

### **3.4 Que legitimação do Estado de Direito? O Direito como motor da igualdade**

Como atrás se referiu, do direito como factor de manutenção e de reprodução de desigualdade entre homens e mulheres podemos, citando Teresa Pizarro Beza, concluir que a limitação da capacidade das mulheres “era coisa imposta com diligência e severidade por parte do legislador, como uma questão de ordem pública. Não se tratava ‘apenas’ de avaliar uma sociedade de desiguais, mas, positivamente, de a construir”.

Importa agora perspectivar o Direito como motor da igualdade, ou seja, como o impulsionador de uma sociedade mais igualitária.

Apresentam-se em seguida algumas das principais mutações legislativas, quer a nível nacional, quer internacional, que têm vindo a contribuir para a mudança na mentalidade e na prática social.

Abordam-se depois algumas as situações em que, com maior frequência, se encontram atitudes discriminatórias, referindo-se os meios e instituições de tutela dos direitos.

Conclui-se esta temática com referência às tendências da jurisprudência comunitária, ilustrando com decisões do Tribunal de Justiça da Comunidade.

#### **3.4.1 As actuais tendências legislativas. Uma visão geral das disposições legais**

Evidenciando a importância do direito como motor da igualdade entre homens e mulheres, sublinha-se a importância da legislação promulgada logo após a proclamação da República.

Novas leis sobre o casamento e a filiação baseiam o casamento na igualdade. O crime de adultério passa a ter o mesmo tratamento quando cometido por mulheres ou homens. O Decreto de 3 de Novembro de 1910, conhecido por Lei do Divórcio, admitiu o divórcio pela primeira vez em Portugal e reconheceu a igualdade de tratamento tanto nas causas do divórcio como nos direitos sobre os filhos.

Com a Constituição de 1911 reconheceu-se o direito das mulheres a trabalhar na função pública.

Pelo Decreto nº 4876, de 17 de Julho de 1918, foi autorizado às mulheres o exercício da advocacia.

Em 1920, as raparigas são autorizadas a frequentar liceus masculinos.

O Estado Novo reconheceu novos direitos às mulheres, mas quase sempre numa situação de desfavor em relação aos homens.

Com efeito, o Decreto n.º 19 694, de 5 de Maio de 1931, reconheceu o direito de voto às mulheres diplomadas com cursos secundários ou superiores, embora aos homens se continuasse a exigir apenas que soubessem ler e escrever.

Também a Lei nº 2 137, de 26 de Dezembro de 1968, proclama a igualdade de direitos políticos do homem e da mulher, seja qual for o seu estado civil, mas em relação às eleições locais, apenas 'os chefes de família' são eleitores das Juntas de Freguesia.

Do mesmo modo, a alteração, em 1971, da Constituição de 33 relativamente ao princípio da igualdade, conservou a expressão "salvas, quanto à mulher, as diferenças resultantes da sua natureza", mas omitindo "o bem da família".

De notar, que apenas em 1969, a mulher casada pode transpor a fronteira sem autorização do marido.

Com a instauração da democracia, em 25 de Abril de 1974, a igualdade de género progrediu significativamente pela mão do direito.

Ainda nesse ano, foi aberto às mulheres o acesso a todos os cargos da carreira administrativa a nível local<sup>1</sup>, da carreira diplomática<sup>2</sup> e da magistratura<sup>3</sup>, sendo igualmente abolidas todas as restrições baseadas no sexo quanto à capacidade eleitoral dos cidadãos<sup>4</sup>.

Em 25 de Abril de 1976, entrou em vigor a nova Constituição, que estabelece a igualdade entre mulheres e homens em todos os domínios, e, em 1978<sup>5</sup>, a revisão do Código Civil, nos termos da qual:

- a mulher casada deixa de ter estatuto de dependência do marido;

---

<sup>1</sup> D.L. nº 251/77, de 12 de Junho

<sup>2</sup> D.L. nº 308/74, de 6 de Julho

<sup>3</sup> D.L. nº 492/74, de 27 de Setembro

<sup>4</sup> D.L. nº 621/A/74, de 15 de Novembro

<sup>5</sup> D. L. nº 496/77, de 25 de Novembro

- deixa de haver poder marital: ambos dirigem a vida comum e cada um a sua;
- desaparece a figura de 'chefe de família';
- o governo doméstico deixa de pertencer, por direito próprio, à mulher;
- os cônjuges decidem em comum qual é a residência do casal;
- tanto o marido como a mulher podem, aquando do casamento, acrescentar ao seu nome até dois apelidos do outro;
- a mulher deixa de precisar de autorização do marido para ser comerciante;
- cada um dos cônjuges pode exercer qualquer profissão ou actividade sem o consentimento do outro.

Em 1979, entrou em vigor o Decreto-Lei nº 392/79, de 20 de Setembro, que visa garantir a igualdade entre mulheres e homens no trabalho e no emprego.

Em 1980<sup>6</sup>, Portugal ratifica a Convenção das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres.

Em 1984, entram em vigor as leis sobre Educação sexual e planeamento familiar<sup>7</sup>, Protecção da maternidade<sup>8</sup> e Exclusão de ilicitude em alguns casos de interrupção voluntária da gravidez<sup>9</sup>.

A Lei nº 95/88, de 17 de Agosto, garante os direitos das associações de mulheres.

Em 1994, foi publicada a Resolução do Conselho de Ministros nº 32/94, de 17 de Maio, sobre a promoção da igualdade de oportunidades para as mulheres.

Em 1997, entrou em vigor o I Plano Global para a Igualdade<sup>10</sup>.

No mesmo ano, a Lei Constitucional nº 1/97, de 20 de Setembro, procedeu à 4ª revisão da Constituição, passando o art. 9º a incluir nas tarefas

---

<sup>6</sup> Lei nº 23/80, de 26 de Julho

<sup>7</sup> Lei nº 3/84, de 24 de Março

<sup>8</sup> Lei nº 4/84, de 5 de Abril

<sup>9</sup> Lei nº 6/84, de 11 de Maio

<sup>10</sup> Resolução do Conselho de Ministros nº 49/97, de 24 de Março

fundamentais do Estado<sup>11</sup> a promoção da igualdade entre homens e mulheres e estabelecendo o art. 109º que a lei deve “promover a igualdade no exercício dos direitos cívicos e políticos e a não discriminação em função do sexo no acesso a cargos políticos”.

