novembro de 2000, promovendo-se deste modo a igualdade de tratamento no emprego e na atividade profissional, onde se inclui, naturalmente, a igualdade assente no fator idade⁶. Esta Diretiva foi transposta para o nosso ordenamento jurídico através da Lei n.º 3/2011, de 15 de fevereiro⁷.

No que se refere ao nosso CT a problemática consta do art. 23.º e seguintes. Não esquecendo que o TJUE teve e tem um papel fundamental neste campo, uma vez que são vários os acórdãos que existem assentes na discriminação em função da idade no âmbito das relações laborais. Aliás, pode dizer-se que a jurisprudência do TJUE terá sido a primeira fonte de Direito sobre esta problemática.

Assim, com o presente estudo pretendemos dar um contributo, trazer uma nova visão, sobre a problemática assente na não observância dos princípios da igualdade e não discriminação em função da idade no Direito do Trabalho, respondendo, essencialmente, às seguintes questões: quais as principais formas de discriminação em função da idade? Quais as consequências dessa discriminação? Quais as soluções para que vigore, efetivamente, a igualdade em função da idade nas relações laborais?

Parece-nos lógico que estas questões, para serem resolvidas, necessitam de um certo enquadramento teórico. O que é a igualdade? É tratarmos de forma igual o que é igual e diferente o que é diferente? E quanto à discriminação, quais são as suas formas? O que é um comportamento discriminatório? Procuraremos dar resposta a estas questões abordando cada um destes princípios, tendo em consideração a sua origem histórica, bem como o seu enquadramento nas relações jurídico-laborais.

É relevante observarmos conceitos tidos como fundamentais: a discriminação direta, indireta e múltipla, o assédio, bem como a problemática do ónus da prova. Parece-nos que o ónus da prova poderá ser o “*calcanhar de aquiles*” para o trabalhador discriminado, dada a dificuldade da prova.

⁶ Acautelando-se, os trabalhadores mais velhos, como os trabalhadores mais novos, porque a proteção é geral.

⁷ Tal como dispõe o art. 1.º, al. b), do diploma em questão.

Será, igualmente, do nosso interesse abordar a problemática das consequências resultantes de um ato discriminatório, bem como a exigência de serem concedidas indenizações às vítimas, considerando que, para TERESA MOREIRA, “*a indemnização à vítima, por danos patrimoniais e não patrimoniais, deve ser suficientemente real que exerça também uma função dissuasora na pessoa que pratica a discriminação, uma vez que só altos níveis de compensação garantem altos níveis de dissuasão*”⁸.

O tema central deste estudo recai, como se disse, sobre a questão da idade, pelo que pretendemos explorar a sua relevância jurídica, tendo em consideração a legislação e a jurisprudência nacional, europeia e internacional. Inicialmente, faremos uma visão geral, abordando o princípio da igualdade e da não discriminação na sua essência. Em seguida, iremos aprofundar o tema, analisando especificamente o princípio no contexto das relações laborais.

Quanto aos conceitos fundamentais mencionados anteriormente, abordaremos os mesmos, inicialmente, em sentido amplo e, posteriormente, iremos concentrá-los no tema central do nosso trabalho. É importante ressaltar que a idade é o único fator que permite "justificações", e o nosso objetivo é enumerá-las. Por fim, discutiremos as medidas de ação positiva e exploraremos estratégias para combater a discriminação com base na idade.

⁸ MOREIRA, TERESA COELHO,- *Igualdade e não discriminação – Estudos de Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2013, p. 126.

Capítulo I: Considerações gerais sobre igualdade e não discriminação

1. Notas introdutórias

1.1. O Princípio da Igualdade e da Não Discriminação

A igualdade entre os homens, de um ponto de vista formal, segundo JÚLIA CAMPOS, “obteve consagração constitucional com o advento do liberalismo⁹ e com os ideais desenvolvidos pelos filósofos da época”¹⁰. Porém, o princípio da igualdade, enquanto princípio fundamental, já havia sido invocado pelos estóicos e pelos cristãos. Aliás, em momento anterior, já o filósofo Platão tinha desenvolvido com ênfase aquilo que entendia por igualdade¹¹.

Assim a ideia de que todos os homens são iguais perante a lei teve consagração expressa nas Constituições americana de 1787 e francesa de 1793, estando aqui em causa a célebre ideia de que todos os homens nascem livres e iguais entre si, o que implica que a lei seja igual para todos no momento da sua aplicação¹². Em Portugal adotamos uma posição muito idêntica, sem grandes inovações, nas nossas quatro Constituições liberais do séc. XIX¹³ proclamando-se, como refere GUILHERME MACHADO DRAY, “o princípio da igualdade jurídica, assente na ideia de que a lei é igual para todos, de que os privilégios devem ser abolidos, e de que todos têm acesso por igual a cargos públicos”¹⁴. No entanto, parece-nos

⁹ Época marcada pelo advento dos direitos civis e da liberdade individual.

¹⁰ CAMPOS, JÚLIA, *IV Congresso Nacional de Direito do Trabalho- Memórias*, coord. António Moreira, Almedina, Coimbra, 2002, p. 268.

¹¹ DRAY, GUILHERME MACHADO, *O Princípio da Igualdade no Direito do Trabalho: sua aplicabilidade no domínio específico da formação de contratos individuais de trabalho*, Almedina, Coimbra, 1999, pp. 24 e 25.

¹² CAMPOS, JÚLIA, *op. cit.*, p. 268. De acordo com a autora, “a igualdade foi consagrada como igualdade perante a lei. Ou seja, todos os homens nascem livres e iguais, por isso, a lei quer na sua formulação, (...), quer no momento da sua aplicação tem de ser igual para todos. O momento concretizador da igualdade seria o da aplicação da lei. (...) A ideia de igualdade consagrada é portanto a de uma igualdade meramente formal”;

¹³ Constituições de 1822, de 1826 e de 1838.

¹⁴ DRAY, GUILHERME MACHADO, *op. cit.*, p. 52.

que estaria aqui em causa uma igualdade de tratamento imposta para o poder público, uma vez que se proclamava a igualdade dos homens no que respeitava à concessão de privilégios ou ao acesso a cargos públicos¹⁵.

A Constituição de 1976 não esqueceu o princípio da igualdade, pelo que o mesmo encontra consagração no Título I, da Parte I, no art. 13.º. Desta forma, o princípio em estudo surge na parte relativa aos direitos e deveres fundamentais.

Diz-nos o art. 13.º que,

“1. Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei.

2. Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual”.

Assim, o princípio da igualdade assume uma posição estruturante face ao nosso sistema constitucional¹⁶, mantendo-se a postura já esperada de que todos devem ser tratados por igual perante a lei¹⁷. No entanto, há aqui um detalhe a ter em conta, uma vez que a nossa Constituição pretende, igualmente, eliminar toda e qualquer discriminação, mesmo que para tal seja necessário que se adotem discriminações tidas por positivas, proclamando-se deste modo uma igualdade material¹⁸. Ou seja, para alcançarmos a tão pretendida igualdade pode

¹⁵ *Ibid*, p. 30. Para o autor “*A igualdade que agora se proclama é a igualdade de tratamento dos cidadãos pelo poder público, a qual exige, por um lado, a abolição de distinções e privilégios e, por outro lado, o estabelecimento de direitos iguais e iguais oportunidades para todos, irmanados pela razão*”.

¹⁶ CANOTILHO, J. J. GOMES E MOREIRA, VITAL, *op. cit.*, p. 336. Para os autores o princípio da igualdade é claramente um princípio estruturante da nossa Constituição, porque em si conjuga as “*dimensões liberais, democráticas e sociais*”, em que assenta a noção de Estado de Direito Democrático e Social. Portanto, a igualdade é claramente o pilar mais básico da noção de Estado de Direito. *Vd.* FERNÁNDEZ LÓPEZ, MARÍA FERNANDA,- *Constitucion y Derecho Del Trabajo: 1981-1991, La Igualdad y la Discriminacion en la Jurisprudencia Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 1992, p. 165.

¹⁷ ALEXANDRINO, JOSÉ MELO,-*Direitos Fundamentais- Introdução Geral*, 2.ª ed., Principia, Cascais, 2018, p. 79.

¹⁸ A existência de uma igualdade do ponto de vista material justifica-se, porque existem sujeitos em situações claramente mais desfavorecidas em comparação com outros e, por isso, para igualarmos estes casos temos de criar necessariamente diferenciações e discriminações. Desta forma, o Estado deve criar condições para que os

justificar-se a adoção de um tratamento diferenciado entre os homens, porque só assim se consegue, na perspectiva de GUILHERME MACHADO DRAY, uma “*igualdade social, efetiva, real ou material*”¹⁹. Neste contexto, criam-se desigualdades como forma de combater outras desigualdades²⁰. Portanto, o Estado desempenha um papel interventivo neste combate, assumindo uma responsabilidade. De acordo com o art. 9.º, al. d), da CRP, garantir a igualdade real entre os cidadãos portugueses é uma tarefa fundamental do Estado.

É correto afirmarmos que a CRP, ao consagrar o princípio da igualdade pretendeu vincular não só entidades públicas, mas também entidades privadas²¹. O princípio da igualdade surge como um direito fundamental, conforme estabelecido no art. 18.º, n.º1 da CRP, e, portanto também vincula entidades privadas. Esta abordagem parece ser a solução mais lógica²², considerando a letra da lei e tendo sempre em conta que não é apenas o Estado a atentar contra os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos.

Desta forma, os particulares estão proibidos de discriminar os cidadãos com base nos fatores enunciados no n.º2, do art. 13.º da CRP, assim como em relação a outros fatores relevantes, visto que o elenco mencionado não é taxativo, como já foi referido anteriormente. E não o é, uma vez que, por exemplo, a discriminação assente no fator idade atenta contra a dignidade da pessoa humana, comprometendo a ideia de Estado de Direito Democrático²³.

Porém, apesar do exposto, a Constituição não impõe uma igualdade absoluta, visto que não se exige que haja, em todas as circunstâncias, um tratamento igualitário. O que se proíbe é o arbítrio, isto é, um tratamento desigual em situações manifestamente iguais²⁴.

sujeitos em situação de maior desigualdade possam igualar aqueles que acabam por nascer beneficiados, para que possamos estar todos no mesmo patamar. No mesmo sentido, CAMPOS, JÚLIA, *op. cit.*, p. 272 .

¹⁹ DRAY, GUILHERME MACHADO, *op. cit.*, p. 103.

²⁰ Percebemos, assim, o porquê de existirem normas específicas quanto às mulheres, aos jovens, (...). Trata-se de normas que visam proteger os grupos de risco, combatendo a discriminação, apesar de tal gerar uma “nova” discriminação, embora a mesma seja tida por positiva. Aqui, consideramos os arts. 70.º, n.º 1, 68.º n.º 3 CRP, entre outros.

²¹ Nomeadamente, a classe empregadora.

²² Questão desenvolvida no ponto 1.2.

²³ CANOTILHO, J. J. GOMES E MOREIRA, VITAL, *op. cit.*, p. 340.

²⁴ *Ibid*, p. 341. Os autores sublinham que “*O princípio da igualdade obriga a que se trate por igual o que for necessariamente igual e como diferente o que for essencialmente diferente, não impedindo a diferenciação de*

Portanto, tendo em conta o fator em análise, seria arbitrária a discriminação de um sujeito face a outro que se encontre numa posição consideravelmente semelhante, diferindo entre ambos somente a idade. As diferenciações de tratamento devem ser justificadas, adequadas, necessárias e proporcionais²⁵, ao invés de se basearem nos fatores enumerados no n.º 2, do art. 13.º da CRP (ou noutros), sem que haja motivo aparente.

Deve referir-se, ainda, que não se exige que haja intenção de discriminar, isto é, a violação do princípio da igualdade enunciado na CRP pode ocorrer sem que se tenha tido efetivamente intenção de discriminar. Basta que a discriminação tenha ocorrido, independentemente da intenção do agente ou até mesmo da norma.

Conforme analisamos, a nossa Constituição consagra expressamente o princípio da igualdade. Contudo, existem outros diplomas legais que também fazem referência ao princípio, tais como a Lei n.º 10/2001, de 21 de maio²⁶, a Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro²⁷, a Lei n.º 3/2011, de 15 de fevereiro²⁸ e a Lei n.º 93/2017, de 23 de Agosto²⁹. No âmbito do

tratamento, mas apenas as discriminações arbitrárias, irrazoáveis, ou seja as distinções de tratamento que não tenham justificação e fundamento material bastante”;

²⁵ DRAY, GUILHERME MACHADO, *op. cit.*, p. 109.

²⁶ Institui um relatório anual sobre a igualdade de oportunidades entre homens e mulheres.

²⁷ Aprova o Código do Trabalho Português, sendo que o art. 24.º e ss., fazem referência à questão em análise.

²⁸ Proíbe qualquer discriminação no acesso e no exercício do trabalho independente.

²⁹ Consagra o Regime Jurídico da prevenção, da proibição e do combate à discriminação.

Direito Europeu, destacamos o TUE³⁰, o TFUE³¹ e, em particular para o nosso tema em estudo, a Diretiva 2000/78/CE do Conselho, de 27 de Novembro de 2000³².

No que diz respeito, ao ordenamento jurídico do Conselho da Europa podemos mencionar a Convenção Europeia dos Direitos do Homem³³ e a Carta Social Europeia.

No âmbito do Direito Internacional destacam-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos³⁴, o Pacto Internacional dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais³⁵, bem como

³⁰ De referir o art. 2.º do diploma em análise, uma vez que ao abrigo do mesmo “*A União funda-se nos valores do respeito pela dignidade humana, da liberdade, da democracia, da igualdade, do Estado de direito e do respeito pelos direitos do Homem, incluindo os direitos das pessoas pertencentes a minorias. Estes valores são comuns aos Estados-Membros, numa sociedade caracterizada pelo pluralismo, a não discriminação, a tolerância, a justiça, a solidariedade e a igualdade entre homens e mulheres*”.

³¹ Consagra vários arts. que atendem ao princípio da igualdade, nomeadamente, os arts. 18.º, 19.º e 57.º. O art. 19.º não prevê uma proibição geral de discriminação, constituindo somente a possibilidade do Conselho adotar ações consultivas. O art. 19.º carece de efeito direto, *vd.* CASANOVA, MILLÁN REQUENA, - *La tutela judicial del principio general de igualdad de trato en la Unión Europea, una jurisprudencia expansiva basada en una jerarquía de motivos discriminatórios*, Revista de Derecho Comunitario Europeo, a.15, n.º40, setembro-dezembro 2011, pp. 769 e 770.

³² A Diretiva em apreço consagra um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na atividade profissional, tendo sido transposta para o nosso Ordenamento Jurídico através da Lei n.º 3/2011 de 15 de fevereiro; Esta é a Diretiva que tem maior impacto no nosso Estudo, mas num quadro geral, são igualmente importantes as Diretivas n.º 200/43/CE (diferença de raça ou origem étnica), n.º 2002/73/CE (igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que se refere ao acesso ao emprego, à formação e promoção profissionais e às condições de trabalho), n.º 2004/113/CE (acesso a bens e serviços) e n.º 2006/54/CE (igualdade de tratamento).

³³ Prevê o art. 14.º que “*O gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção deve ser assegurado sem quaisquer distinções, tais como as fundadas no sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou outras, a origem nacional ou social, a pertença a uma minoria nacional, a riqueza, o nascimento ou qualquer outra situação*”.

³⁴ Diz-nos o art. 2.º que “*Todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na presente Declaração, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou outra, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação*”.

³⁵ Refere o art. 2.º, n.º 2 que “*Os Estados-Signatários no presente Pacto comprometem-se a garantir o exercício dos direitos que nele se enunciam, sem qualquer discriminação, por motivos de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra índole, origem nacional ou social, posição económica, nascimento ou qualquer outra condição social*”.

o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos³⁶. Além disso, a Convenção n.º 111 da OIT relativa à Discriminação no Emprego e Profissão³⁷, que também é relevante a nível internacional.

Em conclusão, o princípio da igualdade é consagrado devido à existência de grupos de pessoas que são sistematicamente marginalizadas e discriminadas em comparação com aqueles que desfrutam de uma posição privilegiada na sociedade. A consagração deste princípio visa equilibrar a balança e evitar situações que desrespeitem a dignidade humana e violem a ideia de um Estado de Direito Democrático. A proibição da discriminação tem como objetivo evitar comportamentos discriminatórios e preservar valores fundamentais.

1.2 A importância dos princípios da igualdade e da não discriminação na relação laboral

No que se prende com o Direito do Trabalho, o princípio da igualdade e da não discriminação desempenha um papel de relevo. E percebemos facilmente o porquê. É imperativo garantir condições igualitárias de acesso ao emprego, tratar os trabalhadores de forma igualitária, assegurar que todos os trabalhadores estejam em pé de igualdade em relação à formação profissional e que as condições de trabalho sejam uniformes para todos³⁸.

³⁶ Tendo em consideração o art. 2.º “*Cada um dos Estados-Signatários no presente Pacto compromete-se a respeitar e a garantir a todos os indivíduos que se encontrem no seu território e estejam sujeitos à sua jurisdição, os direitos reconhecidos no presente Pacto, sem distinção alguma de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra índole, origem nacional ou social, posição económica, nascimento ou qualquer outra condição social*”.

³⁷ De realçar o previsto no seu art. 2.º, pelo que “*Todo o Estado Membro para o qual a presente Convenção se encontra em vigor compromete-se a definir e aplicar uma política nacional que tenha por fim promover, por métodos adequados às circunstâncias e aos usos nacionais, a igualdade de oportunidades e de tratamento em matéria de emprego e profissão, com o objetivo de eliminar toda a discriminação*”. A convenção aplica-se a todos os trabalhadores, sejam eles do setor público ou privado, abrangendo assim todas as formas de discriminação. Cf. HORII, Y. E THOMAS, C.,- *Égalité de Chances et de Traitement dans L’emploi et la Profession*, Droits Fondamentaux au travail et normes internationales du travail, Genève, Bureau international du Travail, 2004, p. 63.

³⁸ CANOTILHO, J. J. GOMES E MOREIRA, VITAL, *op. cit.*, p. 348.

O princípio da igualdade no Direito do Trabalho visa evitar qualquer forma de discriminação injustificada, seja com base no género, raça, religião, idade, orientação sexual, deficiência ou qualquer outro critério protegido por lei. O objetivo é assegurar que os trabalhadores são tratados de forma justa, equitativa e não são excluídos ou prejudicados indevidamente no local de trabalho.

Além disso, a promoção da igualdade e da não discriminação contribui para um ambiente de trabalho saudável, promove a diversidade e a inclusão, e possibilita o pleno exercício dos direitos laborais por parte de todos os trabalhadores.

Neste contexto, além de destacarmos o art. 13.º da CRP, é igualmente importante abordar os arts. 58.º e 59.º do mesmo diploma. A partir do art. 58.º, n.º 2, al. b) da CRP, incumbe ao Estado a responsabilidade de promover uma igualdade de oportunidades na escolha da profissão e de combater a discriminação no acesso às profissões e a cargos profissionais³⁹. Por sua vez, o art. 59.º, n.º 1 da CRP, que aborda explicitamente o fator idade, reforça o que já havia sido dito pelo art. 13.º da CRP, ressaltando que existe uma obrigação tanto para o Estado, quanto para os empregadores de combater a discriminação com base na idade.

Conforme mencionado anteriormente no ponto 1.1, o art. 13.º da CRP vincula entidades públicas, mas também entidades privadas. Esta é a nossa posição, à semelhança da posição de ANA PRATA⁴⁰, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA⁴¹. E, no âmbito da relação laboral, entende-se com maior facilidade a necessidade do princípio da igualdade vincular entidades privadas, visto que na relação em questão encontramos claramente um elo mais forte (o empregador) dotado de poderes⁴² a impor sobre o elo mais fraco (o trabalhador). É neste ponto que surge, por um lado, o princípio da igualdade e, por outro o princípio da liberdade contratual⁴³. Contudo, temos de concordar com JÚLIA CAMPOS “a

³⁹ *Ibid.*, p.764.

⁴⁰ PRATA, Ana- *A Tutela Constitucional da Autonomia Privada*, Almedina, Coimbra, 2017, p. 137.

⁴¹ *Ibid.*, pp. 338 e 346 a 347.

⁴² No acórdão *Hava Genc (C-14/09)* afirmou o TJUE que, “*A característica da relação de trabalho é, segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, o facto de uma pessoa efetuar, durante certo tempo, a favor de outra pessoa e sob a direção desta (...)*”.

⁴³ *Vd.* Art. 405.º CC; A liberdade contratual assenta na liberdade que a lei confere às partes de acordarem mutuamente o conteúdo das suas relações jurídicas, ou seja, está em causa “*a possibilidade conferida pela ordem jurídica a cada uma das partes de autorregular, através de acordo mútuo, as suas relações para com*

*liberdade contratual não pode funcionar como instrumento lesivo de direitos fundamentais, nomeadamente do direito à igualdade (...)*⁴⁴.

É sabido que o contrato de trabalho tem como consequência natural a subordinação jurídica do trabalhador, isto é, o trabalhador em sede de execução do contrato de trabalho está sujeito às ordens, instruções e diretivas do empregador⁴⁵. Deste modo, as relações laborais, segundo ANTÓNIO JOSÉ MOREIRA são “*desniveladas*”⁴⁶, uma vez que empregador e trabalhador encontram-se em posições manifestamente diferentes, pelo que há um desequilíbrio entre as partes. Sublinha ANTÓNIO JOSÉ MOREIRA que “*o Direito do Trabalho tem a marca do conflito*”⁴⁷, aparecendo assim como um direito garantístico, em busca de melhores condições e de mais benefícios para o trabalhador⁴⁸.

Embora a liberdade contratual seja a regra no contexto da celebração de contratos, é importante lembrar que, nos dias de hoje, a maioria da população necessita de celebrar contratos para desta forma fazer face às suas necessidades. Isto significa que a parte mais fraca do ponto de vista económico depara-se com a necessidade de celebrar contratos, em condições que não aceitaria se estivesse do outro lado da balança⁴⁹. Além disso, independentemente das circunstâncias, o trabalhador é e será sempre a parte mais vulnerável, estando sujeito ao regime da subordinação jurídica.

Desta forma, surge a necessidade de se impor limites à liberdade contratual, e é neste contexto que surgem os direitos fundamentais, em especial o princípio da igualdade, sendo

a outra, por ela livremente escolhida, em termos vinculativos para ambas”, cf. LEITÃO, LUÍS MENEZES-
Direito das Obrigações, Vol. III, 14.^a ed., Almedina, Coimbra, 2022, pp. 21 e 22.

⁴⁴ CAMPOS, JÚLIA, *op. cit.*, pp. 278 e 279. No mesmo sentido, DRAY, GUILHERME MACHADO, *op. cit.*, p. 271. Segundo o autor, é certo “*que a defesa da dignidade humana exige a aplicabilidade imediata do princípio da igualdade constitucionalmente afirmado ao nível das relações interprivadas em que sobressai uma relação de domínio, como sucede no campo laboral (...)*”. Porém, “*da aplicação do princípio da igualdade não pode resultar uma obnubilação da liberdade negocial: sendo admissível a sua limitação, não se compreende a sua total compressão*”. Portanto, no âmbito laboral o princípio da igualdade deve atuar somente no sentido de se proibir toda e qualquer discriminação.

⁴⁵ FERNANDES, ANTÓNIO MONTEIRO,- *Direito do Trabalho*, 21.^a ed., Almedina, Coimbra, 2022, p. 147.

⁴⁶ MOREIRA, ANTÓNIO JOSÉ,- *Escravidão, Dignidade, Trabalho*, 4.^a ed., Almedina, Coimbra, 2022, p. 128.

⁴⁷ *Ibid.*.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 129.

⁴⁹ LEITÃO, LUÍS MENEZES, *op. cit.*, p. 25.

a autonomia privada limitada, em consequência deste princípio⁵⁰. As relações de trabalho, como relações privadas entre as partes, estão sujeitas a um princípio fundamental: a igualdade.

No contexto do Código do Trabalho, é importante abordar, nesta fase, os arts. 23º a 28º, os quais seguem a linha estabelecida pela Constituição. Em particular, destacamos o art. 24º, nº 1, que estabelece o seguinte:

“O trabalhador ou candidato a emprego tem direito a igualdade de oportunidades e de tratamento no que se refere ao acesso ao emprego, à formação e promoção ou carreira profissionais e às condições de trabalho, não podendo ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão, nomeadamente, de ascendência, idade, sexo, orientação sexual, identidade de género, estado civil, situação familiar, situação económica, instrução, origem ou condição social, património genético, capacidade de trabalho reduzida, deficiência, doença crónica, nacionalidade, origem étnica ou raça, território de origem, língua, religião, convicções políticas ou ideológicas e filiação sindical, devendo o Estado promover a igualdade de acesso a tais direitos”.

Encontramos a mesma linha de pensamento que consta da Constituição, concretizando-se deste modo o princípio da igualdade e da não discriminação na legislação laboral. Está consagrada, igualmente, uma igualdade formal e uma igualdade material⁵¹. Todos são iguais perante a lei e todos devem ter as mesmas oportunidades. Exige-se *“o tratamento igual de situações semelhantes”*⁵². Porém, há aqui uma inovação quando se compara o disposto no CT, com aquilo que prevê a nossa CRP, uma vez que o art. 24.º do CT faz uma alusão expressa ao fator idade, o que não sucede com o art. 13.º da CRP.

O n.º 2⁵³ do art. 24.º do CT estabelece que o princípio da igualdade e não discriminação aplica-se tanto na fase de formação do contrato de trabalho, quanto na fase de execução do mesmo. Isto significa que a exigência de igualdade e não discriminação abrange

⁵⁰ CAMPOS, JÚLIA, *op. cit.*, p. 282.

⁵¹ *Vd.* neste campo o art. 27.º do CT.

⁵² MARTINEZ, PEDRO ROMANO, *et al.*, -*Código do Trabalho, Anotado*, 13.ª ed., Almedina, Coimbra, 2020, p. 125.

⁵³ *Vd.* art. 24.º, n.º2, CT.

não só os trabalhadores que já estão a executar o contrato de trabalho, mas também os candidatos ao emprego⁵⁴.

Por sua vez, o art. 25.º do CT refere especificamente que o empregador não pode ter comportamentos discriminatórios, em razão dos fatores constantes, quer do art. 13.º da CRP, quer do art. 24.º do CT, mas também em virtude de outros que possam atentar contra a dignidade humana. Assim, a taxatividade não é aplicada neste contexto, ou seja, não se restringe apenas aos fatores explicitamente mencionados. Isto significa que, além dos critérios mencionados, o empregador não pode discriminar os trabalhadores com base em outros fatores relevantes, que possam violar a dignidade humana.

Atendendo ao preceituado na Constituição, também o nosso CT não se refere à não discriminação como algo absoluto, ou seja, existem efetivamente práticas discriminatórias que são lícitas⁵⁵- a discriminação positiva, n.º 2. Todavia, é necessário que a aludida discriminação vise atingir um objetivo lícito, observando-se princípios como a proporcionalidade e a adequação, tendo-se sempre como último objetivo a adequação do trabalhador (ou do candidato ao emprego) ao posto de trabalho e à atividade a desempenhar⁵⁶. Assim, proíbem-se as discriminações arbitrárias, injustas e desadequadas no âmbito da relação laboral. Nesta linha de pensamento prevê o n.º 3, do art. 25.º, no que se refere ao fator idade que, “*São nomeadamente permitidas diferenças de tratamento baseadas na idade⁵⁷ que sejam necessárias e apropriadas à realização de um objetivo legítimo, designadamente de política de emprego, mercado de trabalho ou formação profissional*”⁵⁸.

No contexto do CT, a discriminação positiva é uma exceção ao princípio geral de não discriminação, permitindo a adoção de medidas específicas que visem a promoção da

⁵⁴ MARTINEZ, PEDRO ROMANO,- *Direito do Trabalho*, 10.ª ed., Almedina, Coimbra, 2022, p. 360.

⁵⁵ “*Um bom exemplo é o da requisição da habilitação ou qualificação especial ou experiência para o exercício de certo cargo*”, segundo ALVES, PATRÍCIA PINTO,-*Direito do Trabalho- Doutrina e Jurisprudência*, Quid Juris, Lisboa, 2020, p. 85.

⁵⁶ MARTINEZ, PEDRO ROMANO, *et al.*, *op. cit.*, p. 130.

⁵⁷ AMADO, JOÃO LEAL,- *Contrato de Trabalho- Noções Básicas*, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2022, p. 166; “*Matéria esta muito sensível, pela crescente tendência para a discriminação dos (candidatos) trabalhadores seniores*”.

⁵⁸ Questão aprofundada em momento posterior, aquando da análise da Diretiva 2000/78/CE do Conselho, de 27 de Novembro de 2000.

igualdade de oportunidades para grupos que tenham sido historicamente prejudicados ou discriminados.

Em suma, a partir destas normas resulta um dever para o empregador de tratar todos os trabalhadores de forma igual. Isto implica que o empregador esteja obrigado a garantir a igualdade de tratamento, evitando qualquer forma de discriminação. Como resultado, os poderes do empregador são restringidos, já que não pode tomar decisões ou adotar práticas discriminatórias em relação aos trabalhadores⁵⁹.

Analisada a CRP e o CT, importa também ter presente o disposto na Diretiva 2000/78/CE do Conselho, de 27 de Novembro de 2000 sobre esta matéria. Aliás, não nos seria possível ter em conta somente o preceituado a nível nacional, porque não temos ao nosso alcance uma realidade completa. A Diretiva é considerada a Diretiva-Quadro, visto que prevê um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na atividade profissional⁶⁰. Deste modo, a mesma visa combater a discriminação no Direito do Trabalho com base em vários fatores, um deles a idade, art. 1.º⁶¹. Quanto ao seu âmbito de aplicação, observando-se o art. 3.º, n.º 1⁶², entende-se que a mesma se aplica ao emprego, incluindo as condições de acesso ao emprego (estando aqui abrangido o trabalho independente e o trabalho subordinado), de acesso a qualquer nível de orientação profissional, às condições

⁵⁹ LEITÃO, LUÍS MENEZES,- *Direito do Trabalho*, 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 2021, p. 178.

⁶⁰ MESTRE, BRUNO,- *Direito Antidiscriminação- Uma Perspetiva Europeia e Comparada*, Grupo Editorial Vida Económica, Porto, 2020, p. 44.

⁶¹ Dispõe o seu art. 1.º que, “*A presente diretiva tem por objeto estabelecer um quadro geral para lutar contra a disfunção em razão da religião ou das convicções, de uma deficiência, da idade ou da orientação sexual, no que se refere ao emprego e à atividade profissional, com vista a pôr em prática nos Estados-Membros o princípio da igualdade de tratamento*”.

⁶² Prevê o art. 3.º, n.º 1 que, “*Dentro dos limites das competências atribuídas à Comunidade, a presente diretiva é aplicável a todas as pessoas, tanto no sector público como no privado, incluindo os organismos públicos, no que diz respeito: a) Às condições de acesso ao emprego, ao trabalho independente ou à atividade profissional, incluindo os critérios de seleção e as condições de contratação, seja qual for o ramo de atividade e a todos os níveis da hierarquia profissional, incluindo em matéria de promoção; b) Ao acesso a todos os tipos e a todos os níveis de orientação profissional, formação profissional, formação profissional avançada e reconversão profissional, incluindo a aquisição de experiência prática; c) Às condições de emprego e de trabalho, incluindo o despedimento e a remuneração; d) À filiação ou envolvimento numa organização de trabalhadores ou patronal, ou em qualquer organização cujos membros exerçam uma profissão específica, incluindo as regalias concedidas por essas organizações.*”.

de emprego e à organização coletiva. Ao analisarmos o preceito, nomeadamente, o disposto no n.º3, constatamos que estão excluídos, por exemplo, os regimes da segurança social⁶³, como reforça o considerando 13 da Diretiva em análise⁶⁴. A igualdade de tratamento, a este nível, está assim comprometida, se observarmos somente o disposto na Diretiva.

Porém, temos de concordar que a Diretiva- Quadro tem um papel importante nesta matéria, vindo deste modo completar e consolidar aquilo que a este respeito prevê a nossa CRP e o nosso CT.

Chegados a este ponto, importa que se faça uma reflexão. O princípio da igualdade e da não discriminação é reconhecido legalmente tanto a nível nacional como europeu e internacional. Esta preocupação surge principalmente na UE, que se preocupa com a integração e a promoção da igualdade. E não se trata apenas de uma previsão legal "geral", mas sim de uma preocupação em aplicar o princípio estudado às relações laborais, como evidenciado pela Diretiva analisada. Os primeiros passos já foram dados nesse sentido, embora possam ter ocorrido avanços e retrocessos ao longo do caminho. Todos os cidadãos têm (ou deveriam ter) consciência de que o outro deve ser tratado como igual. Todos os cidadãos têm (ou deveriam ter) consciência que todos somos iguais perante a lei.

Da mesma forma, todos os empregadores sabem (ou deviam saber) que qualquer trabalhador ou candidato a emprego tem de gozar das mesmas oportunidades, porque todos são iguais⁶⁵. Esta compreensão é basilar, seria arcaico se assim não fosse. Aliás, iria colocar em causa toda a ideia que temos de que vivemos num Estado de Direito Democrático. Porém, também é sabido que a discriminação existe; existe no nosso dia-a-dia; existe no nosso local

⁶³ MESTRE, BRUNO, *op. cit.*, p. 44. É curioso que vigore esta solução, uma vez que ao abrigo do art. 7.º, n.º 1, al. b) da Diretiva n.º 2006/54/CE (relativa à aplicação do princípio da igualdade de oportunidades e igualdade de tratamento entre homens e mulheres em domínios ligados ao emprego e à atividade profissional), a mesma tem aplicação ao nível dos regimes da Segurança Social. E o mesmo prevê a Diretiva n.º 2000/43/CE (a mesma aplica o princípio da igualdade de tratamento entre as pessoas, sem distinção de origem racial ou étnica) no seu art. 3.º, n.º 1, al. e). Portanto, acaba por existir aqui um tratamento desigual. De forma a colmatar o sucedido, os Estados-Membros vêm a alargar o âmbito de proteção.

⁶⁴ CALAFÀ, LAURA, - *Le discriminazioni fondate sull'età, sequenza giurisprudenziale recente del fattore di rischio "emergente"*, Rivista Italiana di Diritto del Lavoro, a.29 n.º 4, Parte seconda, 2010, p. 997.

⁶⁵ AHLBERG, KERSTIN E BRUUN, NIKLAS, - *The New Foundations of Labour Law*, PL Academic Research, 2017, pp. 70 e 71.

de trabalho; existe nos nossos momentos de lazer. E é necessário combater esta discriminação ilícita, que não encontra motivo justificativo para tamanha distinção⁶⁶.

A caminhada deve continuar, procurando avançar na promoção da igualdade, na eliminação da discriminação e na conscientização de todos os cidadãos e empregadores sobre a importância de garantir oportunidades iguais para todos. Somente dessa forma poderemos construir uma sociedade mais justa e inclusiva.

Capítulo II: Definições relevantes em matéria de discriminação

Quando falamos no princípio da igualdade e não discriminação somos confrontados com as seguintes questões: o que é a discriminação? Como é que se afere que um sujeito está a ser alvo de discriminação? Quais os critérios utilizados?

A observação e o respeito por este princípio visa, de uma forma genérica, o combate de estereótipos, a consagração da ideia de justiça (o que é justo) e a reação contra atos ilícitos que geram discriminação⁶⁷.

Deste modo, existem determinados conceitos que devemos ter presentes quando somos confrontados com uma possível ou aparente situação de discriminação. Assim, é correto afirmarmos que existem, sobretudo, duas categorias de discriminação, isto é, a discriminação direta e a discriminação indireta. Pelo que a análise destes conceitos será o nosso ponto de partida.

⁶⁶ CANOTILHO, MARIANA,- *Brevíssimos apontamentos sobre a não discriminação no Direito da União Europeia*, Revista Julgar, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 105.

⁶⁷ MESTRE, BRUNO, *op. cit.*, p. 50.

1.1 Discriminação Direta

A discriminação direta⁶⁸ é aquela que, à partida, será mais fácil de identificar, porque é claramente mais evidente e visível, isto é, conseguimos detetar com maior facilidade⁶⁹ que alguém está a sofrer um tratamento diferenciado (discriminatório), em virtude de um certo fator de discriminação.

Neste sentido, o art. 2.º, n.º 2, al. a), da Diretiva 2000/78/CE afirma que há discriminação direta “*sempre que, por qualquer dos motivos referidos no artigo 1.º, uma pessoa seja objeto de um tratamento menos favorável do que aquele que é, tenha sido ou possa vir a ser dado a outra pessoa em situação comparável*”⁷⁰.

Por sua vez, o CT, no art. 23.º, n.º 1, al. a), considera que há 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*”.

Quer da noção da Diretiva, quer da noção do CT ficamos com a convicção de que a discriminação direta visa proteger a igualdade formal, em face de um tratamento desfavorável, independentemente de existir ou não intenção de discriminar⁷¹. Ora, não é exigível que haja um motivo, uma intenção para que a discriminação ocorra⁷². Ocorre, e isso, por si só, releva.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 51; A discriminação direta teve origem no direito norte-americano, atendendo à teoria do “*disparate treatment*”.

⁶⁹ A discriminação direta é geralmente mais fácil de identificar, pois envolve um tratamento diferenciado evidente e visível com base num fator de discriminação específico. Por exemplo, se um candidato a emprego é rejeitado devido à sua idade, ou se um trabalhador recebe um salário mais baixo do que os seus colegas de trabalho mais jovens, para realizar a mesma função, estamos perante situações de discriminação direta, onde o tratamento diferenciado é evidente.

⁷⁰ O art. 2.º, n.º 2, al. a), da Diretiva 2000/43/CE prevê definição muito idêntica.

⁷¹ MOREIRA, TERESA COELHO, *op. cit.*, p. 88.

⁷² LOPES, DULCE,- *A Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem vista à luz do Princípio da Não Discriminação*, Revista Julgar, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 55. Para a Autora a discriminação direta é “*aberta, formal ou ostensiva, ainda que não tenha de ser intencional*”.

Para além disso, entende-se que a discriminação direta surge, segundo BRUNO MESTRE, “a partir do momento em que se consiga demonstrar que o discriminador considerou um fundamento proibido de discriminação no seu processo de decisão, sem que existisse uma razão válida para tal”⁷³, ou seja, estará aqui em causa um juízo de causalidade adequada, no sentido em que, temos de nos questionar (para sabermos se estamos numa situação de discriminação direta e violação do princípio da igualdade e não discriminação) se o tratamento dado teria ocorrido nos mesmos termos, caso o fundamento proibido de discriminação (p. ex., a idade) não tivesse sido levado em conta⁷⁴.

Por outro lado, em ambas as definições legais é utilizada a expressão “*situação comparável*”, ou seja, exige-se que haja um elemento de comparação. Portanto, é necessário que se compare o comportamento que é, tenha sido ou possa vir a ser dado a um sujeito com aquele que é, foi ou será dado a outro.

De acordo com TERESA MOREIRA “*a comparação deve ser feita com alguém que tem, teve ou terá as mesmas circunstâncias e que não são materialmente diferentes das do demandante, exceto pelo facto da característica protegida*”⁷⁵.

Todavia, conseguimos daqui retirar que o comparador pode ser real ou hipotético, uma vez que podemos falar de um situação específica em que a vítima se sente discriminada em relação a uma pessoa real e concreta (“*aquele que é dado, tenha sido (...)*”); mas também podemos não ter presente uma situação real e específica, o que implica que se entre no campo da abstração, ou seja, tem de se ter em conta o comportamento que o discriminador tem para com a vítima e o comportamento que este teria, possivelmente, perante um outro sujeito, numa situação equiparável (situação hipotética, “*possa vir a ser dado*”)⁷⁶.

Contudo, não podemos ignorar que nem sempre existe um elemento comparador, caso típico é o da discriminação em função do sexo assente na gravidez. Porquê? Não podemos comparar uma mulher grávida, com uma mulher não-grávida e também não

⁷³ MESTRE, BRUNO, *op. cit.*, p. 54.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 56.

⁷⁵ MOREIRA, TERESA COELHO, *op. cit.*, p. 89.

⁷⁶ MESTRE, BRUNO, *op. cit.*, pp. 56 e 57.

podemos fazer esta comparação com um homem⁷⁷. É lógico que não se encontrará aqui o elemento de comparação.

Chegados aqui, urge fazer-se referência à discriminação por associação, visto que se trata de uma modalidade de discriminação direta (proibida). Ao abordarmos esta matéria exige-se, desde logo, que se faça alusão ao acórdão *Coleman (C-303/06)*⁷⁸, uma vez que a discriminação por associação teve consagração expressa no mesmo⁷⁹. O que se entende por discriminação por associação? Há discriminação (direta) por associação, sempre que um sujeito é objeto de um tratamento desfavorável, em relação ao que é, foi ou será dado a outro trabalhador, numa situação comparável, com exceção do fator que dará origem à discriminação, mesmo que não seja este (diretamente) o portador do mesmo⁸⁰.

É importante destacar que o acórdão *Coleman* tratou especificamente da discriminação por associação relacionada à deficiência. No entanto, o princípio subjacente pode ser aplicado a outras características protegidas por lei, ampliando o escopo da discriminação por associação. Isto significa que a discriminação por associação não se limita apenas a uma categoria específica de pessoas, mas pode ser aplicada a outras características protegidas, como raça, etnia, religião, orientação sexual, idade, entre outras.

⁷⁷ *Vd.* neste sentido, MESTRE, BRUNO, *op. cit.*, p. 58. O TJUE reforça isto mesmo, basta que se observe, por exemplo, o disposto no acórdão *Webb (C-32/93)*, “*O despedimento dum trabalhador do sexo feminino em razão da sua gravidez constitui uma discriminação direta em razão do sexo e a situação duma mulher que se encontra na incapacidade de cumprir a tarefa para a qual foi recrutada, em virtude de uma gravidez que se revelou pouco tempo após a celebração do contrato de trabalho, não pode ser comparada à de um homem que se encontre na mesma incapacidade, por razões médicas ou outras, visto que o estado de gravidez não é de forma nenhuma equiparável a um estado patológico, a fortiori a uma indisponibilidade de origem não médica*”.

⁷⁸ No acórdão em apreço, a senhora Coleman alegou ter sido vítima de um despedimento ilícito, sem justa causa e de um tratamento menos favorável do que o que seria dado a outros trabalhadores, pelo facto de ter a seu cargo um filho deficiente.

Vd. acórdão *Coleman (C-303/06)*.

⁷⁹ MOREIRA, TERESA COELHO, *op. cit.*, pp. 89 e 90;

⁸⁰ A senhora Coleman não era portadora de qualquer deficiência, mas sim o seu filho. O tratamento desfavorável é baseado na associação do funcionário com uma pessoa com deficiência, mesmo que o próprio funcionário não seja deficiente.

Estaremos, igualmente, perante discriminação direta (proibida) sempre que existam declarações públicas discriminatórias que não tenham especificamente uma vítima⁸¹, devendo observar-se, neste âmbito, o acórdão *Feryn (C-57/07)*⁸². Todavia, ainda a este respeito, deve atender-se ao “estatuto” da pessoa que proferiu as declarações em causa, bem como à natureza, ao conteúdo e ao contexto em que as mesmas foram proferidas.

Posto isto, entendemos que a discriminação direta (e as suas modalidades) é proibida, salvo raras exceções. Existem situações específicas em que as Diretivas Comunitárias e o próprio CT consagram a possibilidade de existir um tratamento diferenciado⁸³. Motivo pelo qual devemos atender sempre à natureza da prestação em causa, uma vez que esta pode exigir, por si só, um tratamento distinto. Senão vejamos: é natural que uma empresa de roupas íntimas femininas queira contratar, exclusivamente, mulheres para o papel de modelos da marca⁸⁴. Isto pode ser justificado com base na necessidade de promover a marca de forma adequada e atender às expectativas do mercado. Por outro lado, é igualmente compreensível que se procurem somente atores jovens para representarem uma peça de teatro que se baseie na juventude. Esta diferenciação é justificada pela própria natureza da produção teatral e pela necessidade de transmitir uma mensagem coerente.

Porém, não podemos deixar de reparar que a Diretiva em matéria de exceções usa a expressão “*essencial*”, ao passo que o CT fala num requisito “*justificável*”⁸⁵. Tal tem impacto? Sobre esta matéria seguimos a posição de TERESA MOREIRA, segundo a qual o termo essencial será mais restritivo, do que o termo justificável⁸⁶. E, como facilmente entendemos, estas exceções devem ocorrer, efetivamente, em momentos excepcionais, não

⁸¹MOREIRA, TERESA COELHO, *op. cit.*, p. 91.

⁸² *Vd.* acórdão *Feryn (C-57/07)*. Questiona-se, neste campo, se origina discriminação direta o facto de um empregador declarar publicamente, no contexto de um processo de contratação, que as candidaturas de pessoas de determinada origem étnica serão recusadas. Não há uma vítima identificável, é certo. Mas, o TJUE entendeu que tal iria ferir todas as pessoas daquela etnia.

⁸³ Questão a aprofundar no capítulo II.

⁸⁴ MESTRE, BRUNO, *op. cit.*, p. 61.

⁸⁵ *Cf.* arts. 4.º, n.º 1 e 6.º, n.º 1 da Diretiva 2000/78/CE e 25.º, n.º 2 CT.

⁸⁶MOREIRA, TERESA COELHO, *op. cit.*, p. 93.

devem e não podem ocorrer com facilidade. Entendemos, por isso, que o termo essencial é mais limitativo e que, por isso, será o mais correto⁸⁷.

Ainda no âmbito da discriminação direta entendemos fazer uma breve nota no que à *instrução para discriminar* e aos *atos de retaliação* diz respeito, uma vez que consideramos os mesmos como uma categoria da discriminação direta.

A instrução para discriminar, pelas palavras de BRUNO MESTRE “*tem em vista captar um momento anterior àquele em que a discriminação direta ocorreu ou podia ocorrer*”⁸⁸. Desta forma, pretende-se afastar uma conduta que possa causar uma situação de discriminação em momento posterior⁸⁹. O art. 23.º, n.º2, do CT prevê expressamente que “*constitui discriminação a mera ordem ou instrução que tenha por finalidade prejudicar alguém em razão de um fator de discriminação*”.