São, hoje, reconhecidos constitucionalmente:

- a proibição de qualquer privilégio ou prejuízo, privação de direitos ou isenção de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou religiosas, situação económica ou condição social (art. 13º);
- a protecção legal contra quaisquer formas de discriminação (art. 26º nº1);
- a igualdade de direitos e deveres dos cônjuges quanto à capacidade civil e política e à manutenção e educação dos filhos (art. 36º);
- a liberdade de escolha de profissão e acesso à função pública (art. 47º), bem como de tomar parte na vida política e na divisão dos assuntos públicos do país;
- o direito ao trabalho, cabendo ao Estado assegurar a igualdade de oportunidades na escolha da profissão ou o género de trabalho (art. 58º)
- o direito à conciliação da actividade profissional e da vida familiar, sem discriminação em função do sexo [art. 59º nº 1b)];
- a protecção da maternidade e paternidade (art. 68º).

A Lei 135/99, de 28 de Agosto, regulou a situação jurídica das pessoas de sexo diferente que vivem em união de facto há mais de dois anos. Neste diploma são enumeradas as condições de aplicação deste regime, bem como os direitos concedidos aos membros da união de facto.

Verificaram-se avanços legislativos também em matéria penal. Assim, em 1982, entra em vigor o novo Código Penal<sup>12</sup>, que introduz alterações significativas no que respeita a maus tratos entre cônjuges (art. 153º) e a abandono do cônjuge (art. 199º). É penalizada a inseminação artificial em mulher quando praticada sem o seu consentimento (art. 214º). Este código foi revisto em 1995<sup>13</sup>, agravando-se as penas dos crimes de maus tratos ou sobrecarga de menores, de incapazes ou do cônjuge (art.152º), violação (art. 164º) e lenocínio (art. 170º). A revisão do

---

<sup>11</sup> Artigo 9º alínea h)

<sup>12</sup> Lei nº 400/82, de 23 de Setembro

<sup>13</sup> D.L. 48/95, de 15 de Março

Código Penal, em 1998<sup>14</sup>, autonomizou os crimes de coacção sexual e de violação através de abuso de autoridade resultante de uma relação de dependência hierárquica, económica ou de trabalho, e alterou a matéria do crime de maus tratos de cônjuge, permitindo-se ao Ministério Público dar início ao procedimento criminal se o interesse da vítima o impusesse e não houvesse oposição do ofendido antes de deduzida a acusação. Sobre esta matéria continuava a ser polémica a decisão entre considerar o crime de maus tratos (e sexuais, em geral) como crime público ou particular. Dito de outro modo, questionava-se se o crime devia revestir carácter público (processo oficioso, desde que a denúncia chegasse ao Ministério Público) ou particular (necessitando da participação do ofendido). Problemas psicológicos, afectivos, familiares, de natureza privada e íntima podem levar a vítima a não quer ver a sua vida devassada, prolongando por mais tempo a sua dor. Relembra-se que a jurisprudência portuguesa dos anos 50 ainda aceitava o poder correctivo do marido (refira-se que em sede de homicídio entre cônjuges a lei chegou a prever a responsabilidade deste crime atenuando, se o mesmo fosse praticado pelo marido em flagrante adultério da mulher). Com a Lei nº 7/2000, de 27 de Maio, o crime passou a ser de natureza pública.<sup>15</sup>

---

<sup>14</sup> *Lei 65/98, de 2 de Setembro*

<sup>15</sup> *Elementos retirados da publicação periódica da CIDM, Portugal – Situação das Mulheres, 2001*

## **3.4.2 A legislação sobre igualdade no trabalho e no emprego**

### **3.4.2.1 As principais normas internas**

A inserção das mulheres no mercado de trabalho num quadro de igualdade de género, vai determinar a intervenção do legislador, de modo a contrariar o velho padrão de exclusividade ou predominância masculina no mundo laboral.

Destacam-se, assim, as principais normas de direito interno, que regem esta matéria.

*O Decreto-Lei 392/79, de 20 de Setembro* – garante a igualdade entre homens e mulheres em oportunidades e tratamento, no trabalho e no emprego. Cria a Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego – CITE – para combater a discriminação e promover a igualdade de oportunidades e de tratamento entre mulheres e homens no trabalho, no emprego e na formação profissional, tanto no sector público, como no sector privado. É tutelada pelo(s) membro(s) do Governo responsável (eis) pela igualdade de género e pelo trabalho, e composta por representantes governamentais e de parceiros sociais (Confederação do Comércio e Serviços de Portugal – CCP, Confederação Geral dos Trabalhadores Portugueses – Intersindical Nacional – CGTP – IN, Confederação da Indústria Portuguesa – CIP e União Geral dos Trabalhadores – UGT).

São os seguintes os direitos reconhecidos por este diploma:

- Direito à ausência de qualquer discriminação baseada no sexo, quer directa, quer indirecta, nomeadamente pela referência ao estado civil ou à situação familiar, não sendo consideradas discriminatórias as disposições de carácter temporário que estabeleçam uma preferência em razão do sexo, imposta pela necessidade de corrigir uma desigualdade de facto, bem como as medidas que visam proteger a maternidade enquanto valor social - art. 3.º n.ºs 1 e 2;
- Direito à igualdade no acesso a qualquer emprego, profissão ou posto de trabalho - art. 4.º n.º 1;
- Direito à igualdade no que se refere à formação profissional em todos os níveis e modalidades – art. 6.º;
- Direito a que os anúncios de ofertas de emprego e outras formas de publicidade ligadas à pré-selecção e ao recrutamento não contenham, directa ou indirectamente, qualquer restrição, especificação ou preferência baseada no sexo - art. 7.º n.º 1;

- Direito a que o recrutamento para qualquer posto de trabalho se faça exclusivamente com base em critérios objectivos, não sendo permitida a formulação de exigências físicas que não tenham relação com a profissão ou com as condições do seu exercício – art. 7.º n.º 2;
- Direito à igualdade de remuneração por um trabalho igual ou de valor igual prestado à mesma entidade patronal – art. 9.º n.º 1;
- Direito à igualdade no desenvolvimento de uma carreira profissional que permita atingir o mais elevado nível hierárquico da profissão, bem como ao preenchimento dos lugares de chefia e à mudança de carreira profissional – art. 10.º n.ºs 1 e 2;
- É vedado à entidade patronal despedir, aplicar sanções ou por qualquer forma prejudicar trabalhadoras ou trabalhadores por motivo de terem reclamado alegando discriminação, presumindo-se abusiva, até prova em contrário, a aplicação de qualquer sanção, até um ano após a data da reclamação fundada em discriminação – art. 11.º n.º 1;
- São nulas e de nenhum efeito as disposições dos instrumentos de regulamentação colectiva - art. 12.º:
  - n.º 1 - na parte em que estabeleçam profissões e categorias profissionais que se destinem especificamente a pessoal feminino ou a pessoal masculino, as quais se entenderão como substituídas por disposições abrangendo ambos os sexos;
  - n.ºs 2 e 3 - na parte em que estabeleçam para as mesmas categorias profissionais ou para categorias profissionais equivalentes (o que se verifica quando a respectiva descrição de funções corresponder, respectivamente, a trabalho igual ou de valor igual) remunerações inferiores para as mulheres, as quais são substituídas, de pleno direito, pelas remunerações atribuídas aos homens;
- Na parte em que estabeleçam remunerações diferentes para os aprendizes do sexo feminino relativamente ao mesmo grau de aprendizagem medida em função do decurso do tempo, passando a remuneração correspondente para os aprendizes masculinos a substituir de pleno direito a que era estabelecida pela disposição ferida de nulidade – art. 13º n.ºs 1 e 2;
- Este diploma revogou todas as disposições legais, regulamentares e administrativas contrárias ao livre acesso das mulheres a qualquer emprego, profissão ou posto de trabalho, incluindo as que se referem a critérios de selecção, qualquer que seja o sector ou ramo de actividade, a todos os níveis da hierarquia profissional - art. 23.º n.º 1.