No que se refere aos atos de retaliação está em causa a existência de um comportamento menos favorável em relação a determinado sujeito, quando este pretende exercer os seus direitos em matéria de discriminação. Portanto, a proibição da retaliação visa combater, segundo BRUNO MESTRE, “*as condutas que ocorrem após a existência de uma discriminação e do recurso à tutela dos direitos*”⁹⁰, ou seja, pretende-se assegurar que os indivíduos podem procurar uma solução para a discriminação sofrida sem medos de retaliação por parte de empregadores, colegas de trabalho ou outras partes envolvidas. Assim sendo, tanto a Diretiva 2000/78/CE, no seu art. 9.º, como o CT, no art. 25.º, n.º7, estabelecem medidas específicas para prevenir e punir atos de retaliação.

⁸⁷ *Vd.* Considerando 23 da Diretiva 2000/78/CE, “*Em circunstâncias muito limitadas, podem justificar-se diferenças de tratamento (...)*”.

⁸⁸ MESTRE, BRUNO, *op. cit.*, p. 79.

⁸⁹ *Ibid.* De um ponto de vista prático estaremos perante uma instrução para discriminar quando o dono de uma loja de roupa dá uma ordem/ instrução aos seus funcionários para estes não venderem artigos a clientes de certa etnia ou religião.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 81.

1.2 Discriminação Indireta

Quando lidamos com situações de discriminação indireta, a identificação da mesma torna-se mais desafiadora em comparação com a discriminação direta. Tal ocorre devido à presença de disposições, critérios ou práticas aparentemente neutras⁹¹. A dificuldade acrescida na prova da discriminação indireta ocorre porque o comportamento discriminatório não precisa de ser intencional, assim como na discriminação direta.

O desafio reside no facto da discriminação indireta ocorrer por meio de políticas ou práticas que, à primeira vista, parecem neutras, mas que têm um impacto desproporcional em certos grupos ou indivíduos.

Assim sendo, prevê o art. 2.º, n.º 2, al. b), da Diretiva 2000/78/CE 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 religião ou convicções, com uma determinada deficiência, pessoas de uma determinada classe etária ou pessoas com uma determinada orientação sexual, comparativamente com outras pessoas”*⁹².

O nosso CT, no seu art. 23.º, n.º 1, al. b), assume como discriminação indireta a *“disposição, critério ou prática aparentemente neutro que 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”*.

Das disposições legais retira-se, portanto, que a discriminação indireta serve-se de critérios neutros, ao abrigo dos quais o empregador discrimina o trabalhador (ou o candidato a trabalhador), tendo por base um dos fatores de discriminação já enunciados. Assim sendo, para BRUNO MESTRE *“a discriminação indireta admite um conjunto mais amplo de justificações colocando o enfoque na proporcionalidade”*⁹³. Deste modo, devemos ter em

⁹¹ Será correto afirmarmos que a discriminação está camuflada? Parece-nos que sim.

⁹² O art. 2.º, n.º 2, al. b) da Diretiva 2000/43/CE vai no mesmo sentido.

⁹³ MESTRE, BRUNO, *op. cit.*, p. 65.

consideração o impacto que tais critérios neutros possam ter num certo grupo de pessoas, sendo que releva o impacto que for desproporcionado⁹⁴.

Com base no contexto da discriminação indireta, é fundamental compreender o significado de “*disposição, critério ou prática aparentemente neutra*”. As “*disposições*” referem-se a leis, normas, cláusulas contratuais e outras formas de regulamentação, enquanto que os “*critérios*” estão relacionados com os “*fatores que originaram a decisão do empregador*”⁹⁵. Por sua vez, as “*práticas*” englobam a implementação efetiva das disposições e critérios estabelecidos⁹⁶.

Neste sentido, ao conduzir-se à análise da discriminação indireta, é necessário selecionar-se um grupo específico, escolher-se um comparador adequado e fornecer-se evidências que comprovem a situação de desvantagem enfrentada pelo grupo em questão. Esta abordagem visa identificar disparidades, demonstrar a falta de justificação objetiva e razoável para tais desvantagens e promover a igualdade de tratamento, garantindo a proteção dos direitos dos grupos afetados.

No seio da discriminação indireta, a utilização de estatísticas tem sido aceite como método para investigar a existência de comportamentos discriminatórios. Este método não auxilia apenas na apresentação de provas, proporcionando também uma compreensão mais abrangente da discriminação que pode incidir sobre um grupo específico⁹⁷.

Apesar de ser frequente nos tribunais dos Estados Unidos, o uso de dados estatísticos o mesmo não acontece na realidade europeia, nomeadamente, ao nível dos tribunais de trabalho. E, tal como cita Júlio Vieira Gomes “*muitos usam as estatísticas como um bêbado*

⁹⁴ Para conseguirmos entender se estamos perante um situação de discriminação indireta. Nesse sentido, *vd.* MESTRE, BRUNO, *op. cit.*, p. 67. Cf. LOPES, DULCE, *op. cit.*, p. 55.

⁹⁵ MOREIRA, TERESA COELHO, *op. cit.*, p. 96.

⁹⁶ *Ibid.*

⁹⁷ Atendendo ao Considerando 15 da Diretiva 2000/78/CE, a utilização de dados estatísticos é possível, “*A apreciação dos factos dos quais se pode presumir que houve discriminação direta ou indireta é da competência dos órgãos judiciais ou de outros órgãos competentes, a nível nacional, de acordo com as normas ou as práticas nacionais, que podem prever, em especial, que a discriminação indireta possa ser estabelecida por quaisquer meios e, inclusive, com base em dados estatísticos*”. Cf. MOREIRA, TERESA COELHO, *op. cit.*, p. 99; e GOMES. No mesmo sentido, JÚLIO MANUEL VIEIRA, - *Direito do Trabalho- volume I- Relações Individuais de Trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 396.

usa um poste de iluminação- para apoio e não precisamente, para iluminação”⁹⁸. E não será de todo esse o objetivo. Assim sendo, a utilização de dados estatísticos é admissível, mas aqueles que os usem como meio de prova terão de provar dois factos. Primeiramente, cabe-lhes provar que a prova por estatísticas é o meio mais adequado para se aferir de uma situação de discriminação indireta e num segundo momento exige-se que o tribunal responsável pela análise dos dados estatísticos considere os mesmos credíveis, fiáveis e plausíveis⁹⁹.

Um outro problema surge quando a utilização de estatísticas importa o acesso a dados pessoais tidos por sensíveis, dados esses protegidos, no nosso ordenamento jurídico, pelo RGPD¹⁰⁰. A utilização destes dados sensíveis carece do consentimento do seu titular e é necessário que haja um interesse público relevante, considerando o disposto nos arts. 3.º, al. a) e 5.º, n.º 2¹⁰¹ da Lei n.º 67/98 e o art. 6.º, n.º 1, al. b) da Diretiva 95/46/CE¹⁰². Para além disso, tem de ser sempre observado o princípio da proporcionalidade, isto é, a utilização dos dados tem de ser sempre necessária e adequada, tendo em consideração os fins que se pretende obter, pelo que se exige uma análise prévia da necessidade ou indispensabilidade do tratamento de tais dados, art. 5.º, n.º 1, al. c)¹⁰³ da Lei n.º 67/98 e o art. 6.º, n.º 1, al. c) da Diretiva 95/46/CE¹⁰⁴.

⁹⁸ *Ibid.*, p. 397.

⁹⁹ MOREIRA, TERESA COELHO, *op. cit.*, p. 99.

¹⁰⁰ Diretiva 95/46/CE, de 24 de outubro de 1995, transposta para Portugal ao abrigo da Lei n.º 67/98, de 26 de outubro. Atender, nomeadamente, ao art. 7.º, segundo o qual “*É proibido o tratamento de dados pessoais referentes a convicções filosóficas ou políticas, filiação partidária ou sindical, fé religiosa, vida privada e origem racial ou étnica, bem como o tratamento de dados relativos à saúde e à vida sexual, incluindo os dados genéticos*”.

¹⁰¹ *Vd.* art. 5.º, n.º 2 da Lei n.º 67/98, “*Mediante requerimento do responsável pelo tratamento, e caso haja interesse legítimo, a CNPD pode autorizar a conservação de dados para fins históricos, estatísticos ou científicos por período superior ao referido na alínea e) do número anterior*”.

¹⁰² *Cf.* MOREIRA, TERESA COELHO, *op. cit.*, p. 101.

¹⁰³ *Vd.* art. 5.º, n.º 1, al. c) da Lei n.º 67/98, “*Adequados, pertinentes e não excessivos relativamente às finalidades para que são recolhidos e posteriormente tratados*”.

¹⁰⁴ *Ibid.* Atender ao acórdão *Voß (C-300/06)*, uma vez que se considerou que o Tribunal, na sua tomada de decisão, teve em conta um conjunto de dados estatísticos. Porém, é necessário que se prove que os meios estatísticos são os mais adequados para se fazer prova e o Tribunal Nacional tem de considerar que os mesmos são fiáveis.

É importante analisar-se se a discriminação indireta pode ser justificada. A resposta é sim, pois em certos casos é possível encontrar-se justificações objetivas para a conduta adotada. No entanto, é crucial observar-se o princípio da proporcionalidade, o que implica verificar-se se existe necessidade e adequação na aplicação das justificações¹⁰⁵. Para que a discriminação indireta seja considerada justificada, é necessário demonstrar-se que as medidas adotadas são proporcionais ao objetivo legítimo que se pretende alcançar.

Resumindo, de acordo com as palavras de MARIANA CANOTILHO a “*discriminação indireta refere-se a medidas que, no plano estritamente formal, são indistintamente aplicáveis, no que respeita aos critérios de diferenciação proibidos pela ordem jurídica, mas que, de um ponto de vista prático e material, têm um efeito equivalente ao das discriminações diretas*”¹⁰⁶.

1.3 Discriminação Múltipla

A riqueza da discriminação múltipla está na necessidade do cruzamento de mais do que um fator proibido, para que possamos falar em discriminação, uma vez que a afetação de apenas um fator poderia não originar discriminação¹⁰⁷.

É importante mencionar o acórdão *Galina Meister (C-415/10)* ao analisar-se esta temática, uma vez que este aborda uma situação de discriminação baseada na idade, no sexo e na origem étnica durante o processo de recrutamento de trabalhadores¹⁰⁸.

¹⁰⁵ CANOTILHO, MARIANA, *op. cit.*, p. 110.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 107.

¹⁰⁷ *Vd.* Considerando 14 da Diretiva 2000/43/CE e Considerando 3 da Diretiva 2000/78/CE.

¹⁰⁸ *Vd.* acórdão *Galina Meister (C-415/10)*, “*Acreditando que preenchia os requisitos exigidos para ocupar o lugar em questão, G. Meister considerou ter sido alvo de um tratamento menos favorável do que o que foi dado a outra pessoa numa situação semelhante, em razão do seu sexo, da sua idade e da sua origem étnica. Intentou então uma ação contra a Speech Design no Arbeitsgericht, pedindo, em primeiro lugar, que a sociedade lhe pagasse uma indemnização por discriminação laboral e, em segundo lugar, que juntasse aos autos o processo do candidato recrutado, o que lhe iria permitir demonstrar que era mais qualificada do que ele*”.

No caso da senhora *Galina Meister*, impõe-se que se considerem os fatores idade, sexo e origem étnica, porque se considerássemos, nomeadamente, apenas o fator idade poderiam não estar preenchidos os requisitos para que fosse possível falarmos de discriminação.

É correto afirmar-se que a discriminação múltipla ocorre quando há a combinação de mais do que um dos fatores discriminatórios mencionados anteriormente. No caso específico da discriminação em função da idade¹⁰⁹, podemos observar que a mesma está relacionada com a discriminação múltipla, uma vez que é possível combinar-se a proibição da discriminação em função da idade com a proibição da discriminação baseada em outros fatores, como o sexo¹¹⁰.

Esta perspetiva de discriminação múltipla reconhece que uma pessoa pode ser alvo de discriminação não apenas por um único fator, mas pela combinação de vários fatores. A interseção destes fatores pode agravar a desigualdade e resultar num tratamento injusto e discriminatório.

Portanto, ao analisarmos a questão da discriminação em função da idade, devemos considerar também a possibilidade de discriminação múltipla. Isto permite-nos compreender as complexidades e as interconexões das diversas formas de discriminação que podem afetar as pessoas em diferentes contextos.

2. O Assédio

O art. 29.º, n.º 1 do CT consagra a proibição do assédio, pelo que se trata de uma prática proibida por lei. Todavia, teremos de questionar o que se entende por assédio. O assédio pode ser (ou não) uma forma de discriminação que assenta num comportamento indesejado, relacionado (ou não) com fatores como a religião, o sexo, a idade, entre outros e que é praticado aquando do acesso ao emprego ou no emprego propriamente dito, trabalho ou formação profissional, tendo como objetivo perturbar ou constranger uma pessoa, bem

¹⁰⁹ MOREIRA, TERESA COELHO,- *A discriminação em razão da idade no contexto de uma população envelhecida na EU*, Minerva, Revista de Estudos Laborais, Ano VIII – I da 3.ª série – n.º 1 e 2, 2012, p. 118.

¹¹⁰ Por exemplo, discriminação das mulheres mais velhas.

como afetar a sua dignidade ou dar azo a um ambiente intimidativo, hostil, degradante, humilhante ou desestabilizador¹¹¹.

A Diretiva 2000/78/CE no seu art. 2.º, n.º 3 prevê, igualmente, que o assédio é considerado discriminação “*sempre que ocorrer um comportamento indesejado relacionado com um dos motivos referidos no artigo 1.º, com o objetivo ou o efeito de violar a dignidade de uma pessoa e de criar um ambiente de trabalho intimidativo, hostil, degradante, humilhante ou desestabilizador*”.

Assim sendo, o assédio pode ser moral (observando-se o disposto no art. 29.º, n.º 2 do CT) ou sexual (atendendo ao n.º 3 do mesmo preceito legal).

O assédio sexual passa por um comportamento indesejado de cariz sexual, sob a forma verbal, não verbal ou física¹¹².

¹¹¹ *Vd. art. 29.º, n.º 2 do CT. Nesse sentido, FALCÃO, DAVID E TOMÁS, SÉRGIO TENREIRO,- Lições de Direito do Trabalho, A Relação Individual de Trabalho, 11.ª ed., Almedina, Coimbra, 2021, p. 105.*

¹¹² GAMEIRO, ANTÓNIO RIBEIRO E PEREIRA, LUÍS CARDINHO,- *JUSLABORAL- Um Guia Prático do Direito Laboral*, 2.ª ed., Rei dos Livros, 2019, p. 145 e 147. Alguns comportamentos suscetíveis de serem classificados como assédio sexual no trabalho passam pelo envio de *SMS*, indesejados de carácter sexual, pela repetição constante de observações sugestivas, piadas ou comentários sobre a aparência física ou sobre a condição sexual ou até pela realização de pedidos de favores sexuais ligados a promessas de melhoria das condições de trabalho ou de progressão na carreira.

Vd. Acórdão do TRC de 2018/04/12, Processo n.º 8637/17.2T8CBR.C1, disponível em www.dgsi.pt. “(...) Que, em 2017-06-02, cerca das 11:00h, o Sr. A... enviou uma mensagem à Depoente questionando-a se esta não ia comer. Decorrida, aproximadamente uma hora e meia, a Depoente deslocou-se à cave para encher de água uma garrafa, na máquina dispensadora de água situada naquele local; Que, ao encher a garrafa naquele dispositivo se debruçou sobre o mesmo e foi surpreendida pelo Gerente, Sr. A. que, por trás, agarrou a Depoente, apalpou-a nas partes íntimas e transmitiu à Depoente, que passa a citar: “tenho aqui um preservativo no bolso. Vamos lá? (...) Ora, no caso em apreço, a entidade empregadora assumiu a responsabilidade de acusar o trabalhador da autoria, em relação a uma subordinada hierárquica, de atos praticados no local e no tempo de trabalho, passíveis de integrar a prática do ilícito contraordenacional de assédio sexual p. e p. no art. 29º/3/5 do CT/09, bem assim como do criminal de importunação sexual p. e p. no art. 170º do CP. Por outro lado, é sabido que a sociedade em geral, incluindo a portuguesa, tem vindo a ganhar, justificadamente, uma consciencialização cada vez mais apurada e tem dedicado uma atenção crescente no que concerne aos temas relacionados com a violação dos direitos humanos, entre os quais se inclui a violência de género de que o assédio sexual constitui uma das formas mais típicas e correntes”..

Todavia, tendo em consideração o tema em estudo, foquemo-nos no assédio moral, sendo que este pode ter uma vertente discriminatória ou não discriminatória. Qual a diferença entre ambos? O assédio moral discriminatório tem por base um comportamento, verbal, não verbal ou físico, que ocorre de forma reiterada e que tem efeitos indesejados, baseando-se num qualquer fator de discriminação¹¹³, com exceção do sexo quando este esteja relacionado com uma intenção de cariz sexual¹¹⁴. E nestes casos aplicar-se-á todo o regime do art. 23.º e ss do CT.

Por outro lado, o assédio moral não discriminatório parte de um comportamento, verbal, não verbal ou físico, ocorrendo de forma reiterada, com efeitos hostis e que podem contribuir para o afastamento do trabalhador da empresa (*mobbing laboral*)¹¹⁵. Aliás, as

¹¹³ O fator idade está aqui incluído, atendendo ao disposto no art. 2.º, n.º 3 da Diretiva 2000/78/CE Cf. Quanto ao assédio moral discriminatório devemos atender, por exemplo, ao acórdão *Coleman (C- 303/06)*, “*Quando se prove que o comportamento indesejável constitutivo de assédio sofrido por um trabalhador que não é portador de deficiência está ligado à deficiência de um filho ao qual presta o essencial dos cuidados de que este carece, tal comportamento é contrário ao princípio da igualdade de tratamento consagrado pela Diretiva 2000/78 e, designadamente, à proibição de assédio enunciada no seu artigo 2.º, n.º 3*”.

¹¹⁴ Todavia, segundo JÚLIO VIEIRA GOMES, “*se o autor persegue a mulher apenas por ser mulher e porque considera que as mulheres são criaturas inferiores ou menos capazes, o assédio configura um comportamento discriminatório*”, assim não será se o autor perseguir a mulher porque se sente sexualmente atraído por ela. GOMES, JÚLIO MANUEL VIEIRA, *op. cit.*, p. 411.

¹¹⁵ FALCÃO, DAVID E TOMÁS, SÉRGIO TENREIRO, *op. cit.*, p. 106. *Vd.* Acórdão do TRL de 2019/10/24, Processo n.º 37/18.8T8VCT.G1, disponível em www.dgsi.pt. “*A situação acima descrita, envolvendo inatividade prolongada, com colocação numa sala conhecida entre o pessoal como sala dos queimados, constitui como se refere na decisão recorrida, um ato deliberado da ré que se traduz num vexame e humilhação. A situação de inatividade de trabalhadores, ainda que usada para pressionar estes no sentido de aceitarem a rescisão, ou, já que no caso o autor se dispôs a negociar, no sentido de o pressionar para aceitar este em termos mais vantajosos para a ré, menos onerosos, não deixa de constituir uma situação de “mobbing”, enquadrando-se no normativo referido. Igualmente não deixa tal situação de constituir assédio tendo-se em vista constranger o trabalhador a aceitar funções não enquadradas na sua categoria e estatuto e que legalmente não possam ser-lhe impostas*”.

No mesmo sentido, Acórdão do TRE de 2017/12/06, Processo n.º 2823/16.0T8STB.E, disponível em www.dgsi.pt. “*O que está em causa é a conduta assumida pela arguida, depois do regresso do trabalhador após a baixa médica prolongada, que face à recusa por este na celebração do acordo de cessação do contato de trabalho, não foi a de instaurar um processo de despedimento por extinção do posto de trabalho, mas a de colocar o trabalhador, que tinha uma categoria elevada na empresa, em condições de trabalho humilhantes e mesmo vexatórias*”.

empresas são claramente, um espaço de “*autoridade e de convivialidade*”, pelo que são suscetíveis de gerar o referido *mobbing*.¹¹⁶

Posto isto, o assédio moral será vertical se for praticado pelos superiores hierárquicos ou horizontal quando levado a cabo pelos colegas de trabalho.

De acordo com as informações fornecidas, se um trabalhador de 60 anos é constantemente alvo de comentários depreciativos por parte dos seus colegas de trabalho, sendo chamado de “*velho*” de forma desrespeitosa, ou se eles se recusarem a conviver com ele devido à sua idade, isto configura uma situação de assédio moral discriminatório-horizontal. Neste caso, a discriminação ocorre entre colegas de trabalho que se encontram no mesmo nível hierárquico. Por outro lado, se forem os superiores hierárquicos a adotar estas atitudes discriminatórias em relação ao trabalhador, estaremos perante uma situação de assédio moral discriminatório-vertical¹¹⁷.

Por sua vez, se numa empresa um trabalhador for excluído pelos colegas, constantemente ignorado e colocado de parte pelos mesmos, isto pode configurar um exemplo de assédio moral não discriminatório¹¹⁸. Tal ocorre quando o comportamento não está relacionado com nenhum fator específico de discriminação. Muitas vezes aquilo que acontece é que o trabalhador não caiu nas “boas graças” dos restantes colegas, o que faz com que não se integre e seja afastado pelo grupo.

Para considerarmos uma situação como assédio, não há uma duração específica estabelecida. O art. 29.º do CT em momento algum consagra a exigência de reiteração, pelo que somos forçados a concluir que um só comportamento indesejado pode ser considerado assédio se trazer para a vítima consequências graves¹¹⁹. Dizer, igualmente, que não se tem

¹¹⁶ AMADO, JOÃO LEAL, *op. cit.*, p. 226.

¹¹⁷ MESTRE, BRUNO, *op. cit.*, p. 74.

¹¹⁸ *Ibid.*, pp. 74 a 75.

¹¹⁹ FALCÃO, DAVID E TOMÁS, SÉRGIO TENREIRO, *op. cit.*, p. 107.

exigido que haja intenção de assediar¹²⁰ para que estejamos perante uma situação de assédio moral no trabalho, tal como acontece com a discriminação direta e indireta¹²¹.

Concluindo este ponto, e tendo em conta a posição adotada pela legislação sobre esta temática, existem alguns traços respeitantes à noção de assédio no mundo laboral a ter em consideração. Posto isto, entendemos que tem de ocorrer um comportamento indesejado, pressupondo-se que há uma relação de causalidade adequada entre o comportamento e os efeitos hostis, degradantes, humilhantes e desestabilizadores e que conduzem a um resultado final degradante e reprovável¹²².

Há a proibição expressa do assédio, o que gerou, inclusivamente, um conjunto de obrigações para o empregador que passam, por exemplo, pela adoção de um código de conduta nas empresas com sete ou mais trabalhadores (art. 127.º, n.º 1, al. k) do CT), pela obrigatoriedade de exercer a ação disciplinar sempre que este tenha conhecimento de possíveis situações de assédio (art. 127.º, n.º 1, al. l) do CT) e pela exigência de ser o empregador a suportar a responsabilidade pela reparação dos danos emergentes de doenças profissionais resultantes de assédio (art. 283.º, n.º 8 do CT).