*O Decreto-Lei 426/88, de 18 de Novembro* – disciplina o regime da igualdade de tratamento no trabalho, entre homens e mulheres, no âmbito da administração pública.

São os seguintes os direitos previstos neste diploma:

- Direito à ausência de qualquer discriminação baseada no sexo, quer directa, quer indirecta, nomeadamente pela referência ao estado civil ou à situação familiar, não sendo consideradas discriminatórias as disposições de carácter temporário que estabeleçam, uma preferência em razão do sexo, imposta pela necessidade de corrigir uma desigualdade de facto, bem como as medidas que visam proteger a maternidade enquanto valor social – art. 4º, n.ºs 1 e 2;
- Direito à igualdade no que se refere às condições de trabalho, orientação e formação profissional – art. 4º, n.º 3;
- Direito à igualdade no acesso ao exercício de quaisquer funções ou cargos públicos – art. 5º;
- Direito à igualdade de remuneração por um trabalho igual ou de valor igual – art. 6º, n.º 1;
- Direito à igualdade no desenvolvimento de uma carreira profissional que permita atingir o mais elevado nível hierárquico da profissão, bem como ao preenchimento dos lugares de chefia e à mudança de carreira profissional – art. 7º, n.ºs 1 e 2;
- Direito a que os avisos dos concursos de ingresso e de acesso e os anúncio de ofertas de emprego e outras formas de publicidade ligada à pré-selecção e ao recrutamento não contenham, directa ou indirectamente, qualquer restrição, especificação ou preferência baseada no sexo – art. 9º, n.º 1;
- Direito a que o recrutamento se faça exclusivamente com base em critérios objectivos, não sendo permitida a formulação de exigências físicas que não tenham relação com a profissão ou com as condições do seu exercício – art. 9º, n.º 2;
- Proibição a qualquer entidade proceder disciplinarmente, aplicar sanções ou por qualquer forma prejudicar trabalhadoras ou trabalhadores por motivo de terem reclamado, recorrido ou intentado acção alegando discriminação, sendo sujeitos a procedimento disciplinar os dirigentes e trabalhadores cuja acção tiver sido julgada discriminatória – art. 12, n.ºs 1 e 2.

*Lei 105/97, de 13 de Setembro* – veio reforçar as garantias no domínio da igualdade no trabalho e no emprego e colmatar insuficiências que a prática tinha demonstrado verificarem-se, designadamente definindo o conceito de discriminação indirecta, exemplificando sobre indiciação de

discriminação, conferindo direito de acção às associações sindicais, independentemente do respectivo exercício pelo trabalhador ou candidato a emprego, alargando a inversão do ónus da prova, obrigando a conservação de registo de todos os recrutamentos, agravando as sanções em caso de incumprimento da legislação substantiva, conferindo novas atribuições à CITE.

Leis n. <sup>os</sup> 116/99 e 118/99, respectivamente de 4 e de 11 de Agosto – aprovam o regime geral das contra-ordenações laborais, estipulando coimas mais pesadas para o incumprimento em matéria de igualdade de género. Assim,

- Constitui contra-ordenação grave - com coimas que, em função da – dimensão da empresa e do respectivo grau de culpabilidade, podem ir de 80 a 1450 contos - qualquer prática discriminatória, directa ou indirecta em função do sexo. Também contra-ordenação grave é a violação de diversas normas previstas na Lei de Protecção da Maternidade e da Paternidade;
- Constitui contra-ordenação leve - com coimas que, em função da dimensão da empresa e do respectivo grau de culpabilidade, podem ir de 20 a 230 contos - é a violação do dever de manter registos dos recrutamentos efectuados;
- Constitui contra-ordenação muito grave, com coimas que, em função da dimensão da empresa e do respectivo grau de culpabilidade, podem ir de 300 a 9000 contos:
  - o impedimento do acesso de uma mulher a qualquer emprego, profissão ou posto de trabalho;
  - a violação por parte da entidade empregadora do dever de assegurar igualdade de oportunidades e de tratamento às trabalhadoras e aos trabalhadores no que se refere à formação profissional em todos os níveis e modalidades;
  - o anúncio de ofertas de emprego e outras formas de publicidade ligadas à pré-selecção e ao recrutamento que contenham, directa ou indirectamente, qualquer restrição, especificação ou preferência baseada no sexo;
  - o recrutamento para qualquer posto de trabalho que não se faça exclusivamente com base em critérios objectivos, não sendo permitida a formulação de exigências físicas que não tenham relação com a profissão ou com as condições do seu exercício;
  - a violação por parte da entidade empregadora do dever de assegurar igualdade de remuneração entre trabalhadores e trabalhadoras por um trabalho igual ou de valor igual prestado à mesma entidade empregadora;

- a violação por parte da entidade empregadora do dever de assegurar, nas mesmas condições a trabalhadores e trabalhadoras, o desenvolvimento de uma carreira profissional que lhes permita atingir o mais elevado nível hierárquico da sua profissão, o que se estende ao preenchimento de lugares de chefia e à mudança de carreira profissional;
- o despedimento, a aplicação de sanções ou a prática geradora de prejuízos para trabalhadores ou trabalhadoras por motivo de terem reclamado alegando discriminação;
- a violação do direito à licença de maternidade;
- a violação das regras de protecção da segurança e saúde das trabalhadoras grávidas puerperas e lactantes.

Os montantes indicados referem-se, na generalidade das situações, a cada trabalhador ou trabalhadora relativamente a quem haja sido cometida a infracção.

*O Decreto-Lei 70/2000, de 4 de Maio* – altera a Lei n.º 4/84 de 5 de Abril, sobre protecção da maternidade e paternidade e procede à sua republicação rectificadora. Com este diploma reforça-se, no art. 3.º, o princípio da igualdade dos pais, sustentando tratar-se da igualdade entre pai e mãe.