Assim sendo, o empregador tem um conjunto de obrigações destinadas à prevenção e reparação de comportamentos suscetíveis de configurar uma situação de assédio¹²³. E a vítima de assédio tem o transtorno de demonstrar, desde logo, que ocorreu um comportamento indesejado e que o mesmo tinha o propósito de violar a sua dignidade e de criar um ambiente hostil, degradante, humilhante e ofensivo, pelo simples facto de pertencer a um certo grupo de pessoas¹²⁴. Combater o assédio discriminatório é uma responsabilidade

¹²⁰ *Vd. Acórdão do STJ de 2019/09/11, Processo n.º 8249/16.8T8PRT.P1.S1, disponível em www.dgsi.pt. “De acordo com o disposto no artigo 29.º, n.º 1, do CT, no assédio não tem de estar presente o “objetivo” de afetar a vítima, bastando que este resultado seja “efeito” do comportamento adotado pelo “assediante””. *Vd. Acórdão do TRG de 2015/09/24, Processo n.º 220/13.8TTBCL.G1, disponível em www.dgsi.pt. “A definição legal de assédio não exige que o comportamento censurável tenha um determinado objetivo ou intenção. Basta que tenha o efeito de intimidar, hostilizar, humilhar...”**

¹²¹ Posição diversa assume ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES. *Vd. FERNANDES, ANTÓNIO MONTEIRO, op. cit., p. 306.*

¹²² FERNANDES, ANTÓNIO MONTEIRO, *op. cit.*, pp. 303 e 304.

¹²³ *Ibid.*, p. 305.

¹²⁴ MOREIRA, TERESA COELHO, *op. cit.*, p. 103.

compartilhada que requer a colaboração de empregadores, trabalhadores e sociedade em geral.

3. Ónus da Prova

É verdade que provar a ocorrência de discriminação pode ser uma tarefa desafiadora. Muitas vezes, as práticas discriminatórias são subtis, camufladas ou ocorrem de forma encoberta, o que dificulta a obtenção de evidências diretas. Isto coloca um grande obstáculo à vítima discriminada, pois a falta de prova tangível pode dificultar a sua posição¹²⁵.

Com vista a “aligeirar” a posição e o encargo do sujeito discriminado, estabeleceu-se a regra da partilha ou inversão do ónus da prova. Porém, não podemos olhar para esta possibilidade como uma simples inversão do ónus da prova¹²⁶, de acordo com o art. 344.º, do CC.

Para analisarmos devidamente esta questão temos de observar o art. 10.º, da Diretiva 2000/78/CE, uma vez que pelo seu n.º 1, *“Os Estados-Membros tomam as medidas necessárias, de acordo com os respetivos sistemas judiciais, para assegurar que, quando uma pessoa que se considere lesada pela não aplicação, no que lhe diz respeito, do princípio da igualdade de tratamento apresentar, perante um tribunal ou outra instância competente, elementos de facto constitutivos da presunção de discriminação direta ou indireta, incumba à parte requerida provar que não houve violação do princípio da igualdade de tratamento”*.¹²⁷

Do respetivo preceito legal resulta que o demandante não está totalmente dispensado do ónus da prova, pelo que não haverá então uma verdadeira inversão do ónus da prova. Aliás, para TERESA MOREIRA temos *“uma espécie de partilha do ónus da prova entre as*

¹²⁵No entanto, é importante destacar que existem diferentes tipos de evidências que podem ser consideradas. Embora a prova direta seja desejável, não é a única forma de comprovar a discriminação. A prova circunstancial, por exemplo, pode ser reunida através de indícios, testemunhos, padrões de comportamento ou declarações inconsistentes.

¹²⁶ MESTRE, BRUNO, *op. cit.*, p. 81.

¹²⁷ Importará atender, igualmente, aos Considerandos n.º 31 e 32 da Diretiva em apreço.

*partes demandante e demandada, o que significa que a responsabilidade de provar ou não a razão do processo é partilhada entre as duas partes*¹²⁸. Deste modo, caberá ao demandante levar para o processo factos constitutivos da existência de discriminação, ao passo que ao demandado caberá demonstrar que o seu comportamento ou o tratamento dado não se baseou em nenhum fator de discriminação¹²⁹.

A nível Nacional compete-nos mencionar o disposto no art. 25.º, n.º 5, do CT, ao abrigo do qual “*cabe a quem alega discriminação indicar o trabalhador ou trabalhadores em relação a quem se considera discriminado, incumbindo ao empregador provar que a diferença de tratamento não assenta em qualquer fator de discriminação*”. O previsto no presente artigo vai de encontro ao que já havia sido mencionado *supra*, pelo que estará em causa a inversão do ónus da prova, que no nosso entender será sobretudo uma verdadeira partilha do ónus da prova entre demandante e demandado. Importará lembrar que esta regra que se estabeleceu é aplicável a qualquer prática discriminatória, quer seja no acesso ao trabalho, na formação profissional ou no acesso às condições de trabalho¹³⁰.

O demandante da ação tem de levar os factos para a mesma, ou seja, terá de transportar para o processo os factos que estabelecem a existência de discriminação. Todavia, os factos mencionados serão diferentes consoante estejamos a tratar de discriminação direta ou indireta.

Nos casos de discriminação direta, o demandante terá de levar para os autos factos que demonstrem que lhe foi dado um tratamento menos favorável do que aquele que é dado, tenha sido dado ou possa vir a ser dado a outro sujeito em situação comparável (entra aqui a exigência de se apresentar um comparador real ou hipotético), invocando, igualmente, o fator de discriminação que para si está em causa¹³¹.

¹²⁸ MOREIRA, TERESA COELHO, *op. cit.*, p. 110.

¹²⁹ MESTRE, BRUNO, *op. cit.*, p. 82. Há, portanto, uma verdadeira repartição do ónus da prova, porque o demandante não fica isento de levar para os autos factos que demonstrem a existência de discriminação. Por sua vez, o demandado tem de mostrar que não agiu em discriminação de um fator, apresentando uma justificação justa e razoável. Como já mencionado, no ponto 2.1, as vítimas de discriminação (os demandantes) devem ser protegidos de eventuais atos de retaliação, bem como as testemunhas.

¹³⁰ FALCÃO, DAVID E TOMÁS, SÉRGIO TENREIRO, *op. cit.*, pp. 103 e 104.

¹³¹ MOREIRA, TERESA COELHO, *op. cit.*, pp. 114 e 115.

Tratando-se de uma situação de discriminação indireta o demandante terá de alegar que determinada prática, disposição ou critério coloca um grupo de pessoas numa situação de desvantagem, aludindo a “*comparações possíveis*”¹³² (neste campo entram as estatísticas).

Por sua vez, o demandado terá de demonstrar que o seu comportamento foi lícito e objetivamente justificado, isto é, que a diferença de tratamento não resulta de um fator discriminatório¹³³.

O assédio também suscita questões relacionadas com o ónus da prova. Em caso de assédio de natureza discriminatória, o trabalhador assediado é responsável por alegar o comportamento indesejado e fundamentar que o mesmo resulta de uma atitude discriminatória baseada num qualquer fator de discriminação. Isto implica a repartição do ónus da prova, como prevê o art. 25.º, n.º 5 do CT, uma vez que o empregador terá de demonstrar que a diferença de tratamento não foi motivada por nenhum fator de discriminação.

Nos casos de assédio não discriminatório, não parece haver a mencionada repartição do ónus da prova, pelo que o trabalhador assediado terá de alegar e provar todos os factos, ao abrigo do disposto no art. 342.º do CC¹³⁴.

Acerca da problemática do ónus da prova existem acórdãos a serem considerados. No acórdão *Danfoss (C-109/88)* estava em causa a existência de uma prática salarial discriminatória em função do sexo¹³⁵, surgindo então a questão: a quem competia o ónus da

¹³² *Ibid.*, p. 119.

¹³³ GOMES, JÚLIO MANUEL VIEIRA, *op. cit.*, p. 424.

¹³⁴ FALCÃO, DAVID E TOMÁS, SÉRGIO TENREIRO, *op. cit.*, p. 106. *Vd.* Acórdão do STJ de 2019/09/11, Processo n.º 8249/16.8T8PRT.P1.S1, disponível em www.dgsi.pt. “*Não sendo o assédio moral invocado discriminatório, o ónus da sua prova compete ao trabalhador, nos termos gerais da repartição do ónus da prova estabelecida no artigo 342º, do Código Civil*”.

¹³⁵ *Vd.* acórdão *Danfoss (C-109/88)*, “*Desde 1983, a prática salarial da empresa Danfoss é objeto de um litígio entre a Federação dos Empregados do Comércio e de Escritório «Handels — og Kontoriunktioærernes Forbund i Danmark» (adiante designada «Federação dos Empregados HK») e a Confederação do Patronato «Dansk Arbejdsgiverforening» (adiante designada «Confederação Patronal DA»). A Federação dos Empregados HK alega que esta prática salarial implica discriminações em razão do sexo, violando assim o disposto no artigo 1.º da Lei n.º 237 de 5 de Maio de 1986 que deu cumprimento à diretiva do Conselho de 10*

prova? Do acórdão resulta que o empregador (demandado) teria de demonstrar (provar) a inexistência de discriminação¹³⁶. O acórdão *Feryn (C-54/07)* consagra, novamente, a ideia de que cabe à entidade patronal provar que não foi violado o princípio da igualdade de tratamento¹³⁷. Ao nível nacional estatui o acórdão do *STJ n.º 4521/13.7TTLSB.LI.SI, de 14/12/2016* que “*quem invoca a prática discriminatória compete alegar e provar, além do diferente tratamento (resultado de tal prática), os factos integrantes de um daqueles fatores. (...) Alegado e demonstrado um desses fatores, a lei presume que dele resultou o tratamento diferenciado, fazendo recair sobre o empregador a prova do contrário, ou seja, a prova de que a diferença de tratamento não se deveu ao fator invocado, mas sim, a motivos legítimos, entre os quais se contam os relacionados com a natureza, qualidade e quantidade do trabalho prestado pelos trabalhadores em confronto*”.

Sintetizando, da legislação já mencionada não resulta uma verdadeira inversão do ónus da prova, mas sim uma partilha do mesmo, pelo que o demandante terá de demonstrar que houve discriminação, levando para o processo factos que possam indiciar isso mesmo, enquanto que o demandado terá de demonstrar que a sua conduta não visou a violação de nenhum fator de discriminação¹³⁸. Ainda assim, persiste uma dificuldade séria para o trabalhador demandante, porque comprovar a ocorrência de discriminação não é tarefa fácil.

de Fevereiro de 1975 relativa à aproximação das legislações dos Estados-membros no domínio da aplicação do princípio de igualdade de remuneração entre os trabalhadores masculinos e femininos (...)”.

¹³⁶ *Vd. acórdão Danfoss (C-109/88), “De facto, os trabalhadores ignoram quais os critérios de majoração aplicáveis e de que forma o são. Apenas lhes é dado conhecer o montante do seu salário, depois de majorado, não podendo determinar a influência exercida por cada um dos critérios de majoração. Quem pertence a uma determinada categoria salarial encontra-se assim na impossibilidade de comparar os diferentes componentes do seu salário com os do salário dos colegas que integram a mesma categoria salarial. (...) A fim de provar que a sua prática salarial não desfavorece sistematicamente os trabalhadores femininos, o empregador deverá indicar como aplicou os critérios de majoração, sendo assim levado a tornar transparente o seu sistema de remuneração.”.*

¹³⁷ *Vd. acórdão Feryn (C-54/07), “Cabe, assim, a esta entidade patronal provar que não foi violado o princípio da igualdade de tratamento. Pode fazê-lo demonstrando que a prática real de contratação da empresa não corresponde a essas declarações”.*

¹³⁸ O trabalhador terá de demonstrar que lhe foi dado um tratamento menos favorável do que aquele que é dado aos restantes trabalhadores, em consequência do fator idade. Por sua vez, o empregador terá de demonstrar que a idade não foi um fator ou que a sua utilização foi justificada. Cf. O’CINNEIDE, COLM,- *Age discrimination and European Law*, Comissão Europeia, Luxemburgo, 2005, disponível em www.ec.europa.eu, p. 10.

Senão vejamos, nos casos de discriminação em razão da idade, os sujeitos que afirmam ter sido vítimas de discriminação muitas vezes são pessoas já com idade avançada, pessoas na reforma ou até mesmo desempregadas, o que pode redundar numa falta de recursos e capacidade financeira, enquanto que os empregadores gozam, à partida, de mais capacidades a este nível.

Para além de que podemos estar perante uma prática subtil e camuflada, o que pode afastar os rastros óbvios de que ocorreu uma prática discriminatória.

É um enorme desafio provar que uma decisão ou uma ação foi tomada com base na idade de alguém, especialmente quando outros fatores também são considerados. Isto pode levar à interpretação de que a discriminação não ocorreu, mesmo que os indícios sugiram o contrário. Aliás, o desafio torna-se ainda maior nos casos de discriminação indireta.

Entendemos que uma verdadeira inversão do ónus da prova, ao invés da partilha atualmente estabelecida, poderia ser uma solução mais eficaz. Neste sentido, a responsabilidade de provar a ausência de discriminação seria transferida para o empregador. Temos esta posição porque entendemos que há uma verdadeira assimetria entre as partes e o poder que estas possuem.

Portanto, o ónus de provar que não houve discriminação deveria de recair sobre aqueles que têm maior capacidade de reunir e apresentar evidências, uma vez que o empregador geralmente tem acesso a informações privilegiadas e documentos internos que podem ser cruciais para comprovar a ocorrência de discriminação.

Aliás, ao colocarmos a responsabilidade de provar a não discriminação sobre o empregador, podemos incentivar práticas mais conscientes e inclusivas nas decisões de contratação, promoção e término de contrato, ou seja, isto pode atuar como um incentivo para que as empresas revejam as suas políticas e se esforcem para evitar qualquer forma de discriminação.

Para além disso, seria de uma importância considerável aumentar o nível de proteção dos denunciantes, garantindo-lhes meios mais eficazes de apresentação de denúncias e obtenção de provas. Isto poderia ser alcançado através de melhorias na legislação, que assegurem o sigilo relativamente à identidade dos denunciantes e disponibilizem recursos para que seja possível a existência de investigação e assistência jurídica.

5. A indenização resultante de atos discriminatórios

Nos termos do art. 28.º, do CT “*A prática de ato discriminatório lesivo de trabalhador ou candidato a emprego confere-lhe o direito a indemnização por danos patrimoniais e não patrimoniais, nos termos gerais de direito*”. A Diretiva 2000/78/CE, no seu art. 9.º, prevê que “*os Estados-Membros tomam as medidas necessárias para assegurar que todas as pessoas que se considerem lesadas pela não aplicação, no que lhes diz respeito, do princípio da igualdade de tratamento, possam recorrer a processos judiciais e/ou administrativos, incluindo, se considerarem adequado, os processos de conciliação, para exigir o cumprimento das obrigações impostas pela presente diretiva, mesmo depois de extintas as relações no âmbito das quais a discriminação tenha alegadamente ocorrido*”. Aliás, o art. 17.º do mesmo diploma estatui que, “*(...) As sanções, em que se pode incluir o pagamento de indemnizações à vítima, devem ser efetivas, proporcionadas e dissuasivas. (...)*”.

Do exposto e previsto na legislação retiramos que o trabalhador que tenha sido objeto de discriminação goza do direito a ser indemnizado por danos patrimoniais e não patrimoniais, nos termos gerais de direito. Ou seja, o Estado está obrigado a garantir um regime de sanções, que passará pelo pagamento de indemnizações “*efetivas, proporcionais e dissuasoras*”¹³⁹. Este direito abrange as situações de discriminação praticadas no âmbito da execução do contrato de trabalho, bem como as que ocorram na fase preliminar da celebração do contrato¹⁴⁰. E, seja qual for o caso, vigorará o regime da responsabilidade civil obrigacional.

No que se prende com os danos não patrimoniais a que o nosso CT alude devemos considerar o art. 496.º, do CC¹⁴¹. Porém, somos confrontados com um problema delicado,

¹³⁹ MESTRE, BRUNO, *op. cit.*, p. 231; Porém, a sanção indemnização pode ser cumulada com uma outra sanção, uma vez que em primeira linha se procura a reparação natural (se o ato discriminatório ocorrer já em sede de execução do contrato de trabalho, porque numa situação pré- contrato não se pode pôr em causa a liberdade de gestão empresarial). *Vd.* nesse sentido MARTINEZ, PEDRO ROMANO, *et al.*, *op. cit.*, p. 138.

¹⁴⁰ *Ibid.*

¹⁴¹ *Vd.* art. 496.º CC, “*1. Na fixação da indemnização deve atender-se aos danos não patrimoniais que, pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito. 2. Por morte da vítima, o direito à indemnização por danos não patrimoniais cabe, em conjunto, ao cônjuge não separado de pessoas e bens e aos filhos ou outros*

porque o ressarcimento não ocorrerá em relação a todos e quaisquer danos não patrimoniais. Este ressarcimento não é ilimitado, sendo que para haver lugar ao mesmo tem de existir uma determinada gravidade, não bastam meros transtornos ou desgostos, tendo sido esse o caminho traçado pela jurisprudência¹⁴². Contudo, se seguirmos este entendimento poderão ficar excluídas, por exemplo, as situações de discriminação indireta. Para além de que existem práticas que, muito embora sejam discriminatórias, não afetam de forma grave a dignidade dos visados. Questionamos a posição jurisprudencial.

Por outro lado, como já havíamos mencionado, a discriminação ocorrendo em sede de contratação também dará origem ao direito em apreço. Assim, poderemos estar perante um dano patrimonial ou um dano não patrimonial, isto é, se o trabalhador conseguir provar que teria sido contratado não fosse o ato discriminatório estaremos perante um dano patrimonial (aplicando-se analogicamente as regras do despedimento sem justa causa), caso só se consiga provar que existiu um ato discriminatório, não se fazendo prova de que o sujeito seria contratado não fosse esse mesmo ato, restará apenas a possibilidade de ser indemnizado por danos não patrimoniais¹⁴³. O empregador nestas circunstâncias nunca poderá ser obrigado a admitir o trabalhador, porque opera sempre o regime da liberdade contratual.

descendentes; na falta destes, aos pais ou outros ascendentes; e, por último, aos irmãos ou sobrinhos que os representem. 3. Se a vítima vivia em união de facto, o direito de indemnização previsto no número anterior cabe, em primeiro lugar, em conjunto, à pessoa que vivia com ela e aos filhos ou outros descendentes. 4. O montante da indemnização é fixado equitativamente pelo tribunal, tendo em atenção, em qualquer caso, as circunstâncias referidas no artigo 494.º; no caso de morte, podem ser atendidos não só os danos não patrimoniais sofridos pela vítima, como os sofridos pelas pessoas com direito a indemnização nos termos dos números anteriores.”

¹⁴² *Vd. MESTRE, BRUNO, op. cit., p. 233. Nesse sentido, acórdão do TRL de 2005/10/20, processo n.º 1082/2005-8, disponível em www.dgsi.pt, “Só são indemnizáveis os danos que afetam profundamente os valores ou interesses da personalidade jurídica ou moral; Os meros transtornos, incómodos, desgostos e preocupações, cuja gravidade e consequências se desconhecem, não podem constituir danos não patrimoniais ressarcíveis”.*

¹⁴³ *Ibid.*, p. 235.

No caso do ato discriminatório ocorrer apenas no decurso da execução do contrato, o empregador poderá ser obrigado a proceder à restituição natural, ou seja, poderá ter de colocar o trabalhador nas circunstâncias em que estaria não fosse o ato discriminatório¹⁴⁴.

A indemnização concedida à vítima visa a reparação, mas sobretudo a dissuasão, porque se acredita que “*altos níveis de compensação garantem o fim da discriminação*”¹⁴⁵.

Capítulo III: O direito à não discriminação em função da idade

1. O conceito de “idade”

A noção de idade refere-se à passagem do tempo e ao período decorrido desde o nascimento de um ser até ao seu momento atual, portanto é um fator intrínseco à condição humana.

A esperança média de vida em Portugal, que se situava nos 84,3 anos em 2022¹⁴⁶, reflete uma tendência do aumento da longevidade e envelhecimento da população portuguesa. Os dados estatístico revelam que as pessoas estão a viver mais tempo, o que por sua vez tem impacto direto na composição demográfica do país.

A taxa de fecundidade geral no país, que se situou nos 35,8‰¹⁴⁷ em 2021, reflete uma diminuição significativa em comparação com períodos anteriores. Este valor indica a quantidade de nascimentos por cada 1000 mulheres em idade fértil. A taxa de natalidade abaixo do esperado e necessário em 2022 indica que o número de nascimentos não atingiu

¹⁴⁴ MARTINEZ, PEDRO ROMANO, *et al.*, *op. cit.*, p. 139.

¹⁴⁵ MOREIRA, TERESA COELHO, *op. cit.*, p. 126.

¹⁴⁶ Desde 1960 que tem ocorrido um aumento significativo da esperança média de vida em Portugal, apesar de nos últimos dois anos ter havido uma descida pouco significativa, muito por causa da situação pandémica que o país (e o mundo) atravessou. *Vd. SILVA, SAMUEL,- Esperança média de vida baixou 0,6 meses nos últimos três anos*, Público, 29 de novembro de 2022, disponível em www.publico.pt.

¹⁴⁷ Muito abaixo dos 95,7‰, verificados no ano de 1961. *Vd. PORDATA,- Taxa de fecundidade geral Quantos filhos existem em cada 1.000 mulheres em idade fértil?*, 28 de dezembro de 2022, disponível em www.pordata.pt.

os níveis desejáveis para garantir a renovação e o crescimento da população¹⁴⁸. Portanto, a baixa taxa de fecundidade e natalidade pode trazer desafios para a sustentabilidade do sistema de segurança social, para o equilíbrio entre gerações e para a dinâmica económica do país.

É uma realidade cada vez mais evidente que a população global está a envelhecer, e isso reflete-se também no nosso país. Com o aumento da esperança média de vida e o declínio da taxa de natalidade, é natural que a composição demográfica seja cada vez mais dominada por pessoas de idade avançada¹⁴⁹. Esta alteração demográfica tem implicações significativas na forma como a sociedade se estrutura. A necessidade de prolongar a vida laboral é uma realidade cada vez mais presente. O que antes era desejável hoje em dia é absolutamente necessário.

Por outro lado, a população jovem tende a prolongar a sua educação, concluindo os seus estudos por volta dos 23 ou 24 anos. Isto atrasa o momento em que os jovens alcançam a sua autonomia e independência financeira, o que por sua vez leva a um adiamento da decisão de formar uma família. Antigamente, a vontade de constituir família surgia em idades mais jovens, por volta dos 20 ou 25 anos, mas hoje em dia essa vontade muitas vezes só se manifesta a partir dos 30 anos. Para isto contribuíram também as sucessivas crises económicas que afetaram o nosso país, mas também a Europa. As crises económicas tiveram impacto na estabilidade financeira dos jovens e nas suas perspetivas de emprego, o que pode ter contribuído para o adiamento dos planos familiares.

Se a necessidade de trabalhar mais anos para alguns trabalhadores era necessário, atualmente é de “*crucial importância*” para todos ou quase todos os trabalhadores¹⁵⁰.

O conceito de idade está intrinsecamente relacionado com outro conceito fundamental- o idadismo. O idadismo refere-se à adoção de comportamentos negativos

¹⁴⁸ No ano de 2020, Portugal registou uma taxa bruta de natalidade de 8,2‰, enquanto que a Europa registou uma taxa de 9,1‰. Se formos comparar o valor da taxa bruta de natalidade, em Portugal, no ano de 1960, a mesma encontrava-se nos 24,1‰. A diferença é significativa. *Vd. PORDATA,- Taxa bruta de natalidade. Que países têm mais e menos bebés por 1.000 residentes?*, 08 de julho de 2022, disponível em www.pordata.pt.