São os seguintes os *principais direitos dos trabalhadores pais e das trabalhadoras mães*:

- Direito a Licença por Maternidade e Licença por Paternidade;
- Direito a dispensa para aleitação do/a filho/a até este/a perfazer um ano
- Direito a Licença por Adopção de menor de 15 anos;
- Direito a Licença Parental e Licença Especial para assistência a menor de 6 anos que seja filho/a ou equiparado/a;
- Direito a trabalhar em horário reduzido ou flexível;
- Direito a faltar para assistência na doença a filhos/as ou equiparados/as, menores de 10 anos, com deficiência, independentemente da idade;
- Direito a faltar para assistência na doença a outros/as filhos/as;
- Licença Especial para assistência a filhos/as ou equiparados/as com deficiência e a doentes crónicos;
- Direito a faltar para apoio especial a filhos/as adolescentes.

*Principais direitos relacionados com o ciclo biológico da maternidade das trabalhadoras grávidas e mães:*

- Direito a dispensa do trabalho para consultas pré-natais e para a preparação para o parto;
- Direito a especiais condições de segurança e saúde nos locais de trabalho;
- Direito a dispensa de trabalho nocturno;
- Direito a um período mínimo de licença por maternidade;
- Direito a dispensa do trabalho para amamentação;
- Direito das trabalhadoras grávidas ou que se encontrem nos 98 dias imediatamente posteriores ao parto ou que amamentem os filhos, à protecção no despedimento, o qual depende sempre do parecer prévio da CITE e se presume sem justa causa. Sendo o parecer desfavorável ao despedimento, este não pode ser efectuado senão após decisão judicial que reconheça a existência de motivo justificativo. É nulo o despedimento relativamente ao qual não tenha sido solicitado o citado parecer, cabendo à entidade patronal o ónus da prova.

*Principais direitos dos pais:*

- Direito a Licença por Paternidade;
- Direito ao subsídio ou à remuneração dos primeiros 15 dias de licença parental.

A *Lei 9/2001*, de 1 de Maio - veio reforçar a fiscalização e punição em matéria de práticas laborais discriminatórias, alargando a competência da Inspeção Geral de Trabalho, para a prevenção, fiscalização e punição de práticas laborais discriminatórias, incluindo as indirectas, em função do sexo, bem como valorizar os pareceres da Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego relativos à discriminação laboral. Neste sentido, o art. 3º do diploma estipula que no âmbito das competências da IGT, os procedimentos a adoptar relativamente às práticas laborais discriminatórias em razão do sexo incluirão os seguintes:

- a todo o tempo, por sua iniciativa ou quando solicitada a intervenção por entidade idónea, deve a IGT proceder à verificação concreta da prática discriminatória, ao prazo máximo de 30 dias após a notícia;
- acção inspectiva, baseada em pareceres da Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego, que indicie a existência de prática discriminatória, poderá ser acompanhada por técnicos desta

Comissão, nos restantes casos, a IGT deverá informar aquela Comissão, no prazo de 60 dias, do respectivo resultado.

Há, ainda, que referir que os pareceres da Comissão para a Igualdade do Trabalho e no Emprego, que confirmem ou indiciem a existência de prática laboral discriminatória são comunicados imediatamente à IGT.

*A Lei n.º 10/2001, de 21 de Maio* - institui um relatório anual sobre o progresso da igualdade de oportunidades entre mulheres e homens no trabalho, no emprego e na formação profissional.

### **3.4.2.2 A igualdade de oportunidades no Direito Comunitário**

O Tratado que institui a Comunidade Europeia consagra a promoção da igualdade entre as mulheres e os homens como uma das missões da Comunidade (artigo 2º), constituindo um objectivo transversal (artigo 3º). O artigo 13º atribui à Comissão o direito de tomar iniciativas tendo em vista combater todas as formas de discriminação, entre as quais as baseadas no sexo, constituindo os artigos 137º e 141º (que sucedeu ao art. 119º do Tratado de Roma) a base legal para as medidas comunitárias a favor da igualdade de oportunidades e da igualdade de tratamento entre mulheres e homens em matéria de emprego, o que pode incluir acções positivas.

*A Carta dos Direitos Fundamentais* consagra a igualdade de mulheres e homens (artigo 23º) e reconhece a necessidade de conciliação da vida familiar e profissional (artigo 33º nº 2).

A Directiva 76/207/CEE, de 9 de Fevereiro de 1976, concretizou o princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que se refere ao acesso ao emprego, à formação e promoção profissionais e às condições de trabalho, reconhecendo, no seu art. 6º, a necessidade de os Estados membros implementarem medidas que permitissem a qualquer pessoa lesada pela não aplicação do princípio da igualdade de tratamento, recorrer à via judicial para valer os seus direitos.

Também a Directiva 79/7/CEE, de 19 de Dezembro de 1978, relativa à execução progressiva do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres em matéria de *segurança social* e a Directiva 86/378/CEE, de 24 de Julho de 1986, relativa à execução do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres nos *regimes profissionais de segurança social* deram um passo significativo nesta matéria.

A Directiva 92/85/CEE, de 19 de Outubro de 1992, relativa à implementação de medidas destinadas a promover a melhoria da

segurança e da saúde das *trabalhadoras grávidas, puérperas ou lactantes* no trabalho – que constitui o fundamento para a exigência de parecer prévio favorável da CITE ao despedimento de trabalhadoras em qualquer das situações indicadas, foi determinante para limitar os prejuízos no mercado de trabalho que a maternidade sempre acarreta para as mulheres.

Importa ainda ter presente:

- a Directiva 86/613/CEE, de 11 de Dezembro de 1986 refere-se à execução do princípio de igualdade de tratamento entre homens e mulheres que exerçam uma *actividade independente*, incluindo a actividade agrícola, bem como a protecção da maternidade;
- a Directiva 96/97/CE, de 20 de Dezembro de 1996 – altera a Directiva 86/378/CEE relativa à aplicação do princípio de *igualdade de tratamento* entre homens e mulheres nos *regimes profissionais de segurança social*;
- a Directiva 96/34/CE, de 3 de Junho de 1996 – relativa ao Acordo-quadro sobre a *licença parental* celebrado pela UNICE, pelo CEEP e pela CES;
- a Directiva 97/80/CE, de 15 de Dezembro de 1997 – relativa ao *ónus da prova* nos casos de discriminação baseada no sexo.

### **3.4.2.3 Casos de discriminação directa e indirecta, no trabalho**

A Convenção das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres<sup>16</sup>, a que atrás se fez referência, define «discriminação contra as mulheres» no art. 1º como «qualquer distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo que tenha como efeito ou como objectivo comprometer ou destruir o reconhecimento, o gozo ou o exercício pelas mulheres, seja qual for o seu estado civil, com base na igualdade dos homens e das mulheres, dos direitos do homem e das liberdades fundamentais nos domínios político, económico, social, cultural e civil ou em qualquer outro domínio».