¹⁴⁹ Apresentando-se Portugal como um dos países mais envelhecidos da Europa. MARQUES, SIBILA, *op. cit.*, p. 23.

¹⁵⁰ MOREIRA, TERESA COELHO, *op. cit.*, p. 11.

baseados exclusivamente na idade, ou seja, estarão em causa condutas generalizadas e discriminatórias que têm por fundamento o critério etário¹⁵¹.

A discriminação em razão da idade serve-se de três categorias de idade, entre elas, a idade cronológica contada a partir da data do nascimento; a idade biológica que denota a capacidade para o trabalho e outras competências (em muito associada à reforma); e a idade social usada para descrever a forma como a idade em si mesma é vista pela sociedade (relativa a estereótipos e preconceitos). Estas categorias abrangem diferentes aspetos da idade e são frequentemente utilizadas como fundamentos para a discriminação em diversas áreas da vida social e laboral¹⁵².

Deste modo, as práticas discriminatórias baseadas no fator em estudo estarão abrangidas pelo idadismo. E aqui não nos referimos apenas aos mais velhos, uma vez que estão incluídos todos os grupos etários, nomeadamente, os mais jovens¹⁵³.

Analisando os fundamentos apresentados, é imperativo reconhecer que os indivíduos mais velhos são os que mais sofrem de idadismo em Portugal. E neste caso o idadismo manifesta-se como? Ao nível do direito laboral através de um menor investimento na formação profissional dos trabalhadores “idosos”, pelo que os trabalhadores mais jovens podem receber mais oportunidades de formação e desenvolvimento profissional do que os mais velhos, com base na suposição de que estão numa fase mais “recetiva” ou que têm

¹⁵¹ Todavia, muitas vezes olha-se para a discriminação em razão da idade com uma forma de discriminação menos prejudicial, uma vez que se trata de uma discriminação ao nosso “eu futuro”. Neste sentido, GUIDELINE ON AGE DISCRIMINATION, New Brunswick Human Rights Commission, Canada, janeiro de 2023, disponível em www.gnb.ca/hrc-cdp, p. 6.

¹⁵² *Ibid.*, pp. 6 e 7.

¹⁵³ MARQUES, SIBILA, *op. cit.*, p. 18. Nesse sentido, GOMES, JÚLIO MANUEL VIEIRA, *op. cit.*, p. 400. “*Proíbe-se, tanto a discriminação dos jovens, como a dos idosos, já que o conceito idade é, em si mesmo, neutro*”. Na mesma linha de pensamento, MOREIRA, TERESA COELHO, Minerva, Revista de Estudos Laborais, *op. cit.*, p. 70. “*O acesso ao emprego é necessário quer para os jovens, quer para as pessoas mais velhas, se se pretende que cada um possa realizar-se através do trabalho e possa, igualmente, participar ativamente na sociedade*”.

mais potencial de crescimento. Estará também em causa a entrada de mão-de-obra jovem no mundo laboral através da dispensa dos trabalhadores mais velhos¹⁵⁴.

Por outro lado, como refere JÚLIO VIEIRA GOMES, são os trabalhadores mais velhos que possuem “*maior antiguidade e, até por isso, tendem a ter salários mais elevados*”¹⁵⁵, o que será propício ao afastamento. Aliás, podem ocorrer disparidades salariais entre pessoas mais jovens e mais velhas que ocupam cargos semelhantes. Os empregadores podem pagar salários mais baixos aos trabalhadores mais jovens, justificando tal prática com o investimento que estão a fazer no seu futuro, enquanto que os trabalhadores mais velhos podem ser subvalorizados e receber salários mais baixos, apesar de possuírem experiência e conhecimento.

Numa outra perspetiva, não são raras as vezes em que vemos os mais velhos como incapazes, ou porque já não possuem a destreza (física e mental) que teriam na flor da idade ou porque estão mais expostos, cremos nós, à doença. Para além de que são considerados menos aptos para se adaptarem à nova realidade- o digital¹⁵⁶.

Indubitavelmente, é preciso reconhecer que não podemos generalizar e fazer juízos hipotéticos baseados unicamente na idade. Não há garantias de que um indivíduo de 50 anos não possa ser tão produtivo quanto um jovem de 20, ou que um trabalhador de 40 anos não seja capaz de se adaptar às novas tecnologias. A idade não pode ser vista como um fator absoluto para determinar as capacidades físicas, mentais ou de aprendizagem de um indivíduo¹⁵⁷.

Cada pessoa é única, e é injusto assumir que as características e habilidades de um indivíduo são ditadas apenas pela idade. Existem inúmeros exemplos de atletas e

¹⁵⁴ “*A economia chama a este tipo de pensamento a falácia do pulmão, já que implicitamente se assume que, tal como o ar que entra e sai dos pulmões, para que uns entrem no mercado do trabalho outros têm de sair*”, MARQUES, SIBILA, *op. cit.*, p. 25.

¹⁵⁵ GOMES, JÚLIO MANUEL VIEIRA, *op. cit.*, p. 402.

¹⁵⁶ Aliás, os mais velhos podem ficar “presos” a métodos antiquados, apenas porque o benefício do método mais recente é pequeno, por exemplo. Cf. POSNER, RICHARD A.,- *Aging and old age*, The University of Chicago Press, 1997, p. 321.

¹⁵⁷ Contudo, um candidato ao emprego com 48-50 anos recebe três vezes menos respostas positivas, do que um candidato de 28-30 anos, segundo HOUSER, MATTHIEU,- *La spécificité du principe de non-discrimination en raison de l'âge*, *Revue Française de Droit Administratif*, a.26 n.º 2, março- abril 2010, p. 324.

profissionais que continuam ativos e produtivos mesmo em idades mais avançadas, enquanto outros podem enfrentar limitações mais cedo. A diversidade e singularidade de cada indivíduo devem ser levadas em consideração, e a idade não deve ser usada como um critério absoluto para avaliar o desempenho e a capacidade de um trabalhador.

Certamente que a situação dos jovens no mercado de trabalho é também motivo de preocupação. Tal como um trabalhador de 40 anos pode ter capacidade para acompanhar um trabalhador de 25 anos, um trabalhador de 25 anos também pode ter capacidade para acompanhar um de 40 anos. Muitas vezes, os jovens enfrentam obstáculos significativos para entrar no mercado de trabalho, mesmo que possuam boas habilidades e competências. A falta de experiência profissional, muitas vezes expressa através de um currículo sem experiência relevante, pode dificultar a entrada de jovens no mercado de trabalho, mesmo que tenham adquirido conhecimentos sólidos durante a sua formação académica.

O paradoxo é evidente: enquanto que os trabalhadores mais experientes são considerados “velhos demais”, o que pode fazer com que sejam dispensados com maior facilidade, os jovens podem ser vistos como "muito inexperientes", o que origina dificuldades na procura de oportunidades de emprego.

É importante reconhecer que os jovens têm muito a oferecer ao mercado de trabalho, como entusiasmo, motivação e conhecimento atualizado. Por outro lado, a inclusão e a valorização da experiência¹⁵⁸ de trabalhadores mais velhos pode contribuir para um ambiente de trabalho mais rico, com troca de conhecimentos.

O impacto dos estereótipos e dos preconceitos assentes na idade é claramente negativo e é particularmente marcado no contexto laboral¹⁵⁹. É importante que se assegure o acesso ao emprego, quer para os mais jovens, quer para os mais idosos, porque só assim é que os indivíduos se realizam no trabalho e se interagem com a sociedade¹⁶⁰.

¹⁵⁸ Ter em atenção que a definição de idade varia de setor para setor, pelo que tem de existir uma compreensão ampla daquilo que se considera experiência profissional. CLESSE, JACQUES,- *Les barèmes de rémunération , la périlleuse transition de l'âge à l'expérience pour éliminer la discrimination*, Revue de la Faculté de Droit de l'Université de Liège, a.62 n.º1, 2017, p. 34.

¹⁵⁹ O' CINNEIDE, COLM,- *op. cit.*, p. 11.

¹⁶⁰ *Ibid.*

Os número comprovam que o idadismo existe, senão vejamos a principal forma de discriminação sentida pelos portugueses assenta no fator idade, atingindo sobretudo as pessoas mais velhas¹⁶¹. Desta forma, a discriminação com base na idade ultrapassa, nomeadamente, a histórica discriminação em função do sexo¹⁶². E não se refere apenas o plano nacional, uma vez que a diferenciação entre indivíduos resultante do fator idade é comum em toda a UE¹⁶³.

Neste enalce, percebemos que a discriminação em função da idade é claramente uma forma de violação ou de ataque à dignidade da pessoa humana, colocando em causa direitos fundamentais. Por esse motivo, houve lugar à consagração da “idade” (abrangendo os vários grupos etários¹⁶⁴, embora não definindo expressamente aquilo que entende por “idade”) como fundamento de discriminação proibido no CT¹⁶⁵ e na Diretiva 2000/78/CE¹⁶⁶, sendo certo que a Diretiva configura uma densificação “*da criação jurisprudencial, consagrada no acórdão Mangold*”¹⁶⁷.

¹⁶¹ MARQUES, SIBILA, *op. cit.*, p. 19. Assim não consideram os franceses, de acordo com DÉFENSEUR DES DROITS,- *Études & Résultats Difficultés d'accès aux droits et discriminations liées à l'âge avance*, République Française, outubro de 2021, disponível em www.defenseurdesdroits.fr, p. 11.

¹⁶² *Ibid.* A idade e o sexo são fatores discriminatórios que possuem algo em comum, uma vez que quer num, quer noutro, notamos de imediato numa pessoa e conseguimos “*localizá-la*”. Cf. POSNER, RICHARD A., *op. cit.*, p. 322.

¹⁶³ O’CINNEIDE, COLM, *op. cit.*, p. 11.

¹⁶⁴ CANAS DA SILVA, RITA,- *Discriminação laboral em função da idade*, Congresso Europeu de Direito do Trabalho, Coord. José João Abrantes, Almedina, abril de 2014, p. 252.

¹⁶⁵ *Vd.* arts. 10.º e 24.º do CT.

¹⁶⁶ *Vd.* Considerandos 8 e 25, bem como os arts. 1.º, 2.º e 6.º da Diretiva 2000/78/CE. O Tratado de Amesterdão foi o primeiro a identificar a idade como fator de discriminação. Porém, a UE tem na sua agenda política questões relacionadas com a idade, desde 1982, *vd.* PERES, CATARINA VIEIRA,- *EU Case Law Developments on Age Discrimination*, Market and Competition Law Review, v.2 n.º2, outubro de 2018, p. 155.

¹⁶⁷ MESTRE, BRUNO,- *Discriminação em Função da Idade- Análise crítica da Jurisprudência Comunitária e Nacional*”, Para Jorge Leite, Escritos Jurídico-Laborais, Coord. João Reis, Leal Amado, *et. al.*, Coimbra Editora, 2014, p. 9. No mesmo sentido, CABRAL, PEDRO,- *Um novo princípio geral de direito comunitário , o princípio de não discriminação em razão da idade*, Temas de Integração, n.º 25, Almedina, 2008, pp. 246 e 247.

Porém, o reconhecimento da idade como fator proibido de discriminação não foi fácil¹⁶⁸. A idade não corresponde a algo fixo e estável. Ao passo que um sujeito nasce e terá ao longo da sua vida a mesma raça, o mesmo não sucede com a idade. Estamos perante uma variabilidade que pode gerar diferentes estereótipos e até mesmo discriminações ao longo da vida de um sujeito. Daqui retiramos que não é possível a comparação do fator em estudo com os demais, não só por esta flexibilidade que lhe está associada, mas também pelo facto de muitas vezes esta não ser motivada pelo mesmo ódio que é empregue quando falamos de outros fatores¹⁶⁹. Para além disso, há uma tendência para a sociedade olhar para a discriminação com base na idade como menos prejudicial quando comparada com a discriminação por outros fatores¹⁷⁰.

A Diretiva 2000/78/CE protege a idade como fundamento proibido de discriminação, isto é, qualquer comportamento/atitude assente no fator em estudo pode ser vista como potencialmente discriminatória, pelo que estamos perante uma tutela consideravelmente ampla. E dizemos que é uma tutela ampla, também, porque a diretiva ao não definir expressamente o fator idade estabelece uma proteção genérica estando obrigatoriamente a abranger os diversos grupos etários¹⁷¹.

O CT consagra, igualmente, uma proteção bastante alargada no que toca à discriminação em função da idade no âmbito da relação laboral, pelo que a mesma é proibida quer no seio do trabalho subordinado, quer no trabalho independente, abrangendo igualmente todos os grupos etários.

¹⁶⁸ Aliás, a consagração do mesmo não teve como objetivo principal a defesa de direitos fundamentais, mas sim a defesa de interesses económicos e financeiros. Estão em causa os objetivos da “*Agenda de Lisboa relacionados com as taxas de emprego da população em geral- de 70%- e dos trabalhadores mais idosos em particular, entre 55-64 anos- mais de 50%. Trata-se, assim, de manter e conservar o máximo número de pessoas a trabalhar na tentativa de conseguir eficácia económica e a luta contra os deficits públicos*”, *Vd. MOREIRA, TERESA COELHO, Minerva, Revista de Estudos Laborais, op. cit., p. 68.*

¹⁶⁹ Poderão estar aqui em causa sentimentos como piedade ou o paternalismo. *Vd. MARQUES, SIBILA,- op. cit., p. 18.*

¹⁷⁰ GUIDELINE ON AGE DISCRIMINATION, *op. cit., p. 5.*

¹⁷¹ MOREIRA, TERESA COELHO, *Minerva- Revista de Estudos Laborais, op. cit., pp. 69 a 71.* Constatamos que ao nível da UE a proteção é genérica no que à idade diz respeito. Porém, nos EUA o tratamento é diferente, ou seja, é estabelecida uma idade específica para proteção, 40 anos, *vd. PERES, CATARINA VIEIRA, op. cit., p. 152.*

1.1 O fator idade e a discriminação direta

A discriminação direta em função da idade ocorre nas situações em que ao trabalhador é dado um tratamento menos favorável do que aquele que é dado, tenha sido dado ou possa vir a ser dado a outro trabalhador, em situação comparável, com exceção do fator idade, tal como prevê o art. 2.º, n.º 2, al. a) da Diretiva 2000/78/CE e o art. 23.º, n.º 1, al. a) do CT.

Assim sendo, está em causa a violação de direitos humanos e a perpetuação da existência de estereótipos e preconceitos. Para além do impacto negativo na economia e das consequências sociais e emocionais significativas que a discriminação direta em razão da idade pode originar.

A existência de uma proteção ampla no que ao fator idade diz respeito, quer na Diretiva 2000/78/CE, quer no CT, pode levantar por si só algumas questões assentes, nomeadamente, na identificação do elemento comparador e na exigência de uma justificação pormenorizada por parte do empregador no que toca às suas decisões¹⁷². A idade, como é sabido, tem uma natureza fluida, incerta e isto gera dificuldades.

Na discriminação direta, exige-se que haja uma “*situação comparável*” e é aqui que se levanta a maior dificuldade quando falamos de discriminação em função do fator idade, uma vez que teremos de analisar se o dito tratamento discriminatório assentou na idade, ou seja, se a idade foi critério. Para além de que a escolha de um comparador é também ela complicada, considerando que no mundo laboral são tidas em conta certas particularidades como a “*experiência e a maturidade*”¹⁷³. Por exemplo, ao compararmos a situação de um trabalhador discriminado de 59 anos, devemos considerar trabalhadores de 53 ou 61 anos como referência? As distintas realidades individuais tornam esta comparação desafiadora.

Na análise da discriminação em função do fator idade, uma vez estabelecido o elemento comparador, é crucial demonstrarmos em que momento ou até que ponto a diferença de idades entre os sujeitos se tornou fundamental para identificar a discriminação¹⁷⁴. Em muitos casos, não há uma menção explícita ao fator idade que permita

¹⁷² MESTRE, BRUNO, *op. cit.*, p. 168.

¹⁷³ *Ibid.*, p.169.

¹⁷⁴ *Ibid.*

concluir que ocorreu discriminação com base neste critério. Portanto, é essencial estarmos atentos à presença de outros elementos relacionados com a idade, como a experiência profissional, a aptidão física, a maturidade, entre outros, que possam estar subjacentes à tomada de decisão.¹⁷⁵

Exemplificando, se um empregador dispensar da sua empresa todos os trabalhadores com 50 anos poderemos estar perante uma situação de discriminação direta, uma vez que aos trabalhadores com 50 anos está a ser dado um tratamento menos favorável do que aos restantes trabalhadores, em situação comparável, diferindo entre uns e outros tão somente o fator idade.

Outra hipótese será aquela em que os empregadores transferem ou realocam todos os trabalhadores mais velhos para locais de trabalho mais distantes, enquanto que os trabalhadores mais jovens permanecem no mesmo local de trabalho.

Referir, igualmente, que se o empregador negar, somente, aos trabalhadores mais velhos a oportunidade de participarem em programas de formação, tal também pode dar origem a uma situação de discriminação direta, uma vez que os trabalhadores mais jovens, em comparação, terão acesso a esses mesmos programas. Estaremos, nestas hipóteses, perante práticas discriminatórias em função do fator idade.

Cada situação deve ser analisada individualmente para se verificar se existe de facto discriminação em função da idade, levando em consideração os elementos específicos envolvidos e a legislação aplicável.

1.2 O fator idade e a discriminação indireta

Como já referimos no capítulo I, a discriminação indireta ocorre quando um critério, prática ou disposição aparentemente neutra coloca um certo grupo numa posição desfavorável. Neste contexto, é relevante salientar que a utilização de estatísticas pode ser um meio válido para comprovar a existência de tais práticas, disposições ou critérios conforme preconizado no considerando 15 da Diretiva 2000/78/CE, contribuindo para uma

¹⁷⁵ O' CINNEIDE, COLM, *op. cit.*, pp. 20 a 24.

compreensão mais abrangente e aprofundada desta forma de discriminação no âmbito laboral.

A análise da discriminação indireta com base no fator em estudo suscita questões complexas, sobretudo no que diz respeito à identificação dos grupos comparáveis, representando um desafio na determinação do tratamento discriminatório e na avaliação do impacto que as práticas aparentemente neutras podem ter sobre determinados grupos etários.

Quais os grupos etários que devemos considerar para demonstrar que existe um comportamento diferenciado? Tal como questiona, JÚLIO VIEIRA GOMES é correto compararmos os sexagenários com pessoas de 20, 30 ou 40 anos?¹⁷⁶

Assim sendo, ao analisarmos um processo de recrutamento de uma empresa, faz sentido compararmos candidatos com idades próximas que possuam qualificações, experiências e capacidades semelhantes para o cargo em questão. Comparar um candidato de 60 anos com um de 20 anos pode não ser apropriado, uma vez que os critérios de seleção e as necessidades da empresa podem variar significativamente para estes grupos etários distintos.

Neste ponto levantam-se ainda problemas acrescidos ao nível da prova. Constitui discriminação em função da idade um anúncio de emprego que exija *3 anos de experiência numa determinada área profissional*? Ou aquele que procure um trabalhador *dinâmico*? E, ainda, o anúncio que exija *especiais conhecimentos em tecnologias*, sendo que esses conhecimentos não estão diretamente relacionados com o posto de trabalho? Todas estas questões são complexas e o TJUE ainda não lhes deu resposta¹⁷⁷.

Na análise destes exemplos, é possível perceber que muitos deles podem constituir discriminação em função da idade. Tomemos, por exemplo, a profissão de cozinheiro e a exigência de conhecimentos especiais em tecnologia e informação para a confeção de alimentos. Neste caso, a exigência de habilidades em tecnologia pode ser considerada uma

¹⁷⁶ GOMES, JÚLIO MANUEL VIEIRA, *op. cit.*, p.408.

¹⁷⁷ MOREIRA, TERESA COELHO, *op. cit.*, pp. 37 a 38. Os anúncios de emprego que usem as expressões “*recém-licenciado*”, “*proativo*”, “*experiência significativa na área*”, configuram uma situação de discriminação indireta em função da idade? Ou uma página de anúncios de emprego que publicite o seguinte anúncio: “*Admite-se carpinteiro com idade inferior a 23 anos que procure o 1º emprego*”?

prática aparentemente neutra¹⁷⁸, mas que pode colocar um grupo específico de pessoas numa situação de desvantagem, no caso em específico, as pessoas mais velhas.

Esta situação ilustra como certas práticas, que aparentemente não se referem diretamente à idade, podem afetar de forma desigual grupos etários específicos.

Outra hipótese de discriminação indireta será aquela em que uma empresa oferece um plano de saúde aos seus trabalhadores, mas limita ou reduz os benefícios para os trabalhadores que permanecem no seu posto de trabalho para além da idade da reforma. Esta posição por parte do empregador pode configurar uma situação de discriminação indireta.

Dizer também que, se refletirmos, percebemos que um qualquer critério, prática ou disposição pode ser apto a gerar uma situação de discriminação indireta, isto porque a experiência, a maturidade e qualquer outro critério considerado neutro pode ter aplicação no contexto laboral e colocar pessoas de certa idade numa posição de desvantagem¹⁷⁹.

Aliás, a maturidade e a capacidade de decisão, por exemplo, são critérios associados aos trabalhadores mais velhos, enquanto que o conhecimento de informática ou a aptidão física são critérios apontados aos mais jovens. Assim sendo, a generalidade dos critérios, práticas ou disposições é suscetível de colocar um determinado grupo etário numa situação de desvantagem¹⁸⁰. Todavia, nada haverá a temer se esses mesmos critérios, práticas ou disposições estiverem justificados por um objetivo legítimo e se o mesmo for adequado e necessário.

¹⁷⁸ O mesmo se diria se fossem exigidas especiais aptidões físicas para a profissão de “administrativo”, Cf. MESTRE, BRUNO,- Para Jorge Leite, *Escritos Jurídico-Laborais*, *op. cit.*, p. 592.

¹⁷⁹ O’CINNEIDE, COLM, *op. cit.*, pp. 30 a 32.

¹⁸⁰ *Ibid.*, p. 32.

1.3 Justificações e exceções à discriminação em função do fator idade

A Diretiva 2000/78/CE e o CT admitem que um certo tratamento diferenciado, em função do fator idade possa, estar justificado. Portanto, teremos de atender aos arts. 2.º, n.º 2, al. b)¹⁸¹ e n.º 5¹⁸², 4.º, n.º 1 e 6.º, n.º 1 da Diretiva 2000/78/CE e 25.º, n.º 3 do CT¹⁸³.

Estamos perante “*justificações da discriminação*”, isto é, a lei proíbe a discriminação em função da idade, salvo se estivermos perante um dos motivos justificativos. E chegados aqui cumpre-nos dizer que o fator idade é aquele que levanta, talvez, mais discórdia e divergência. É de facto um fator de discriminação bastante complexo, por tudo aquilo que já dissemos, mas também pelas justificações que passaremos agora a enunciar.