São, todavia, os casos de discriminação indirecta (conforme a teoria do impacto ou efeito adverso) aqueles que maior dificuldade têm colocado, na medida em que se traduzem no impacto desfavorável ou efeito adverso que uma medida formalmente neutra produz sobre um determinado grupo social, neste caso as mulheres. Reserva-se o conceito de discriminação directa para a desigualdade de tratamento (conforme a

---

<sup>16</sup> Aprovada para ratificação pela Lei n° 23/80, de 26 de Julho

teoria da desigualdade de tratamento). Veja-se, sobre a matéria, designadamente a seguinte jurisprudência comunitária, adiante desenvolvida<sup>17</sup>:

- Acórdão Defrenne (ac.de 8/4/76, caso 43/75, Defrenne);
- Acórdão Jenkins (ac. de 31/3/81, caso 96/80, Jenkins);
- Acórdão Bilka (ac. de 13/5/86, caso 170/84, Bilka-Kaufhaus).

Estabelecem-se alguns elementos definidores da discriminação indirecta:

- Trata-se de uma medida, prática ou critério formalmente neutro, aplicável tanto a homens como a mulheres (por exemplo, uma medida para trabalhadores/as a tempo total e parcial), que é discriminatória em virtude do seu efeito sobre as mulheres, se o empregador não conseguir provar que é necessária para a empresa ou para o posto de trabalho (carácter injustificado da medida) e idónea para os objectivos que se pretendem atingir. Acentua-se, nesta teoria, o efeito da medida, sendo irrelevante a intencionalidade;
- Efeito desproporcionalmente mais desfavorável sobre os trabalhadores de um dos sexos. A doutrina comunitária tem exigido, somente, o prejuízo;
- Tem em atenção o efeito supraindividual da prática discriminatória. Ao abrigo da teoria da discriminação indirecta, a comparação não se verifica entre pessoas singulares de um ou outro sexo mas entre grupos.

#### **3.4.2.4 Os casos mais frequentes de discriminação**

##### **a) Discriminação no acesso ao emprego**

A Directiva 76/207/CEE proíbe a discriminação no acesso ao emprego, estabelecendo-se, aqui, mais uma vez, um limite à liberdade empresarial, na sua vertente de liberdade de contratação. Daqui decorre que, à entidade empregadora,;

- É vedada a possibilidade de utilizar como critério de selecção, o facto de se ser homem ou de se ser mulher, salvo o disposto no art. 2º nº 2 da citada directiva;

---

<sup>17</sup> *Os acordãos mencionados estão publicados em Igualdade de oportunidades entre mulheres e homens: trabalho, emprego e formação profissional – Jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias Ministério do Trabalho e da Solidariedade, Colecção “Jurisprudência e Pareceres”, Lisboa, 1998.*

- Não é permitida a utilização de distintos critérios, requisitos ou condições de selecção para homens ou mulheres, salvo se se tratar de uma diferença essencial exigida pelo posto de trabalho, ou relevante no aspecto físico da pessoa. Com efeito, há situações em que a aparência física determina um tratamento distinto, originando requisitos objectivos e subjectivos distintos para homens e mulheres e que são essenciais para o preenchimento do posto de trabalho de trabalho de que se trate;
- Não é admitida a utilização de procedimentos de selecção que conduzam a uma exclusão, total ou parcial das mulheres. A entidade empregadora deverá informar sobre os critérios e procedimentos utilizados na selecção;
- É vedado o anúncio de ofertas de emprego apenas destinados a um dos sexos, ou contendo restrições, especificações ou preferência discriminatória em função do sexo<sup>18</sup>.

É sabido que se colocam questões à entidade empregadora no momento da contratação como consequência do efeito «boomerang» de algumas disposições normativas. De qualquer modo a discriminação por causa da maternidade é interdita também pelo direito comunitário. Com efeito, à questão sobre se seria legítima a recusa de um empresário em contratar uma mulher grávida pelo facto de não ser reembolsado das quantias despendidas em virtude da gravidez, o Tribunal de Justiça das Comunidades veio entender (ac. 8/11/88, caso 117/88, Dekker) que a candidata, apesar de ter sido considerada apta para a actividade em causa, foi rejeitada em virtude de ser mulher. Porquanto os argumentos da empresa, justificativos da não contratação, revestissem carácter económico, não foram suficientes na medida em que a verdadeira razão da não contratação foi motivada pelo facto de ser mulher.

#### b) A força física como factor de discriminação

A força física tem constituído um dos mais fortes argumentos para a diferenciação de tratamento entre homens e mulheres. Não admira, por isso, que sejam colocadas algumas questões.

Assim, à questão de saber se seria legítima a adopção de critérios de esforço físico, fadiga muscular e penosidade das tarefas, para a classificação profissional, o Tribunal de Justiça das Comunidades, no caso Rummler (ac de 1/7/86, caso 237/85, Rummler), veio considerar que o princípio da igualdade de remuneração exige, essencialmente, a consideração objectiva da natureza do trabalho a realizar. Assim, o

---

<sup>18</sup> *Veja-se o parecer da CITE nº 10/CITE/91, de 15 de Outubro de 1991.*

Tribunal entendeu não contrariar as exigências do art. 1º da Directiva 75/117/CEE, a adopção de critérios adaptados às tarefas quando elas exijam, pela sua natureza, um esforço físico especial ou sejam fisicamente penosas. Podemos concluir, com base neste acórdão duas ideias importantes:

- Constitui discriminação em razão do sexo estabelecer um critério para determinar se um trabalho exige força muscular e esforço, utilizando valores correspondentes aos resultados médios dos trabalhadores de um único sexo;
- Um sistema de classificação profissional deve conter, se possível, outros critérios que tenham em atenção aptidões especiais dos trabalhadores do outro sexo e que no seu conjunto não sejam discriminatórios.

No que se refere à questão de saber qual a solução quando a mulher desconhece o carácter penoso das tarefas para que foi contratada, existe, para a entidade empregadora o *dever de informar as/os trabalhadoras/es sobre as características do posto de trabalho e as suas exigências*, a fim de serem evitados os resultados discriminatórios. Como se viu, quando a determinada categoria ou posto de trabalho estão associadas tarefas que exigem força física superior à média das mulheres, este facto não é em si discriminatório sempre que tal resulte da própria natureza do trabalho, mas tal deverá ser do conhecimento da trabalhadora/candidata, sob pena de se estar perante uma causa de vício do contrato e uma violação do princípio da boa fé que deverá presidir às relações contratuais.

### c) Discriminação na retribuição

Dever-se-á entender que a equiparação entre homem e mulher, em matéria salarial, reveste carácter absoluto, pelo que não será de admitir qualquer excepção. Como já se referiu, o art. 141º do Tratado que institui a Comunidade Europeia e as directivas sobre esta matéria são de eficácia directa e imediata, incumbindo aos Estados o dever de implementar legislação que torne efectiva a igualdade salarial entre homens e mulheres e suprima as disposições contrárias.

O princípio da igualdade deverá constituir uma garantia jurídica e uma certeza, sendo de eliminar todas as possibilidades de discricionariedade. Daí a necessidade de mecanismos que assegurem a efectividade do princípio com a aplicação de sanções civis, administrativas ou até penais.

A proibição da discriminação salarial não só obriga os Estados a criar condições e legislação para garantir o respeito pela igualdade, mas

também os obriga a intervirem noutras áreas, mesmo na negociação colectiva, sempre que tal se torne necessário para a efectividade do princípio.

A igualdade retributiva não pressupõe, sem mais, o tratamento igual para homens e mulheres, mas antes exige a verificação do valor igual do trabalho prestado, e bem assim que, quando o tratamento seja diferente, esteja objectivamente justificado pela natureza do posto de trabalho.

#### d) A valoração dos postos de trabalho

A Convenção nº 100 da OIT afere a igualdade de remuneração ao trabalho de igual valor, mas não apresenta qualquer definição. Na realidade, não se conhece algum procedimento pré estabelecido nem critérios definidos de actuação. Para tal, facilitar, muito, que o sistema de avaliação de postos de trabalho seja descritivo e as características das funções a avaliar estejam claramente definidas. No intuito de contribuir para a definição, pode dizer-se que se consideram trabalhos de igual valor aqueles a que corresponde um conjunto equivalente de requisitos relativos a capacidades (conhecimentos, aptidões, iniciativa), esforço (físico, mental ou emocional), responsabilidades (de mando, supervisão de pessoas, de segurança e informação) e condições de trabalho. Daqui decorre ser importante que as legislações contenham a referência à necessidade de serem utilizados critérios neutros para a valoração dos postos de trabalho, de forma a que seja garantida a aplicação do princípio da igualdade. Assim:

- Deveria ser adoptado um sistema analítico onde estivessem definidos, de forma clara e precisa, os factores de avaliação, e bem assim, que os resultados da avaliação do posto fossem independentes da pessoa que o avaliasse;
- O sistema de avaliação deveria ser claro e prestar boa informação, descrevendo os postos de trabalho de forma completa, sem omitir aspectos que poderão torna-se relevantes;
- Os critérios de classificação deveriam assegurar a mesma retribuição para o trabalho objectivamente considerado, independentemente de quem o desenvolve ser homem ou mulher. Significa isto que a metodologia empregue deverá revelar-se consistente, ou seja, a avaliação de uma função por diferentes especialistas ou em momentos distintos deverá levar às mesmas conclusões. Deverá ser adoptado um sistema de valoração de postos analítico, com factores de pontuação claramente definidos;
- Os critérios de valoração deveriam ser conhecidos, o processo deveria ser bem definido e os resultados identificáveis e justificáveis;

- Quando se torna necessário avaliar determinados parâmetros como o esforço físico, a fadiga, o cansaço, etc., não se poderá fazer essa avaliação aferindo-a a valores correspondentes apenas a um dos sexos;
- Os aplicadores do sistema deveriam ser pessoas esclarecidas nestas matérias, de forma a evitar subjectividade;
- Seria necessária uma maior intervenção de mulheres nos processos de avaliação;
- Atendendo, no entanto, às características específicas de cada tarefa, não se considera discriminatório ter em atenção as aptidões de homens ou mulheres, em concreto;
- A circulação da informação também é determinante nesta matéria: as tabelas salariais, o registo de práticas discriminatórias e os elementos de análise que contribuam para aferir da existência ou não de igualdade retributiva deverão ser levados ao conhecimento da comunidade empresarial em que o trabalhador se insere, sem prejuízo, em alguns casos, do direito à privacidade. A legislação francesa foi considerada como uma boa prática normativa em matéria de informação, ao prever que em todos os centros de trabalho em que exista pessoal feminino, o empregador devesse publicar os textos normativos relativos ao princípio da igualdade retributiva entre homens e mulheres, em *placards* no local de trabalho, assim como nos locais onde se efectua a contratação. Deverá, também, ser colocada, periodicamente, à disposição dos representantes dos trabalhadores informação que permita uma comparação entre a situação dos homens e das mulheres, em matéria de remuneração.

#### e) Algumas questões práticas

Relativamente à questão de saber qual é a solução quando o empresário alega que o eliminar da prática discriminatória lhe acarretaria custos elevados, o critério a aplicar deverá ser o da *razoabilidade*. Entende-se que a gestão de uma empresa se faz com muitas decisões, não sendo uma particular medida discriminatória essencial para a viabilidade e subsistência da empresa. Por outro lado, há que recusar que os motivos económicos possam justificar a violação de direitos reconhecidos às mulheres trabalhadoras.

Importa também saber como avaliar a existência de discriminação se, para a decisão do empregador concorrerem não apenas factores ligados ao sexo mas também outras causas. Poderá entender-se que, se a causa discriminatória convive com outras é necessário, para que o acto seja considerado discriminatório, que ela tenha sido determinante para a

decisão da entidade empregadora. Assim, quando numa decisão concorrem várias causas e o sexo aparece como uma delas, tal, por si só, não determina o carácter discriminatório. O empresário terá de fazer prova que a decisão seria a mesma à margem de qualquer causa fundada no sexo.

### **3.4.2.5 Excepções à aplicação do princípio da igualdade de tratamento**

A aplicação do princípio da não discriminação terá de ser realizada com algum cuidado, nomeadamente nas profissões onde se reconhece que o sexo constitui uma "genuína qualificação para o trabalho", rentabilizando-se as especificidades de cada sexo. Cabe aos Estados membros procederem periodicamente a um exame das actividades profissionais (e comunicar à Comissão o resultado do mesmo), no sentido de averiguar se se justifica manter essa exclusão, tendo em conta a evolução social. Essas actividades referem-se, essencialmente a profissões relacionadas com a moda, a arte, o espectáculo. Só deverão ser permitidas as exclusões se existir uma «conexão entre o sexo e o cumprimento do trabalho, que há-de ser uma relação ou conexão de necessidade e não de mera conveniência para o desempenho das funções próprias da mesma». Não têm sido admitidas, pelo Tribunal de Justiça das Comunidades, para justificar a excepção ao princípio, a alegada necessidade de adopção de medidas de protecção à mulher com a intenção de a proteger de agressões. Podem, todavia constituir uma excepção ao princípio da igualdade de tratamento as actividades onde seja patente a necessidade de uma maior força física do homem.

São admitidas, ainda, excepções para situações onde é exigida a presença de trabalhadores do mesmo sexo (limpezas de casas de banho ou vestiários, etc). Será de rejeitar toda a atitude diferenciadora ofensiva que acarrete danos à dignidade do/a trabalhador/a.