Posto isto e atendendo às palavras de TERESA MOREIRA, “*há exceções consagradas na própria lei que limitam a possibilidade da existência de discriminação em razão da idade na medida em que, por vezes, as distinções fundadas na idade podem ter origem em considerações racionais que não são incompatíveis com o reconhecimento da dignidade da pessoa humana e que se baseiam em objetivos económicos e sociais válidos e que são concebidos para proteger determinados grupos particulares, permitindo uma discriminação direta*”¹⁸⁴.

¹⁸¹ No que se refere à discriminação indireta.

¹⁸² Nesse sentido, em *Domnica Petersen (C-341/08)* considerou o Tribunal que a fixação da idade máxima de 68 anos para se exercer a profissão de dentista convencionado poderia estar justificada pela ideia de proteção da saúde pública. Cf. MOREIRA, TERESA COELHO, *op. cit.*, p. 31.

¹⁸³ O art. 25.º, n.º 3 do CT acaba por ter um âmbito de aplicação menos restritivo do que aquele que resulta da Diretiva 2000/78/CE, uma vez que usa a expressão “*justificável*” ao invés da expressão “*essencial*”, tal como já referido no capítulo I.

¹⁸⁴ MOREIRA, TERESA COELHO, *Minerva- Revista de Estudos Laborais, op. cit.*, p. 77. Nesse sentido, devemos atender ao Considerando 25 da Diretiva 2000/78/CE, segundo o qual “*A proibição de discriminações relacionadas com a idade constitui um elemento essencial para atingir os objetivos estabelecidos pelas orientações para o emprego e encorajar a diversidade no emprego. Todavia, em determinadas circunstâncias, podem-se justificar diferenças de tratamento com base na idade, que implicam a existência de disposições específicas que podem variar consoante a situação dos Estados-Membros. Urge pois distinguir diferenças de tratamento justificadas, nomeadamente por objetivos legítimos de política de emprego, do mercado de trabalho e da formação profissional, de discriminações que devem ser proibidas*”.

Estatui o art. 4.º, n.º 1 da Diretiva 2000/78/CE que “(...) os Estados-Membros podem prever que uma diferença de tratamento baseada numa característica relacionada com qualquer dos motivos de discriminação referidos no artigo 1.º não constituirá discriminação sempre que, em virtude da natureza da atividade profissional em causa ou do contexto da sua execução, essa característica constitua um requisito essencial e determinante para o exercício dessa atividade, na condição de o objetivo ser legítimo e o requisito proporcional”.

O preceituado admite uma diferença de tratamento legítima se a mesma estiver relacionada com a natureza da atividade profissional ou com o contexto da sua execução, sendo a característica que dá origem ao tratamento diferenciado essencial e determinante para o exercício da atividade, desde que esteja em causa um objetivo legítimo e proporcional¹⁸⁵. Estão por isso em causa justificações baseadas em motivos ocupacionais. Mas o que são motivos ocupacionais? Neste campo, entende-se que a idade tem relevância para o exercício da profissão. O fator idade pode surgir como um requisito ocupacional genuíno¹⁸⁶, se falarmos em profissões como a dos atores ou manequins¹⁸⁷. Ainda assim tem de se tratar sempre de um objetivo legítimo e de um requisito proporcional.

Quando é que nos encontramos perante uma justificação objetiva e legítima? Entendemos, à semelhança de BRUNO MESTRE, que uma justificação é objetivamente legítima quando “corresponder a um propósito não proibido no contexto constitucional e legal do Estado-Membro, assente em considerações verificáveis”¹⁸⁸, pelo que o objetivo tem de ser legítimo tendo em consideração a finalidade que se pretende obter. Porém, é importante afastarmo-nos do plano teórico, o que implicará a análise de jurisprudência, para conseguirmos perceber com maior facilidade o alcance da expressão “objetivo legítimo”.

Em relação à necessidade de se considerar o requisito da proporcionalidade, é fundamental avaliarmos se as medidas em questão são adequadas e imprescindíveis para se

¹⁸⁵ BRIBOSIA, EMMANUELLE E BOMBOIS, THOMAS,- *Interdiction de la discrimination en raison de l'âge , du principe, de ses exceptions et de quelques hésitations , réflexions autour des arrêts Wolf, Petersen et Küçükdeveci de la Cour de justice de l'Union européenne*, Revue Trimestrielle de Droit Européen, a.47, n.º 1, janeiro- março 2011, p. 43.

¹⁸⁶ Tal como prevê, MESTRE, BRUNO, *op. cit.*, p. 195.

¹⁸⁷ Neste campo podemos observar o acórdão *Wolf* (C- 229/08), bem como o acórdão *Prigge* (C- 447/09).

¹⁸⁸ MESTRE, BRUNO, *op. cit.*, 178.

alcançar o objetivo pretendido. Neste contexto, deve-se refletir sobre a real necessidade das medidas adotadas e sobre as suas possíveis consequências. Assim, mesmo que a justificação seja objetiva e legítima, é crucial submeter a ação ao teste da proporcionalidade, a fim de se verificar se o objetivo legítimo não é excessivo ou inadequado.

No acórdão *Wolf (C-229/08)* considerou-se que a existência de uma legislação nacional que visava limitar a contratação de funcionários para o cargo de bombeiros aos 30 anos de idade não constituía discriminação em função da idade, apesar de existir claramente uma diferença de tratamento com base na mesma¹⁸⁹, visto que tal visava garantir o bom funcionamento do corpo dos bombeiros profissionais atendendo que o serviço técnico intermédio por vezes exigia grandes capacidades a nível físico, capacidades essas que só podiam ser asseguradas por pessoal mais jovem, o que configura um objetivo legítimo na aceção do art. 4.º, n.º 1 da Diretiva 2000/78/CE¹⁹⁰. Neste caso existia um objetivo legítimo,

¹⁸⁹ Estaria em causa uma situação de discriminação direta, atendendo ao art. 2.º, n.º 2, al. a) da Diretiva 2000/78/CE.

¹⁹⁰ O facto de estar legitimado pelo art. 4.º, n.º 1 leva à desnecessidade de se avaliar a aplicação do art. 6.º. *Vd.* parágrafo 43 do acórdão *Wolf (C-229/08)*. “(...) *As tarefas de combate aos incêndios e de socorro às pessoas, que incumbem ao serviço técnico intermédio dos bombeiros, só podem ser realizadas pelos funcionários mais jovens. Os funcionários com idades superiores a 45 ou 50 anos executam as outras tarefas. Com vista a assegurar o funcionamento eficaz do serviço técnico intermédio dos bombeiros, pode ser considerado necessário que os funcionários desse serviço sejam, na sua maioria, capazes de realizar as tarefas exigentes no plano físico e que tenham, por isso, menos de 45 ou de 50 anos. Além disso, a afetação dos funcionários que ultrapassaram os 45 ou 50 anos de idade a tarefas menos exigentes no plano físico obriga a que estes sejam substituídos por funcionários jovens. Ora, a idade em que o funcionário é recrutado determina o tempo durante o qual será capaz de realizar as tarefas exigentes no plano físico. O funcionário recrutado antes dos 30 anos de idade, tendo em conta que deverá seguir uma formação com a duração de dois anos, poderá ser afetado a essas tarefas durante, no mínimo, 15 a 20 anos. Pelo contrário, se for recrutado aos 40 anos de idade, essa duração será, no máximo, de 5 a 10 anos. Um recrutamento numa idade avançada teria por consequência que um número demasiado elevado de funcionários não poderiam ser afetados às tarefas mais exigentes no plano físico. De igual modo, esse recrutamento não permitiria que os funcionários assim recrutados fossem afetados às referidas tarefas durante um período suficientemente longo. Por último, como o Governo alemão alega, a organização razoável do corpo dos bombeiros profissionais requer, para o serviço técnico intermédio, uma correlação entre os postos fisicamente exigentes e não adaptados aos funcionários mais velhos e os postos menos exigentes fisicamente e adaptados a esses funcionários*”. *Vd.* CALAFÀ, LAURA, *op. cit.*, p. 999.

necessário e apropriado, visto que se entendeu que o limite de contratação de 30 anos de idade não ia além do necessário para atingir o fim pretendido¹⁹¹.

No acórdão *Prigge* (C-447/09), também foi discutida a questão da segurança pública enquanto motivo legítimo. O litígio dizia respeito à cessação dos contratos de trabalho de comandantes de bordo da Lufthansa aos 60 anos de idade, de acordo com uma convenção coletiva de trabalho, embora a regulamentação internacional estabelecesse o limite de 65 anos, com alguns condicionalismos¹⁹². Mais uma vez, estamos perante um tratamento diferenciado devido à idade, atendendo que a convenção coletiva de trabalho previa a cessação automática dos contratos de trabalho ignorando a regulamentação europeia¹⁹³.

Porém, é essencial que os pilotos de linha possuam determinadas capacidades físicas (associadas à idade), uma vez que as falhas físicas nesta profissão podem originar consequência gravíssimas¹⁹⁴. Portanto, a adoção desta medida visava garantir a segurança do tráfego aéreo e configurava um objetivo legítimo de acordo com o art. 4.º, n.º 1 da Diretiva 2000/78/CE. No entanto, o Tribunal de Justiça, no caso *Prigge*, entendeu que o objetivo era legítimo, mas a medida não era necessária, nem proporcional, uma vez que fixava o limite em 60 anos de idade, enquanto que a regulamentação nacional e internacional estabelecia os 65 anos, pelo que nestes moldes não é uma medida necessária à segurança pública e à proteção da saúde, na aceção do art. 4.º, n.º 1 da Diretiva 2000/78/CE¹⁹⁵.

Por sua vez, prevê o art. 6.º, n.º 1 da Diretiva 2000/78/CE, “*Sem prejuízo do disposto no n.º 2 do artigo 2.º, os Estados-Membros podem prever que as diferenças de tratamento com base na idade não constituam discriminação se forem objetiva e razoavelmente justificadas, no quadro do direito nacional, por um objetivo legítimo, incluindo objetivos legítimos de política de emprego, do mercado de trabalho e de formação profissional, e desde que os meios para realizar esse objetivo sejam apropriados e necessários*”¹⁹⁶.

¹⁹¹ Cf. parágrafo 43 do acórdão *Wolf* (C-229/08).

¹⁹² MOREIRA, TERESA COELHO, *op. cit.*, p. 26.

¹⁹³ *Ibid.*

¹⁹⁴ *Vd.* parágrafo 67 do acórdão *Prigge* (C-447/09).

¹⁹⁵ Cf. CRUZ, CRISTINA MARTINS DA,- *O Direitos dos mais velhos. Discriminação em função da idade: os trabalhadores mais velhos*, Formação Contínua, Centro de Estudos Judiciários, setembro de 2019, p. 66.

¹⁹⁶ Justificações específicas do fator idade.

Podemos concluir que um determinado comportamento pode ser aceite (como não discriminatório em razão da idade) se assentar numa justificação objetiva e razoável, no âmbito do direito interno, estando legitimado por um objetivo legítimo¹⁹⁷, como é o caso da política de emprego, do mercado de trabalho e da formação profissional, observando-se sempre o requisito da proporcionalidade.

Neste contexto, a legislação enumerou alguns objetivos considerados legítimos e que permitem justificar a discriminação direta em função da idade. Portanto, é importante referir as diversas alíneas do art. 6.º, n.º 1¹⁹⁸ da Diretiva 2000/78/CE, bem como o n.º 2¹⁹⁹ do mesmo preceito legal.

De acordo, com a al. a) pode existir uma diferença de tratamento baseada no fator idade quando haja o estabelecimento, pelos Estados, de normas que visem limitar as condições em que os jovens podem laborar, bem como aquelas que criem condições especiais de acesso para os trabalhadores mais velhos que se encontrem desempregados²⁰⁰.

¹⁹⁷ GOMES, JÚLIO MANUEL VIEIRA, *op. cit.*, p. 408. De acordo com JÚLIO VIEIRA GOMES os objetivos legítimos devem corresponder a interesses públicos. Os Estados devem indicar e demonstrar que está em causa a invocação de um objetivo legítimo, embora os Estados possuam aqui uma ampla discricionariedade na escolha das medidas adequadas. MOREIRA, TERESA COELHO, *op. cit.*, p. 75.

¹⁹⁸ *Vd.* n.º 1, do art. 6.º da Diretiva 2000/78/CE, “*Essas diferenças de tratamento podem incluir, designadamente: a) O estabelecimento de condições especiais de acesso ao emprego e à formação profissional, de emprego e de trabalho, nomeadamente condições de despedimento e remuneração, para os jovens, os trabalhadores mais velhos e os que têm pessoas a cargo, a fim de favorecer a sua inserção profissional ou garantir a sua proteção; b) A fixação de condições mínimas de idade, experiência profissional ou antiguidade no emprego para o acesso ao emprego ou a determinadas regalias associadas ao emprego; c) A fixação de uma idade máxima de contratação, com base na formação exigida para o posto de trabalho em questão ou na necessidade de um período razoável de emprego antes da reforma*”. *Vd.* PERES, CATARINA VIEIRA, *op. cit.*, p. 159.

¹⁹⁹ *Vd.* n.º 2, do art. 6.º da Diretiva 2000/78/CE, “*Sem prejuízo do disposto no n.º 2 do artigo 2.º, os Estados-Membros podem prever que não constitua discriminação baseada na idade, a fixação, para os regimes profissionais de segurança social, de idades de adesão ou direito às prestações de reforma ou de invalidez, incluindo a fixação, para esses regimes, de idades diferentes para trabalhadores ou grupos ou categorias de trabalhadores, e a utilização, no mesmo âmbito, de critérios de idade nos cálculos atuariais, desde que tal não se traduza em discriminações baseadas no sexo*”.

²⁰⁰ MOREIRA, TERESA COELHO, *op. cit.*, p. 63. Pode servir-nos de exemplo o acórdão *Mangold (C-144/04)*.

Por outro lado, pela al. b) é admissível que os empregadores exijam um determinado número de anos de experiência quando estejam em causa cargos de topo que exijam conhecimentos específicos²⁰¹. Ainda no âmbito da mesma alínea, é legítimo a atribuição de bónus na retribuição com base na antiguidade do trabalhador na empresa²⁰².

A al. c) admite diferenças de tratamento quando esteja em causa a fixação de uma idade máxima de contratação, com base na formação exigida para o posto de trabalho ou na necessidade de um período razoável de emprego antes da reforma.

Por sua vez, o n.º 2²⁰³ permite a existência de um tratamento distinto motivado pelo fator idade no que diz respeito à Segurança Social, ou seja, é legítimo a implementação de idades para se ter direito ou acesso à pensão de reforma ou de invalidez²⁰⁴, bem como a utilização de critérios assentes na idade nos cálculos atuariais, “*desde que tal não se traduza em discriminações baseadas no sexo*”.

A Diretiva 2000/78/CE prevê justificações assentes na gestão do mercado de trabalho, isto é, podemos ter justificações baseadas na caducidade do contrato de trabalho e na idade da reforma, na distribuição de oportunidades de trabalho e nas políticas de promoção de emprego²⁰⁵.

No que se refere à caducidade do contrato de trabalho em consequência da idade de reforma estará aqui em causa, segundo BRUNO MESTRE, uma ideia de “*justiça social distributiva*”, uma vez que os trabalhadores que veem o seu contrato de trabalho caducado terão direito a um rendimento,-pensão de reforma-, que substituirá o seu ordenado e desta forma conseguem-se, igualmente, novos postos de trabalho²⁰⁶, sem que se prejudique de forma absoluta aqueles que saem, atendendo que estes irão receber uma compensação substitutiva²⁰⁷.

²⁰¹ Poderemos falar de profissões como a magistratura?

²⁰² *Ibid.*

²⁰³ Neste sentido, PERES, CATARINA VIEIRA, *op. cit.*, p. 162.

²⁰⁴ E a idade fixada pode variar consoante trabalhadores, grupos ou categorias de trabalhadores.

²⁰⁵ Neste sentido, consultar MESTRE, BRUNO, *op. cit.*, p. 182 e seguintes.

²⁰⁶ A chamada “*solidariedade intergeracional*”.

²⁰⁷ MESTRE, BRUNO, *op. cit.*, p. 185.

No que diz respeito à distribuição de oportunidades de trabalho estamos perante uma verdadeira “*solidariedade intergeracional*”, uma vez que se articula a reforma com a exclusão do exercício de certa atividade profissional²⁰⁸ e, conseqüentemente abrem-se novas oportunidades de emprego para os mais jovens²⁰⁹. Trata-se portanto de um derivado da justificação anteriormente mencionada.

Por fim, e ainda no âmbito das justificações assentes na gestão do mercado de trabalho, encontramos as políticas de promoção de emprego que visam, essencialmente, a contratação de grupos etários através da diminuição de proteção social²¹⁰.

É relevante mencionar os benefícios assentes na antiguidade, que implicam uma distinção entre os trabalhadores com base no tempo de permanência ou anos de serviço numa empresa. Embora reconheçamos que essa diferenciação pode ser discriminatória tanto para os trabalhadores mais velhos quanto para os mais jovens, a mesma tem sido aceite quando utilizada para compensar a experiência profissional acumulada pelo trabalhador ou quando se pretende incentivar a aquisição de “*capital humano especializado*”²¹¹.

²⁰⁸ *Ibid*, 189. *Vd.* NUMHAUSER-HENNING, ANN, - *Ageism, Age Discrimination and Employment Law in the EU, Ageing, Ageism and the Law*, DOI 10.4337/9781788972116.00013, 2018, p. 19.

²⁰⁹ *Vd.* acórdão *Domnica Petersen (C-341/08)*. O TJUE considerou que estávamos perante um objetivo legítimo no caso em que se fixava a idade máxima de 68 anos para se exercer a profissão de dentista convencionado (médicos com acordos com sistema público de saúde), nas situações em que tal permitia uma abertura de oportunidades de emprego para os trabalhadores mais jovens.

²¹⁰ *Vd.* acórdão *Mangold (C-144/04)*. Como já analisamos, o TJUE considerou desproporcional o facto da legislação nacional admitir a celebração de contratos a termo com trabalhadores com mais de 52 anos de idade sem limite de renovações, uma vez que se tinha apenas em conta a idade para se colocar em causa a estabilidade.

²¹¹ *Ibid.* pp. 201 e 202. Nesta matéria devemos atender aos acórdãos *Danfoss (C-109/88)* e *Cadman (C-17/05)*. Em *Danfoss*, o TJUE entendeu que “*o empregador não é obrigado a justificar, em especial, o recurso ao critério da antiguidade*” (parágrafo 25), uma vez que “*a antiguidade é normalmente sinónimo de experiência e esta coloca normalmente o trabalhador em condições de efetuar um melhor trabalho, é lícito que o empregador a remunere, sem que tenha de provar a sua importância para a execução das tarefas concretas confiadas ao trabalhador*” (parágrafo 24). No acórdão *Cadman* o entendimento foi o mesmo, “*Uma vez que, regra geral, o recurso ao critério da antiguidade é adequado para atingir o objetivo legítimo de recompensar a experiência adquirida, que permite ao trabalhador desempenhar melhor as suas funções, o empregador não tem de demonstrar especificamente que o recurso a esse critério é adequado para atingir o referido objetivo no que se refere a um determinado trabalho, excetuadas as situações em que o trabalhador forneça elementos suscetíveis de fazer nascer dúvidas sérias a esse respeito*” (parágrafo 40).

Apesar da Diretiva enumerar determinados objetivos legítimos, os mesmos não têm caráter absoluto, ou seja, são meras orientações gerais que não configuram isenções automáticas, pelo que tem de se efetuar sempre o teste da justificação objetiva²¹².

Os empregadores, além de comprovarem a existência de um objetivo legítimo, devem igualmente comprovar a necessidade e proporcionalidade da medida adotada. Os requisitos são cumulativos.

No acórdão *Mangold (C-144/04)*²¹³ decidiu-se, e bem no nosso entendimento, que o tratamento diferenciado baseado na idade, que permitia a celebração de contratos a termo sem restrições para trabalhadores com 52 anos ou mais, tinha como objetivo favorecer a reintegração profissional de sujeitos mais velhos em situação de desemprego, constituindo, portanto, um tratamento justificado por um objetivo legítimo e aceitável no âmbito do direito interno. No entanto, os meios utilizados para alcançar este objetivo não eram necessários, nem apropriados. O processo em questão impunha a aplicação de contratos a termo a todos os trabalhadores com 52 anos, com a possibilidade de renovação ilimitada até à idade da reforma²¹⁴. Portanto, todos os trabalhadores que completassem 52 anos poderiam estar sujeitos a este regime, o que lhes retiraria, em certos casos, alguma estabilidade. O fator idade atuaria assim sozinho, pelo que há uma excessividade em relação aos fins²¹⁵.

²¹² O' CINNEIDE, COLM, *op. cit.*, pp. 40 a 42. Exemplos que não constam do art. 6.º, mas que podem configurar objetivos legítimos são o “*encorajamento e a recompensa pela lealdade, a necessidade de um período razoável de emprego antes da reforma - por exemplo, um empregador que tenha excepcionalmente justificado uma idade de reforma de 65 anos pode recusar empregar alguém com apenas alguns meses a menos de 65 se a necessidade, o custo e a duração da formação significarem que o candidato não seria suficientemente produtivo nesse tempo*”, entre outros.

²¹³ *Vd. acórdão Mangold (C-144/04)*. No caso em apreço questiona-se se seria admissível os empregadores celebrarem, sem restrições, contratos a termo com trabalhadores que tenham atingido os 52 anos de idade, uma vez que se estaria a estabelecer uma diferença de tratamento baseada no fator idade. O que se queria saber era se essa diferença de tratamento estaria justificada pelo art. 6.º da Diretiva 2000/78/CE. Constatou-se que a mesma visava favorecer a inserção profissional dos trabalhadores mais velhos desempregados, uma vez que estes teriam à partida mais dificuldades em arranjar novamente um emprego, o que configuraria um objetivo legítimo de interesse geral.

²¹⁴ A todos sem qualquer tipo de distinção, ou seja, independentemente de terem estado ou não desempregados. E em caso afirmativo da duração dessa circunstância.

²¹⁵ CRUZ, CRISTINA MARTINS DA, *op. cit.*, p. 63.

No acórdão *Palacios (C-411/05)*²¹⁶, examinou-se a validade de cláusulas de convenções coletivas que estabeleciam a reforma obrigatória para os trabalhadores que atingissem a idade da reforma fixada em 65 anos pela legislação nacional, desde que cumprissem os outros critérios em matéria de segurança social para terem direito a uma pensão de reforma no regime contributivo. Esta cláusula visava regular o mercado nacional do emprego e reduzir a taxa de desemprego, dada a situação económica complicada vivida à época. Portanto, estamos perante uma justificação objetiva e razoável para que haja uma diferença de tratamento, enquadrando-se no âmbito de aplicação do art. 6.º da Diretiva 2000/78/CE. Assim sendo, para além de termos um objetivo legítimo, o mesmo era igualmente necessário e apropriados, uma vez que a cessação do contrato de trabalho não se motivaria apenas na idade, atendendo que os trabalhadores em questão teriam direito a uma compensação financeira razoável após a referida cessação²¹⁷.

No plano nacional, as justificações de uma eventual discriminação constam do art. 25.º, n.º 3 do CT (à luz dos arts. 4.º e 6.º da Diretiva 2000/78/CE), “*São nomeadamente permitidas diferenças de tratamento baseadas na idade que sejam necessárias e apropriadas à realização de um objetivo legítimo, designadamente de política de emprego, mercado de trabalho ou formação profissional*”. Exige-se, igualmente, que esteja em causa um objetivo legítimo e que o mesmo seja necessário e apropriado²¹⁸. Não encontramos qualquer novidade.