Não são consideradas discriminatórias as disposições de carácter temporário que estabeleçam uma preferência em razão do sexo, imposta pela necessidade de corrigir uma desigualdade de facto, bem como as medidas que visam proteger a maternidade enquanto valor social (art. 3º nº 2, Decreto-Lei 392/79, de 20 de Setembro).

São proibidos os trabalhos que, por diploma legal, sejam considerados como riscos efectivos ou potenciais para a função genética. Estas disposições devem ser revistas periodicamente (art. 8º Decreto-Lei 392/79, de 20 de Setembro).

### 3.4.2.6 Tutela do direito à igualdade de oportunidades

#### a) Legitimidade activa

Têm legitimidade activa para intentar procedimentos de tutela antidiscriminatória as/os trabalhadoras/es vítimas, ou os sindicatos. O art. 16º do Decreto-Lei 392/79, de 20 de Setembro, estabelece a possibilidade de serem intentadas as acções judiciais para aplicação das normas sobre não discriminação (nº 1), podendo o direito de acção ser exercido pelo trabalhador ou pela associação sindical que o represente (nº 2).

O art. 4º do Decreto-Lei 105/97, de 13 de Setembro, já referida, veio reforçar a legitimidade das associações sindicais possibilitando que as mesmas proponham acções tendentes a provar práticas discriminatórias, independentemente do exercício do direito de acção do trabalhador (nº 1).

#### b) O Ónus da prova

##### *Regime geral:*

- Em matéria de discriminação remuneratória por causa distinta do sexo, tem sido orientação da jurisprudência exigir que o/a trabalhador/a faça prova, alegando que a tarefa que desenvolve é materialmente igual em quantidade, natureza e qualidade à do/a outro/a trabalhador/a que auferir remuneração mais elevada. Normalmente, cabe a quem alega um direito, provar os factos da demanda.

##### *Regime excepcional:*

- A Directiva 97/80/CE, no seu art. 4º, veio dispor que, no caso de uma pessoa apresentar perante um tribunal factos constitutivos da presunção de discriminação directa ou indirecta, «incumbe à parte demandada provar que não houve violação do princípio da igualdade de tratamento» (nº 1). Defende-se a implementação do mecanismo da inversão cabendo à vítima alegar a situação de discriminação relativamente ao/à outro/a trabalhador/a, remetendo-se à entidade empregadora o dever de provar que a diferença remuneratória se deve a razão diferente do sexo. Constata-se uma inversão do ónus da prova na medida em que ao trabalhador cabe apenas alegar a situação discriminatória e à entidade empregadora provar que a discriminação não se deve ao sexo. Esta disposição não prejudica a possibilidade de os Estados membros implementarem um regime probatório mais favorável para a parte demandante.
- No caso de discriminação directa, a entidade empregadora deverá provar a existência de uma razão convincente que afaste a

discriminação e que justifique a sua atitude. No caso de discriminação indirecta, a tarefa da entidade empregadora será provar que o critério ou prática utilizado está objectivamente justificado. Por exemplo: no caso de discriminação por gravidez (discriminação directa) é de esperar que a entidade empregadora não alegue directamente esta causa para fundamentar a sua decisão. No caso Danfoss e face à dificuldade de prova, o Tribunal considerou que, no caso de falta de transparência do sistema de remuneração, cabe ao empregador o ónus da prova de que a sua prática salarial não é discriminatória. Se assim não fosse, as trabalhadoras estariam privadas de reunir as provas para fazer valer o princípio da igualdade de retribuição.

### **3.4.2.7 Breve referência a algumas decisões e orientações jurisprudenciais**

Em Portugal não há uma grande actividade jurisprudencial em matéria de igualdade de oportunidades. Tem-se como certo que os conflitos existem, só que vários factores podem determinar a sua não exteriorização.

A importância das decisões dos tribunais é, não só a de resolverem um conflito em concreto, mas também a de inspirarem soluções interpretativas do direito aplicável em casos semelhantes. Tal é particularmente importante na jurisprudência do Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia porque vincula todos os Estados membros da União Europeia.

Indica-se, por isso e a título de exemplo, alguma jurisprudência nacional e comunitária.

#### **a) Jurisprudência nacional**

A nível nacional, pode referir-se, a título de exemplo, o Ac. STJ de 11.11.98, relativamente a assédio sexual, em que se considerou que as atitudes de um trabalhador superior hierárquico, relativamente a trabalhadoras subalternas foram desconformes a uma conduta de normalidade, pautada pela consideração e respeito devido a outros trabalhadores e pela defesa do bom nome e interesses das entidade patronal, tanto mais que desempenhava relevantes funções de chefia. Incontestada a sua competência técnica, já no aspecto humano, relacionado com as trabalhadoras, a sua conduta foi merecedora de elevada censura. Não se pode aceitar que um titular de um cargo de chefia, no exercício e mercê do seu cargo, dirigisse convites a trabalhadoras suas subordinadas para "sair", deixando claramente perceber que procurava a prática de relações íntimas, convites que perturbavam e incomodavam as visadas. O trabalhador num caso cessou

uma relação de trabalho e noutro prometeu a celebração de um contrato sem termo, assim interferindo e propondo-se interferir em relações laborais à margem dos interesses da entidade patronal, que eram os que devia prosseguir e acautelar e determinando-se antes por razões que se prendiam com interesses pessoais, ligados à satisfação de apetites sexuais.

#### b) Jurisprudência comunitária

Dada a aplicação em todos os Estados membros da União Europeia da interpretação do direito comunitário resultante dos acordãos do Tribunal de Justiça, esta jurisprudência pode ser invocada em Portugal, designadamente junto do tribunais. Daí a importância de ser conhecida tanto pelos magistrados e pelos advogados, como pelos trabalhadores e trabalhadoras.

Referem-se alguns acordãos, considerados significativos:

#### ***Acórdão Bilka (1986) – sistema de reforma indirectamente discriminatório:***

*Factos:* Um grande armazém alemão (Bilka) instituiu um regime complementar de pensão para os seus empregados. Os trabalhadores a tempo parcial só eram admitidos se tivessem trabalhado a tempo completo durante, pelo menos, 15 anos num período total de 20 anos. A questão que se colocava era se se poderia considerar tal sistema de reforma de empresa discriminatório, tendo em conta que os trabalhadores a tempo parcial eram maioritariamente mulheres.