²¹⁶ *Vd. acórdão Palacios (C-411/05)*. No presente acórdão discutiu-se o facto de um trabalhador ao atingir a idade para a reforma fixada a nível nacional ver, desde logo, a cessação do seu contrato de trabalho, uma vez que se entendia que tal originava um tratamento menos favorável em função do fator idade. *Vd. FARIA, PAULO RAMOS DE,- Velhos são os trapos: discorrendo por analogia sobre o Acórdão Palacios de Villa*, Revista Questões Laborais, Ano XVI, N.º 34, julho/dezembro 2009, p. 231. “*O efetivo acesso dos mais jovens ao mercado de trabalho constitui um “objetivo de interesse geral”, sendo a promoção de um elevado nível de emprego um dos escopos visados pela União Europeia (...). Podemos, pois, concluir que a conversão do contrato, após o trabalhador atingir os 70 anos de idade, visa satisfazer um objetivo legítimo.*”.

²¹⁷ A chamada pensão de reforma. *Ibid.*, p. 68.

²¹⁸ Cf. QUINTAS, PAULA E QUINTAS, HÉLDER,- *Código do Trabalho Anotado e Comentado*, 6.ª ed., Almedina, Coimbra, 2021, p. 139. É necessário ter um especial cuidado com estas medidas para não se dar azo a uma espécie de seleção natural dos trabalhadores. Para além de que se estará a permitir uma violação ao princípio da igualdade “*em função de finalidades de eficiência e rentabilidade empresariais*”.

O acórdão do TRL de 3 de junho de 2009²¹⁹ determinou que não estavam reunidos os requisitos suscetíveis de justificarem uma situação de discriminação em razão da idade, visto que para os cargos de “Agente de Tráfego” e de “Empregado Comercial Especializado”, embora se pudessem exigir certos requisitos, como “*apresentação, energia e eficácia*”, não se poderia, no entanto, “*concluir que a idade dos eventuais candidatos constituísse um pressuposto essencial e, muito menos, decisivo para o desempenho*” das atividades. Para além de que não se demonstrou que “*a abertura de vagas no seio da Arguida para o desempenho das profissões de “Agente de Tráfego” e de “Empregado Comercial Especializado”, pudesse estar ligado a qualquer interesse público geral, designadamente em termos de política de emprego ou de mercado de trabalho*”.

Deste modo, não era necessário e apropriado o estabelecimento de uma “*diferenciação de tratamento em função da idade para a contratação, de trabalhadores para o desempenho de tais profissões, não se verificando, por isso, qualquer objetivo legítimo justificativo*” de um tratamento diferenciado em função da idade.

Por último, no que se refere às justificações, no art. 2.º, n.º 2, al. b) da Diretiva 2000/78/CE, estabelece-se que as distinções em razão da idade estarão justificadas, mesmo que, de outra forma, possam constituir discriminação indireta em função da idade, desde que a aplicação da disposição, prática ou critério em questão seja objetivamente necessária e proporcional²²⁰. Neste âmbito, não basta qualquer justificação, pois a mesma deve corresponder a um interesse intrinsecamente ligado ao posto de trabalho²²¹.

A Diretiva 2000/78/CE representa um passo importante no combate à discriminação em razão da idade no mundo laboral, porém as justificações enunciadas também são merecedoras de críticas.

As justificações acabam por ser vagas e pouco claras, o que dificulta a compreensão dos critérios pelos quais a discriminação em função da idade pode considerar-se justificada. Isto pode gerar incerteza e ambiguidade para os empregadores e trabalhadores. Para além

²¹⁹ *Vd.* Acórdão do TRL de 2009/06/03, Processo n.º 94/08.0TBSGS.L1-4, disponível em www.dgsi.pt.

²²⁰ O’CINNEIDE, COLM, *op. cit.*, p. 30.

²²¹ MESTRE, BRUNO, *op. cit.*, pp. 172 e 173. “*Um critério de “aptidão física” para uma profissão que não exija qualquer forma física em particular (p. ex. administrativo) poderá constituir uma discriminação indireta em relação aos trabalhadores mais velhos sem hipótese de justificação*”.

disso, o facto de existirem justificações abre caminho para potenciais abusos por parte dos empregadores, uma vez que estes podem alegar objetivos legítimos para discriminar trabalhadores com base na idade²²². Aliás, o facto da Diretiva consagrar justificações pode enfraquecer a sua eficácia na promoção da igualdade²²³.

A Diretiva concede uma ampla margem de manobra aos diversos Estados-membros quanto à tomada de decisão sobre a implementação das exceções. Pelo que podemos encontrar âmbitos de proteção diferentes nos vários países.

Concluimos que, pesar das justificações terem sido introduzidas com o objetivo de ajudarem no combate à discriminação, as mesmas também podem representar determinados desafios relacionados com a sua aplicação.

2. O artigo 348.º do Código do Trabalho

O art. 343.º, al. c) do CT prevê que o contrato de trabalho caduca com a reforma do trabalhador por velhice ou por invalidez. Porém, para que possa haver lugar à caducidade do contrato é necessário que, quer o trabalhador, quer o empregador tenham conhecimento da concessão do direito à pensão de reforma. Exige-se que o trabalhador faça essa comunicação ao empregador. Efetuada a comunicação, cabe às partes decidirem, uma vez que pode ser da vontade de ambas que a relação laboral prossiga²²⁴.

Posto isto, da leitura do art. 348.º, n.º 1, do CT resulta que haverá a conversão de um contrato de trabalho por tempo indeterminado num contrato de trabalho a termo resolutivo quando o trabalhador atinja os 70 anos de idade²²⁵, isto é, “*considera-se a termo o contrato*

²²² *Vd. BRIBOSIA, EMMANUELLE E BOMBOIS, THOMAS, op. cit., p. 58.*

²²³ Pode surgir a ideia de um certo encorajamento à discriminação, considerando que são várias as justificações possíveis, HOUSER, MATTHIEU, *op. cit.*, p. 330.

²²⁴ FERNANDES, ANTÓNIO MONTEIRO, *op. cit.*, pp. 665 e 666.

²²⁵ AMADO, JOÃO LEAL, *op. cit.*, pp. 368 e 369. O contrato do trabalhador com 70 anos não caduca, apenas se converte num contrato a prazo. Portanto, o legislador está a permitir que um “*trabalhador valioso*” possa continuar a exercer a sua atividade laboral. Sobre esta matéria, JOÃO LEAL AMADO levanta uma questão pertinente. É sabido que se um trabalhador permanecer ao serviço após a reforma por velhice ou após atingir 70 anos de idade o seu contrato de trabalho vai converter-se num contrato de trabalho a termo, art. 348.º, n.º 2

de trabalho de trabalhador que permaneça ao serviço decorridos 30 dias sobre o conhecimento, por ambas as partes, da sua reforma por velhice”.

E o mesmo aplica-se ao trabalhador que tiver 70 anos sem ter havido reforma (n.º3), porque simplesmente não quis, tendo como objetivo a obtenção de uma bonificação, ou porque não tinha direito à mesma por não possuir os períodos contributivos necessários²²⁶.

Portanto, o trabalhador continua ligado ao empregador e vice-versa, mas a relação que era estável torna-se precária, ficando sujeita a renovações de 6 em 6 meses²²⁷.

do CT. Porém, a mesma solução aplica-se aos casos em que o trabalhador reformado ou com 70 anos celebra um contrato de trabalho com um novo empregador? A celebração do contrato tem de ser obrigatoriamente a termo ou pode ser por tempo indeterminado? O empregador se deseja contratar um trabalhador na reforma ou com 70 anos já sabe que são essas as suas condições, por isso não nos parece razoável que se exclua a possibilidade de se celebrarem contratos de trabalho por tempo indeterminado. No nosso entender podem ser celebrados contratos por tempo indeterminado com trabalhadores na reforma ou com 70 anos de idade, porque o empregador no momento da contratação já sabe os riscos que corre e porque se assim não fosse estaríamos a abrir caminho à discriminação em razão da idade.

²²⁶ MESTRE, BRUNO, *op. cit.*, pp. 187 e 188. *Vd.* Acórdão do TRL de 2015/09/23, Processo n.º 376/13.0TTCS.L1-4, disponível em www.dgsi.pt. “1. *Existe uma diferença essencial entre o contrato de trabalho que cessa por caducidade com a reforma do trabalhador por velhice, nos termos da alínea c) do artigo 343º do Código do Trabalho, e o contrato de trabalho em que o trabalhador atinja os 70 anos de idade sem ter havido a sua reforma, pois neste caso não se opera a caducidade do contrato de trabalho. 2. Assim, na data em que a trabalhadora fez 70 anos de idade, o contrato de trabalho não cessou por caducidade, antes se converteu ope legis, num contrato de trabalho a termo resolutivo, ao abrigo do n.º1 do artigo 348º do CT, pelo prazo de seis meses renováveis, por força do disposto no n.º3 do mesmo artigo 348º do CT”.* FERNANDES, ANTÓNIO MONTEIRO, *op. cit.*, p.656.

²²⁷ *Ibid.*, p. 666. De notar que a caducidade do contrato neste caso fica sujeita a aviso prévio de 60 ou 15 dias, consoante a iniciativa pertença ao empregador ou ao trabalhador, segundo o art. 348.º, n.º 2, al. c) CT. O que diverge do regime regra estabelecido no art. 344.º do CT. *Vd.* Acórdão do STJ de 2017/09/21, Processo n.º 31971/15.1T8LSB.L1.S1, disponível em www.dgsi.pt. “*Com efeito, nem o trabalhador/Autor permaneceu ao serviço decorridos 30 dias sobre o conhecimento, por ambas as partes, de que atingira a idade dos 70 anos, nem requereu a reforma nessa data, nem anteriormente, nem a vontade de ambas as partes convergiu em igual sentido: o de que o Autor continuasse ao serviço da Ré. Tendo a Ré feito saber ao Autor, com a devida antecedência, que não pretendia manter o vínculo contratual laboral após este perfazer os 70 anos de idade, através de carta datada (...). Tudo isto para dizer que, in casu, para que o contrato de trabalho do Autor se convertesse em contrato a termo de seis meses, necessário seria que tivesse continuado a exercer a sua atividade laboral ao serviço da sua empregadora depois de completar os 70 anos de idade, e que esta, por sua*

Contudo, trata-se de um termo resolutivo sujeito a regras especiais, uma vez que pelo art. 348.º, n.º 2 do CT, está dispensada a redução do contrato a escrito. Para além disso, a caducidade fica sujeita a um aviso prévio de 60 dias, se for da iniciativa do empregador ou de 15 dias se a iniciativa pertencer ao trabalhador e não determina o pagamento de qualquer compensação ao trabalhador, pela al. c), do n.º 2, do art. 348º do CT²²⁸.

Este preceito legal, na nossa perspetiva, terá por objetivo facilitar a entrada de trabalhadores jovens no mercado de trabalho através da saída de trabalhadores mais velhos, o que pode configurar uma situação de discriminação direta, conforme definido no art. 23.º, n.º 1, al. a) do CT e no art. 2.º, n.º 2, al. a) da Diretiva 2000/78/CE. Desta forma, para que haja uma justificação legalmente admissível, de acordo com TERESA MOREIRA, é necessário que os trabalhadores em questão beneficiem do direito à reforma e que a mesma seja de valor aceitável, ainda que possa ser inferior ao valor auferido enquanto trabalhador. Caso contrário, a conversão do contrato de trabalho não se enquadrará na justificação estabelecida no art. 6.º da Diretiva 2000/78/CE, ou seja, não estará em causa um objetivo legítimo e necessário, o que importará uma discriminação direta em função da idade não justificada²²⁹.

Neste campo, concordamos com PAULO RAMOS DE FARIA quando este afirma que o art. 348.º do CT deve ser interpretado restritivamente, isto é, só deve ser aplicável aos casos em que o trabalhador tenha condições para gozar do direito à reforma. Mas por outro lado, terá igualmente de ser interpretado extensivamente, uma vez que deve ser aplicado aos contratos de trabalho celebrados depois do trabalhador atingir os 70 anos de idade e de possuir já direito à reforma²³⁰.

Resumidamente, sendo do conhecimento de ambas as partes que o trabalhador goza do direito à reforma pode adotar-se uma entre duas opções. Numa das hipóteses, ambas as partes ou apenas uma delas pode decidir pôr termo ao contrato e o contrato cessa por

vez, soubesse desse facto e mesmo assim consentisse na prestação, para além dos 30 dias desse conhecimento, estatuídos no art. 348º, nº 1, do CT”.

²²⁸ LEITÃO, LUÍS MENEZES, *op. cit.*, pp. 478 e 479.

²²⁹ MOREIRA, TERESA COELHO, *op. cit.*, p.70. Sobre esta matéria importa lembrar, novamente, o acórdão *Mangold (C-144/04)*, uma vez que o TJUE considerou que apesar de existir um objetivo legítimo, falhava o requisito da proporcionalidade.

²³⁰ FARIA, PAULO RAMOS DE, *op. cit.*, p. 236.

caducidade, nos termos do art. 343.º, al. c) do CT²³¹. Se assim não for, significa que o trabalhador fica ao serviço do empregador e o contrato que era por tempo indeterminado passa a ter um termo de seis meses²³².

Capítulo IV: Medidas de Ação Positiva

As medidas de ação positiva visam o combate a tratamentos diferenciados, mas não o realizam de forma direta. Deste modo, as mesmas têm como objetivo a criação de normas que, curiosamente vão impor um tratamento diferenciado com base num fator que é objeto de discriminação. Estaremos, então a combater discriminação com discriminação? É uma questão que se levanta, atendendo que as medidas de ação positiva não vêm pura e simplesmente afirmar que um sujeito não pode ser tratado de forma diferenciada pelo empregador por causa da sua idade, sexo, raça ou religião.

De um ponto de vista prático e se tomarmos como exemplo, as medidas que visam a proteção dos trabalhadores menores²³³ conseguimos perceber que as mesmas constituem medidas de ação positiva, uma vez que estes trabalhadores terão um tratamento distinto em relação aos demais. Portanto, tal ocorre porque estes estão sujeitos a uma “*desvantagem institucional*” no seio do mercado de trabalho²³⁴ e, por isso, acabam por beneficiar das medidas em questão.

Porém, podemos voltar a questionar do porquê de existirem estas medidas e a resposta que teremos de volta, provavelmente será que as mesmas se apresentam como um método de justiça distributiva, uma vez que o facto de se dizer que um sujeito não pode ser discriminado em função de qualquer fator (mormente o fator idade) não é suficiente, isto é,

²³¹ Acórdão do TRL de 2022/02/09, Processo n.º 3192/20.9T8FNC.L1-4, disponível em www.dgsi.pt. “*A atribuição à trabalhadora de uma pensão de invalidez relativa faz operar a caducidade do contrato de trabalho nos termos da al. c) do artigo 343.º do Código do Trabalho*”.

²³² FERNANDES, ANTÓNIO MONTEIRO, *op. cit.*, p. 666. Estaremos perante uma medida de ação positiva se em determinados setores, como a função pública, forem estabelecidas quotas para desta forma se garantir uma representação mais equitativa das diversas faixas etárias.

²³³ *Vd.* arts. 66.º a 88.º do CT.

²³⁴ MESTRE, BRUNO, *op. cit.*, p. 218.

não será suficiente dizer-se que um sujeito não pode ser tratado de forma diferente quando comparado com outro numa circunstância idêntica e comparável, com exceção do fator objeto de discriminação. Como refere BRUNO MESTRE, “*a ação positiva consiste num conceito indeterminado que pretende abarcar todas as medidas que visem combater estas formas de discriminação institucional, de alterar preventivamente práticas sociais de forma a eliminar padrões de desvantagem ou de exclusão de grupo*”²³⁵.

As medidas de ação positiva visam, assim, privilegiar um grupo objeto de um tratamento menos favorável com o intuito de o transportarem para o patamar esperado e desejável.

A Diretiva 2000/78/CE, no seu art. 7.^o²³⁶ prevê expressamente a admissibilidade de tais medidas, bem como o CT no seu art. 27.^o²³⁷, pelo que conseguimos entender que há uma aceitação e compreensão em relação às mesmas.

Contudo, analisando o disposto no art. 27.^o do CT percebemos que ao abrigo do mesmo estas medidas terão uma duração limitada no tempo, “*a medida legislativa de duração limitada*”. Desde modo, devemos considerar que as medidas de ação positiva serão medidas com uma duração limitada, que pretendem beneficiar um grupo de pessoas que se sente prejudicado em virtude de um ou mais fatores de discriminação, com o intuito de criar condições de igualdade²³⁸.

Neste campo e tendo em conta o tema em estudo fizemos referência às normas do CT destinadas à proteção dos trabalhadores menores, enquanto medidas de ação positiva, mas podemos fazer igualmente referência às medidas de ação positiva que dizem respeito

²³⁵ *Ibid.* p. 219.

²³⁶ Prevê o n.º 1 do art. 7.º que, “*a fim de assegurar a plena igualdade na vida ativa, o princípio da igualdade de tratamento não obsta a que os Estados-Membros mantenham ou adotem medidas específicas destinadas a prevenir ou compensar desvantagens relacionadas com qualquer dos motivos de discriminação referidos no artigo 1.º*”. *Vd.* Considerando 26 da Diretiva.

²³⁷ O art. 27.º do CT estatui que, “*não se considera discriminação a medida legislativa de duração limitada que beneficia certo grupo, desfavorecido em função de fator de discriminação, com o objetivo de garantir o exercício, em condições de igualdade, dos direitos previstos na lei ou corrigir situação de desigualdade que persista na vida social*”.

²³⁸ Cf. MARECOS, DIOGO VAZ,- *Código do Trabalho- Comentado*, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2020, p. 145. E, QUINTAS, PAULA E QUINTAS, HÉLDER, *op. cit.*, p. 142.

aos trabalhadores com deficiência ou doença crónica²³⁹, bem como às normas relativas à proteção da parentalidade²⁴⁰, ou até àquelas que preveem a criação de quotas para se aceder ao mercado de trabalho.

O TJUE já se pronunciou sobre aqueles que entende serem os limites das medidas de ação positiva em diversos acórdãos.

No acórdão *Kalanke (C-450/93)*, discutia-se o facto de existir uma norma que atribuía um direito de preferência automático a candidatas do sexo feminino, em concursos públicos, caso existisse uma igualdade de qualificações e estivessem em causa departamentos em que o sexo feminino não compusesse, no mínimo 50% dos trabalhadores.

Concluiu o TJUE que “*a regulamentação nacional que garante prioridade absoluta e incondicional às mulheres numa nomeação ou promoção vai para além de uma promoção da igualdade de oportunidades e exorbita dos limites da exceção contida no artigo 2.º, n.º 4, da diretiva 76/207/CEE do Conselho, de 9 de Fevereiro de 1976*” (atualmente a Diretiva 2006/54/CE).²⁴¹

Por outro lado, no acórdão *Marschall (C-409/95)* entendeu o TJUE que não era ilícita a norma nacional que tinha por objetivo balancear o combate à sub-representação de um dos sexos em certas posições, tendo em consideração que existiam estereótipos relacionados com o sexo feminino no que às promoções dizia respeito, desde que garantisse “*aos candidatos masculinos, com uma qualificação igual à dos candidatos femininos, que as candidaturas são objeto de uma apreciação objetiva tendo em conta todos os critérios relativos à pessoa dos candidatos e que afasta a prioridade concedida aos candidatos femininos, quando um ou vários desses critérios dão preferência ao candidato masculino. Convém, no entanto, recordar a este respeito que estes critérios não devem ser discriminatórios para os candidatos femininos*”²⁴².

Posto isto, entendemos que o TJUE admite as medidas de ação positiva, mas as mesmas são vistas como excepcionais, sendo certo que não se aceitam as medidas que

²³⁹ *Vd.* art. 86.º do CT.

²⁴⁰ *Vd.* arts. 33.º a 65.º do CT. Sobre a matéria em apreço, consultar MESTRE, BRUNO, *op. cit.*, pp. 218 e 219.

²⁴¹ *Vd.* ponto 22 do acórdão *Kalanke (C-450/93)* e MESTRE, BRUNO, *op. cit.*, pp. 221 e 222.

²⁴² *Vd.* ponto 33 do acórdão *Marschall (C-409/95)*, bem como MESTRE, BRUNO, *op. cit.*, pp. 222 e 223.

assentam em critérios ou práticas automáticas, como sucedeu em *Kalanke*. Para além disso, as medidas de ação positiva devem observar a regra da proporcionalidade, ou seja, as mesmas serão admissíveis se não caírem no excesso²⁴³.

A regra será, logicamente, a da igualdade, mas quer a Diretiva 2000/78/CE, quer o CT, admitem que sejam tomadas medidas para se compensar um tratamento desigual, nomeadamente, um tratamento desigual em função do fator idade, para se conseguir uma efetiva igualdade de tratamento no mundo laboral²⁴⁴. Aliás, o próprio princípio da igualdade, constitucionalmente consagrado, possui uma vertente corretiva assente, precisamente nas medidas de ação positiva, para dessa forma se “*corrigir desigualdades reais no exercício de certos direitos*”²⁴⁵.

Porém, no nosso entender, existem sempre críticas que podem apontar-se ao facto de ser admissível a consagração de medidas de ação positiva, uma vez que as mesmas podem, nomeadamente, levar ao aumento da estigmatização. Senão vejamos, ao admitirmos que estamos a dar uma ajuda adicional a um determinado grupo, porque acreditamos que ele “necessita”, estamos a reforçar a crença de que aquelas pessoas são, por exemplo, menos capazes. Portanto, pode estar em causa uma perpetuação de estereótipos.

Para além disso, também não é fácil determinar-se quem é elegível para beneficiar de tais medidas, o que pode gerar dificuldades na aplicação das mesmas.

1. Como combater a discriminação injustificada em função da idade?

Combater este flagelo exigirá um esforço acrescido por parte de todos, o que implicará uma variedade vasta de instrumentos políticos, nomeadamente ao nível da educação, de programas de formação e de encorajamento a melhores práticas²⁴⁶.

²⁴³ *Ibid.*, pp. 225 e 226.

²⁴⁴ GOMES, JÚLIO MANUEL VIEIRA, *op. cit.*, p.408.

²⁴⁵ CANOTILHO, J. J. GOMES E MOREIRA, VITAL, *op. cit.*, p. 337.

²⁴⁶ Cf. O’CINNEIDE, COLM, *op. cit.*, p. 11.

No que à legislação diz respeito, quer a nível do direito comunitário, quer a nível nacional já se iniciou a caminhada. Aliás, a Diretiva 2000/78/CE é o principal instrumento jurídico relevante na UE em matéria de igualdade em razão da idade²⁴⁷. Todavia, existem aspetos a melhorar.

A Diretiva estabelece um quadro geral de igualdade, mas dá margem aos Estados-membros para estes determinarem os detalhes da sua implementação. Portanto, os diversos Estados podem adotar medidas diferentes, o que diminui o alcance e a eficácia da Diretiva.

Para além disso, a Diretiva exige que os Estados membros consagrem sanções em caso de discriminação, mas não concede incentivos financeiros para que tal seja possível. Logo, os empregadores podem não sentir pressão financeira suficiente para afastarem atos discriminatórios.

Sem esquecer que muitas das vezes a obtenção de uma compensação ou reparação em consequência de atos discriminatórios pode dar origem a um processo difícil e que se prolonga no tempo.

Por outro lado, um dos aspetos a melhorar passará também pela consagração de uma definição de idade, porque nem a legislação nacional, nem a legislação da UE fazem uma alusão direta à sua noção. Os diplomas referem-se diretamente à idade, mas nunca a definem e, no nosso entender, é relevante que se consagre uma definição porque só assim se conseguirá “*compreender a evolução do entendimento deste tipo de discriminação*”²⁴⁸.

O facto de não existir uma definição concreta traz-nos outro problema, uma vez que são muitas as situações em que se confunde a idade com o envelhecimento, tal como refere Teresa Moreira, “*o facto de muitas vezes ser confundida com o envelhecimento torna a situação muito mais complexa, pois o processo do envelhecimento é muito mais complicado*”.

²⁴⁷ *Ibid.*

²⁴⁸ MOREIRA, TERESA COELHO, *op. cit.*, pp. 15 e 16. Não há uma definição concreta de idade. Os EUA estabelecem uma idade específica (40 anos), ao passo que a UE protege a idade de uma forma genérica. Aliás, a Diretiva não define o que entende por idade, mas ao contrário da legislação norte-americana, o seu âmbito de aplicação não se limita à discriminação contra as pessoas acima de uma determinada idade, ou seja, é geral. Cf. O’CINNEIDE, COLM, *op. cit.*, p. 13.

*E esta confusão que é realizada parece-nos justificar a existência de discriminação em razão da idade (...)*²⁴⁹.

Um outro aspeto a trabalhar passará pelo desenvolvimento ou aprofundamento dos critérios que definem a promoção dos trabalhadores (p. ex. aumento de salário). A legislação proíbe a discriminação com base na idade nas políticas de promoção, porém os critérios usados são demasiado vagos, sendo por isso fácil contorná-los e efetivar discriminações²⁵⁰.

Aliás, devemos atender ao facto de existirem diversos diplomas o que gera uma dificuldade acrescida para os trabalhadores, uma vez que estes apesar de se sentirem discriminados sentem-se, igualmente, incapazes de se orientar e de operacionalizar os diplomas, o que muitas vezes os afasta da via judicial²⁵¹.

Como é sabido a idade está muito associada ao fator produtividade, considerando-se que com o aumento da idade diminui a produtividade. No entanto, este impacto da idade na produtividade pode ser mitigado por meio de um maior nível de qualificação, especialmente no que diz respeito à educação, isto porque havendo um grau de qualificação adequado e associado à utilização da tecnologia certa, a experiência dos mais velhos pode ser útil e pode não conduzir de todo, a uma diminuição de produtividade²⁵². O segredo pode estar no aumento das qualificações dos trabalhadores para que eles se sintam, por exemplo, mais aptos para trabalharem com tecnologia avançada.

A contratação deve passar por critérios assentes na capacidade e não na idade. Por este motivo, os anúncios de emprego não devem conter limites de idade, quer seja implicitamente, quer seja expressamente²⁵³.

Outras medidas passarão pela implementação de programas de formação específicos para os trabalhadores de uma determinada faixa etária, para que estes possam colocar-se a par das novas realidades. Além disso, a criação de programas de estágios para os trabalhadores mais velhos que se encontrem no desemprego permitiria que os empregadores observassem em concreto as potencialidades e a adequação do trabalhador ao posto de

²⁴⁹ *Ibid.*

²⁵⁰ MARQUES, SIBILA, *op. cit.*, p.73.

²⁵¹ *Ibid.*

²⁵² *Ibid.*, p. 25.

²⁵³ GUIDELINE ON AGE DISCRIMINATION, *op. cit.*, p. 12.

trabalho²⁵⁴. Desta forma, seria possível promover a inserção e reintegração destes profissionais no mercado de trabalho, bem como reduzir a discriminação baseada na idade.

²⁵⁴ *Ibid.*, pp. 73 e 74.

Conclusão

O princípio da igualdade afirma-se como sinónimo de direito e de justiça. Todos somos iguais perante a lei, independentemente, da raça, do sexo, da etnia, da religião e da idade. E a todos deve ser dado igual tratamento, fugindo-se aos privilégios ou benefícios em muito associados ao berço. Vigora a imparcialidade e a equidade.

Nos nossos dias há um maior cuidado quando se trata de igualdade, houve um progresso significativo, mas ainda têm de se ultrapassar vários desafios e discrepâncias.

Trata-se de um princípio de extrema importância num Estado de Direito Democrático, assumindo especial relevância no mundo laboral. A relação entre empregador e trabalhador é uma relação desnivelada, em que o empregador é aquele que ocupa a posição mais forte. Deste modo, o trabalhador tem de se socorrer do princípio da igualdade.

Entre trabalhadores é igualmente imperativo que vigore o princípio da igualdade, isto é, que todos gozem das mesmas oportunidades e do mesmo tratamento. Não podem existir trabalhadores de primeira e trabalhadores de segunda, todos devem gozar das mesmas condições de acesso ao emprego, de formação profissional e de condições de trabalho. Todos sem exceção, estando aqui incluídos os candidatos ao emprego e não só os trabalhadores.

Impõe-se que haja um tratamento igual, em casos análogos. A regra é a de que a discriminação em si mesma é proibida. Mas toda a regra tem uma exceção. Por isso admite-se que haja um tratamento diferenciado em casos específicos para dessa forma se alcançar um objetivo lícito, em respeito pelo princípio da proporcionalidade. O objetivo tem de ser lícito e os meios têm de ser os adequados e necessários.

Quando se diz que houve uma evolução ao nível do princípio da igualdade quer-se dizer, também, que houve o reconhecimento de outras formas de discriminação que não as tradicionais. A idade configura agora um dos fatores de discriminação protegidos.

Nos últimos anos tem havido uma crescente preocupação com este fator, até pela dificuldade que lhe está inerente. A idade não é estanque. Um sujeito que hoje tem 20 anos, também vai ter 40 e 50 anos. Se hoje não é discriminado por ter 20 anos, pode depois vir a

ser por ter 40²⁵⁵. Estamos a tratar de um fator variável o que causa dificuldades acrescidas. Ao passo que uma pessoa nasce com determinado sexo e, regra geral, morre com o sexo que nasceu, tal não ocorre com a idade.

A discriminação com base na idade é em muito sentida no mundo laboral, estando relacionada sobretudo com estereótipos e preconceitos. Os jovens são vistos como imaturos, inexperientes e irresponsáveis, enquanto que os mais velhos estão associados a menos produtividade, mais doenças e menor capacidade de aprendizagem e manuseamento de tecnologias. Portanto, nenhuma faixa etária está à margem deste flagelo. Sendo a idade variável, um dia, qualquer trabalhador pode estar nesta situação.

Contudo, facilmente entendemos que tudo isto está baseado em meros juízos hipotéticos que devem ser afastados. Um jovem de 20 anos pode ser mais responsável que um trabalhador com 40 anos, ao passo que um trabalhador com 40 anos pode ser mais produtivo que um jovem de 20 anos.

Sobre esta matéria considerou-se fundamental analisar conceitos como a discriminação direta e a discriminação indireta. A discriminação direta, como já foi referido, ocorre quando uma pessoa/ trabalhador seja objeto de um tratamento menos favorável do que aquele que é dado, tenha sido dado ou possa vir a ser dado a outra pessoa em situação idêntica e comparável. Entendemos que a discriminação direta será mais visível.

Porém, quando se trata do fator idade surgem problemas acrescidos, uma vez que encontramos dificuldades a identificar o elemento comparador, considerando que a idade é uma realidade fluída. Para além disso, teremos ainda de demonstrar o momento a partir do qual a diferença de idades entre trabalhadores se tornou relevante para conseguirmos falar em discriminação assente no fator idade. Tudo isto, na prática, é bastante complexo e difícil de decifrar.

Quanto à discriminação indireta, a mesma serve-se de critérios neutros, ao abrigo dos quais o empregador discrimina o trabalhador (ou o candidato a trabalhador), tendo por base um dos fatores de discriminação, mormente, idade, sexo, religião. Se é complexo detetar uma situação de discriminação direta, mais complexo será detetar uma situação de

²⁵⁵ Trata-se de “*um elemento transversal e, nessa medida, comum a todos, afetando a todos*”, Cf. CANAS DA SILVA, RITA, *op. cit.*, p. 244.

discriminação indireta. A questão complica-se, consideravelmente, quando ligamos a discriminação indireta ao fator em estudo, visto que somos confrontados com problemas quanto à seleção dos grupos comparáveis e quanto à prova. Aliás, a generalidade dos critérios, práticas ou disposições é suscetível de colocar um determinado grupo etário numa situação de desvantagem. Como solucionar? O TJUE ainda não forneceu uma resposta.

Todavia, a maior dificuldade versa sobre as justificações às diferenças de tratamento que possam existir relativamente ao fator idade, uma vez que não estão em causa somente justificações relacionadas com motivos ocupacionais genuínos, ao contrário do que acontece com outros fatores, isto é, nos demais fatores a discriminação direta só pode ser justificada com base em motivos ocupacionais genuínos o que não é o caso quando falamos do fator idade.

O art. 6.º da Diretiva 2000/78/CE consagra justificações objetivas e legítimas que devem observar o princípio da proporcionalidade. Portanto, mesmo as justificações previstas na lei devem ser analisadas *in casu*. Para além de que as mesmas podem gerar sérias dificuldades ao invés de solucionarem problemas.

Surge, ainda, a dificuldade relativa ao ónus da prova, uma vez que não é fácil fazer-se prova de que se foi discriminado, atendendo que a discriminação na maioria das vezes ocorre de forma encoberta e até mesmo subtil. Portanto, o legislador entendeu que o mais eficaz seria a partilha do ónus da prova, considerando os arts. 10.º, da Diretiva 2000/78/CE e 25.º, n.º 5, do CT.

Deste modo, pretendeu-se ajudar, mas não se liberou totalmente o demandante, visto que o mesmo está obrigado a levar para o processo factos constitutivos da existência de discriminação. Naturalmente que existindo uma partilha do ónus da prova o demandado terá de demonstrar que o seu comportamento ou o tratamento dado não se baseou em nenhum fator de discriminação.

Porém, entendemos que o mais eficaz passaria pela consagração de uma verdadeira inversão do ónus da prova, sendo da responsabilidade do empregador demonstrar que não houve discriminação baseada em qualquer fator de discriminação. Não é fácil para o trabalhador demonstrar que foi discriminado. Aliás, muitas vezes nem tem consciência dos meios que estão à sua disponibilidade, pelo que é necessário libertarmos o trabalhador de tamanha responsabilidade.

A Diretiva 2000/78/CE foi e continua a ser fundamental no que diz respeito à igualdade de tratamento no emprego e na atividade profissional, onde se inclui o fator idade. Consideramos que, quer a nível europeu, quer a nível nacional tem-se trabalhado sobre este problema procurando-se solucioná-lo. Exemplo disso é a diretiva mencionada e o nosso CT que também demonstra preocupação, através do disposto no art. 23.º e ss.

Contudo, existem sempre questões a aperfeiçoar e entendemos que a consagração de uma definição de idade é importante, até para não se confundir idade com envelhecimento.

Para além disso, será também de louvar a criação de políticas de diversidade e inclusão, programas igualitários no que diz respeito à formação/ qualificação profissional e a promoção de um ambiente de trabalho saudável.

A caminhada já começou, mas a meta ainda não está ao alcance da visão.

Bibliografia

AHLBERG, KERSTIN E BRUUN, NIKLAS,- *The New Foundations of Labour Law*, PL Academic Research, 2017.

ALEXANDRINO, JOSÉ MELO,- *Direitos Fundamentais- Introdução Geral*, 2.^a ed., Principia, Cascais, 2018.

ALVES, PATRÍCIA PINTO,-*Direito do Trabalho- Doutrina e Jurisprudência*, Quid Juris, Lisboa, 2020.

AMADO, JOÃO LEAL,- *Contrato de Trabalho- Noções Básicas*, 4.^a ed., Almedina, Coimbra, 2022.

BRIBOSIA, EMMANUELLE E BOMBOIS, THOMAS,- *Interdiction de la discrimination en raison de l'âge , du principe, de ses exceptions et de quelques hésitations , réflexions autour des arrêts Wolf, Petersen et Küçükdeveci de la Cour de justice de l'Union européenne*, Revue Trimestrielle de Droit Européen, a.47, n.º 1, janeiro- março 2011.

CABRAL, PEDRO,- *Um novo princípio geral de direito comunitário , o princípio de não discriminação em razão da idade*, Temas de Integração, n.º 25, Almedina, 2008.

CALAFÀ, LAURA,- *Le discriminazioni fondate sull'età , sequenza giurisprudenziale recente del fattore di rischio "emergente"*, Rivista Italiana di Diritto del Lavoro, a.29, n.º 4, Parte seconda, 2010.

CAMPOS, JÚLIA,-*IV Congresso Nacional de Direito do Trabalho- Memórias*, coordenação António Moreira, Almedina, Coimbra, 2002.

CANAS DA SILVA, RITA,- *Discriminação laboral em função da idade*, Congresso Europeu de Direito do Trabalho, Coord. José João Abrantes, Almedina, abril de 2014.

CANOTILHO, GOMES E MOREIRA, VITAL,- *A Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4.^a ed. revista, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.

CANOTILHO, MARIANA,- *Brevíssimos apontamentos sobre a não discriminação no direito da União Europeia*, Revista Julgar, Coimbra Editora, Lisboa, 2011.

CASANOVA, MILLÁN REQUENA,- *La tutela judicial del principio general de igualdad de trato en la Unión Europea , una jurisprudencia expansiva basada en una jerarquía de motivos discriminatórios*, Revista de Derecho Comunitario Europeo, a.15, n.º40, Setembro-Dezembro 2011.

CLESSE, JACQUES,- *Les barèmes de rémunération , la périlleuse transition de l'âge à l'expérience pour éliminer la discrimination*, Revue de la Faculté de Droit de l'Université de Liège, a.62, n.º1, 2017.

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES,- *Manual de Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 1997.

CRUZ, CRISTINA MARTINS DA,- *O Direitos dos mais velhos. Discriminação em função da idade: os trabalhadores mais velhos*, Formação Contínua, Centro de Estudos Judiciários, setembro de 2019.

DRAY, GUILHERME MACHADO,- *O Princípio da Igualdade no Direito do Trabalho. Sua Aplicabilidade no Domínio Específico da Formação de Contratos Individuais de Trabalho*, Almedina, Coimbra, 1999.

FALCÃO, DAVID E TOMÁS, SÉRGIO TENREIRO,- *Lições de Direito do Trabalho, A Relação Individual de Trabalho*, 11.ª ed., Almedina, Coimbra, 2021.

FARIA, PAULO RAMOS DE,- *Velhos são os trapos: discorrendo por analogia sobre o Acórdão Palacios de Villa*, Revista Questões Laborais, Ano XVI, N.º 34, julho/dezembro 2009.

FERNANDES, ANTÓNIO MONTEIRO,- *Direito do Trabalho*, 21.ª ed., Almedina, Coimbra, 2022.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, MARÍA FERNANDA,- *Constitucion y Derecho Del Trabajo: 1981-1991, La Igualdad y la Discriminacion en la Jurisprudencia Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 1992.

GAMEIRO, ANTÓNIO RIBEIRO E PEREIRA , LUÍS CARDINHO,- *JUSLABORAL- Um Guia Prático do Direito Laboral*, 2.^a ed., Rei dos Livros, 2019.

GOMES, JÚLIO MANUEL VIEIRA,- *Direito do Trabalho- volume I- Relações Individuais de Trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.

HORII, Y. E THOMAS, C.,- *Égalité de Chances et de Traitement dans L'emploi et la Profession*, Droits Fondamentaux au travail et normes internationales du travail, Genève, Bureau international du Travail, 2004.

HOUSER, MATTHIEU,- *La spécificité du principe de non-discrimination en raison de l'âge*, Revue Française de Droit Administratif, a.26, n.º 2, março- abril 2010.

LEITÃO, LUÍS MENEZES,- *Direito do Trabalho*, 7.^a ed., Almedina, Coimbra, 2021.

LEITÃO, LUÍS MENEZES- *Direito das Obrigações*, Vol. III, 14.^a ed., Almedina, Coimbra, 2022.

LOPES, DULCE,- *A Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem vista à luz do princípio da não discriminação*, Coimbra Editora, Lisboa, 2012.

MARECOS, DIOGO VAZ,- *Código do Trabalho- Comentado*, 4.^a ed., Almedina, Coimbra, 2020.

MARQUES, SIBILA,- *Discriminação da Terceira Idade*, Fundação Francisco Manuel dos Santos, Relógio D' Água, Lisboa, 2011.

MARTINEZ, PEDRO ROMANO,- *Direito do Trabalho*, 10.^a ed., Almedina, Coimbra, 2022.

MARTINEZ, PEDRO ROMANO, *et al.*, -*Código do Trabalho, Anotado*, 13.^a ed., Almedina, Coimbra, 2020.

MESTRE, BRUNO, - *Direito Antidiscriminação- uma perspetiva europeia e comparada*, Grupo Editorial Vida Económica, 2020.

MESTRE, BRUNO, - *Discriminação em Função da Idade- Análise crítica da Jurisprudência Comunitária e Nacional*”, Para Jorge Leite, *Escritos Jurídico-Laborais*, Coord. João Reis, Leal Amado, *et. al.*, Coimbra Editora, 2014.

MOREIRA, ANTÓNIO JOSÉ, - *Escravidão, Dignidade, Trabalho*, 4.^a ed., Almedina, Coimbra, 2022.

MOREIRA, TERESA COELHO E MOREIRA, ANTÓNIO JOSÉ, - *IV Congresso Nacional de Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2002.

MOREIRA, TERESA COELHO, - *A Discriminação em Razão da Idade no Contexto de uma População Envelhecida na UE*, Minerva, *Revista de Estudos Laborais*, Ano VIII – I da 3.^a série – n.º 1 e 2, 2012.

MOREIRA, TERESA COELHO, - *Igualdade e Não Discriminação: Estudos do Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2013.

PERES, CATARINA VIEIRA, - *EU Case Law Developments on Age Discrimination, Market and Competition Law Review*, v.2, n.º2, Outubro de 2018.

POSNER, RICHARD A., - *Aging and old age*, The University of Chicago Press, 1997.

PRATA, ANA- *A Tutela Constitucional da Autonomia Privada*, Almedina, Coimbra, 2017.

QUINTAS, PAULA E QUINTAS, HÉLDER, - *Código do Trabalho Anotado e Comentado*, 6.^a ed., Almedina, Coimbra, 2021.

Webgrafia

COMISSÃO EUROPEIA,- *A prática em matéria de igualdade de direitos: vozes fundamentais em 2005: acesso à justiça*, Luxemburgo, 2005, disponível em www.ec.europa.eu.

DÉFENSEUR DES DROITS,- *Études & Résultats Difficultés d'accès aux droits et discriminations liées à l'âge avance*, République Française, outubro de 2021, disponível em www.defenseurdesdroits.fr.

GUIDELINE ON AGE DISCRIMINATION, New Brunswick Human Rights Commission, Canada, janeiro de 2023, disponível em www.gnb.ca/hrc-cdp.

NUMHAUSER-HENNING, ANN,- *Ageism, Age Discrimination and Employment Law in the EU, Ageing. Ageism and the Law*, DOI 10.4337/9781788972116.00013, 2018.

O'CONNOR, COLM,- *Age discrimination and European Law*, Comissão Europeia, Luxemburgo, 2005, disponível em www.ec.europa.eu.

PORDATA,- *Taxa bruta de natalidade. Que países têm mais e menos bebés por 1.000 residentes?*, 08 de julho de 2022, disponível em www.pordata.pt.

SCHWEITZER, HANNE,- *A Prática em Matéria de Igualdade de Direitos- Vozes fundamentais em 2005*, Comissão Europeia, Luxemburgo, 2005, disponível em www.ec.europa.eu.

SILVA, SAMUEL,- *Esperança média de vida baixou 0,6 meses nos últimos três anos*, Público, 29 de novembro de 2022, disponível em www.publico.pt.

Jurisprudência

Tribunal de Justiça da União Europeia:

Acórdão do TJUE- *Danfoss (C-109/88)* de 17 de outubro de 1989, disponível em www.eur-lex.europa.eu.

Acórdão do TJUE- *Webb (C-32/93)* de 14 de julho de 1994, disponível em www.eur-lex.europa.eu.

Acórdão do TJUE- *Marschall (C-409/95)* de 11 de novembro de 1997, disponível em www.eur-lex.europa.eu.

Acórdão do TJUE- *Mangold (C-144/04)* de 22 de novembro de 2005, disponível em www.eur-lex.europa.eu.

Acórdão do TJUE- *Cadman (C-17/05)* de 3 de outubro de 2006, disponível em www.eur-lex.europa.eu.

Acórdão do TJUE- *Palacios (C-411/05)* de 16 de outubro de 2007, disponível em www.eur-lex.europa.eu.

Acórdão do TJUE- *Voß (C-300/06)* de 6 de dezembro de 2007, disponível em www.eur-lex.europa.eu.

Acórdão do TJUE- *Feryn (C-57/07)* de 12 de março de 2008, disponível em www.eur-lex.europa.eu.

Acórdão do TJUE- *Coleman (C-303/06)* de 17 de julho de 2008, disponível em www.eur-lex.europa.eu.

Acórdão do TJUE- *Wolf (C-229/08)* de 12 de janeiro de 2010, disponível em www.eur-lex.europa.eu.

Acórdão do TJUE- *Domnica Petersen* (C-341/08) de 12 de janeiro de 2010, disponível em www.eur-lex.europa.eu.

Acórdão do TJUE- *Hava Genc* (C-14/09) de 4 de fevereiro de 2010, disponível em www.eur-lex.europa.eu.

Acórdão do TJUE- *Prigge* (C-447/09) de 13 de setembro de 2011, disponível em www.eur-lex.europa.eu.

Acórdão do TJUE- *Galina Meister* (C-415/10) de 19 de abril de 2012, disponível em www.eur-lex.europa.eu.

Nacional:

Acórdão do TRL de 2005/10/20, Processo n.º 1082/2005-8, disponível em www.dgsi.pt.

Acórdão do TRL de 2009/06/03, Processo n.º 94/08.0TBSSGS.L1-4, disponível em www.dgsi.pt.

Acórdão do TRL de 2015/09/23, Processo n.º 376/13.0TTCSC.L1-4, disponível em www.dgsi.pt.

Acórdão do TRE de 2017/12/06, Processo n.º 2823/16.0T8STB.E, disponível em www.dgsi.pt.

Acórdão do STJ de 2017/09/21, Processo n.º 31971/15.1T8LSB.L1.S1, disponível em www.dgsi.pt.

Acórdão do TRC de 2018/04/12, Processo n.º 8637/17.2T8CBR.C1, disponível em www.dgsi.pt.

Acórdão do STJ de 2019/09/11, Processo n.º 8249/16.8T8PRT.P1.S1, disponível em www.dgsi.pt.

Acórdão do TRL de 2019/10/24, Processo n.º 37/18.8T8VCT.G1, disponível em www.dgsi.pt.

Acórdão do TRL de 2022/02/09, Processo n.º 3192/20.9T8FNC.L1-4, disponível em www.dgsi.pt.