*Doutrina do acórdão:* Em primeiro lugar, o sistema de reforma foi considerado como retribuição/remuneração, já que as prestações facultadas aos trabalhadores constituem uma vantagem paga pelo empregador determinada pela relação de emprego. Se uma empresa exclui os trabalhadores a tempo parcial do seu regime de reforma, existe discriminação se essa medida atinge um número muito mais elevado de mulheres que de homens, a menos que a empresa comprove que a referida medida se explica por factores objectivamente justificados e estranhos a qualquer discriminação fundada no sexo. De facto, a empresa tinha sustentado que razões económicas e de gestão estavam na base de tal sistema, de forma a tornar o trabalho a tempo completo mais atractivo. Pode ser justificado o comportamento da empresa, se ficar provado que esta visa empregar o menor número possível de trabalhadores a tempo parcial e que os meios escolhidos para atingir estes objectivos para além de responderem a uma verdadeira necessidade da empresa, são aptos a atingir o objectivo em questão e são necessários para esse efeito.

***Acórdão Rummler (1986) – igualdade de remuneração entre homens e mulheres:***

*Factos:* Uma operária de uma tipografia contestava o seu enquadramento profissional, decorrente da contratação colectiva, tendo em conta as tarefas que efectuava e, nomeadamente, a carga física que assumia.

*Doutrina do acórdão:* A directiva comunitária de 10.02.1975, relativa à igualdade de remuneração entre homens e mulheres, não se opõe a um sistema de classificação profissional que utilize, para determinar o nível de remuneração, o critério do esforço ou da fadiga muscular ou o grau de penosidade física do trabalho, desde que, tendo em conta a natureza das tarefas, o trabalho a desempenhar exija efectivamente um certo desenvolvimento de força física e desde que, por serem tomados em consideração outros critérios, o sistema exclua, no seu conjunto, qualquer discriminação fundada no sexo.

Da mencionada directiva decorre que:

- Os critérios que condicionam o enquadramento nos diferentes níveis de remuneração têm que assegurar a mesma remuneração para um mesmo trabalho, seja ele desempenhado por um homem ou por uma mulher;
- O facto de a base da análise incidir sobre valores correspondentes aos desempenhos médios dos trabalhadores de um só sexo, no sentido de determinar em que medida um trabalho exige esforço, ocasiona uma fadiga ou é fisicamente penoso, constitui uma forma de discriminação fundada no sexo e interdita pela directiva.

***Acórdão Danfoss (1989) – igualdade de remuneração entre homens e mulheres:***

*Factos:* A empresa Danfoss atribuía a mesma remuneração de base aos trabalhadores com o mesmo nível salarial, mas concedia, nos termos da convenção colectiva de trabalho aplicável, majorações de salário individuais, calculadas nomeadamente em função da flexibilidade, formação profissional e antiguidade dos trabalhadores, do que decorria que a remuneração média dos trabalhadores era superior em 6,85% à das trabalhadoras.

*Doutrina do acórdão:*

- Se uma empresa aplica um sistema de remuneração caracterizado por uma ausência total de transparência, o empregador tem o ónus de provar que a sua prática salarial não é discriminatória, desde que a trabalhadora queixosa evidencie que, em relação a um número

relativamente importante de trabalhadores, a remuneração média das trabalhadoras é inferior à daqueles trabalhadores;

- Se se demonstrar que a aplicação de critérios de majoração, como a flexibilidade, a formação profissional ou a antiguidade do trabalhador desfavorece sistematicamente as trabalhadoras:
  - o empregador pode justificar o recurso ao critério da flexibilidade, se este for entendido como visando a adaptabilidade dos horários e locais de trabalho variáveis, demonstrando que essa adaptabilidade se reveste de importância para a execução de tarefas específicas que estejam confiadas ao trabalhador, mas já não poderá justificar, se esse critério for entendido como inerente à qualidade do trabalho desempenhado por um trabalhador concreto;
  - o empregador pode justificar o recurso ao critério da formação profissional, demonstrando que esta formação se reveste de importância para a execução de tarefas específicas que estejam confiadas ao trabalhador;
  - o empregador não deve recorrer ao critério da antiguidade.

***Acórdão Enderby (1993) - igualdade de remuneração entre homens e mulheres:***

*Factos:* Uma trabalhadora ao serviço nacional de saúde britânico revelou diferenças salariais importantes entre os ortofonistas e os farmacêuticos, profissões cobertas por duas convenções colectivas diferentes, com grelhas salariais distintas. A profissão dos ortofonistas era essencialmente desempenhada por mulheres enquanto a dos farmacêuticos o era por homens.

*Doutrina do acórdão:* Se a remuneração entre as duas categorias é sensivelmente diferente, e uma dela é quase exclusivamente ocupada por mulheres e a outra principalmente por homens, uma tal situação revela indícios de discriminação fundada no sexo, desde que, pelo menos, as duas funções em causa tenham um valor igual e que os dados estatísticos que caracterizem esta situação sejam válidos, ou seja, que não correspondam à expressão de fenómenos puramente fortuitos ou conjunturais e, de uma maneira geral, sejam significativos.

Numa situação de indícios de discriminação, a entidade empregadora tem de provar que existem razões objectivas para a diferença de remuneração constatada.

Não é suficiente para a justificação objectiva da diferença salarial entre duas funções de valor igual, em que uma é quase exclusivamente exercida por mulheres e a outra principalmente por homens, a

invocação da circunstância de que as remunerações respectivas são determinadas por processos de negociação colectiva autónomos, pelo que, em si e separadamente, não têm efeito discriminatório.

Cabe apurar, aplicando, se necessário, o princípio da proporcionalidade, se, e em que medida, a penúria de candidatos a uma função e a necessidade os atrair por salários mais elevados constituem uma razão económica objectivamente justificada para a diferença salarial entre as funções em causa.

***Acórdão Brown (1998) – despedimento de trabalhadora grávida:***

*Factos:* A trabalhadora foi despedida durante a gravidez. Era motorista na empresa Rentokil, consistindo a sua actividade principal em transportar e substituir unidades “Sanitact” em lojas e outros centros, trabalho pesado, segundo a própria. A partir de Agosto de 1990, e em virtude de perturbações relacionadas com a gravidez, atestadas por médico, não voltou a trabalhar. Nos contratos de trabalho da empresa constava uma cláusula que estipulava que as faltas por doença de mais de 26 semanas consecutivas determinariam despedimento do/a trabalhador/a. A empresa comunicou à trabalhadora que o seu contrato de trabalho cessaria em 8 de Fevereiro, se entretanto não voltasse ao trabalho, o que veio a suceder. Na altura em que foi despedida, a lei dispunha que uma trabalhadora que faltasse ao trabalho total ou parcialmente devido a gravidez ou parto tinha, sob certas condições - ter estado empregada até ao momento imediatamente anterior ao início da 11.<sup>a</sup> semana que antecederia a semana em que se previa o parto e ter estado empregada, no início dessa 11.<sup>a</sup> semana sem interrupção há, pelo menos, 2 anos – o direito a voltar ao trabalho.

*Questões de Direito:* É contrário à directiva relativa à igualdade de tratamento o despedimento de uma trabalhadora em qualquer momento da gravidez, devido a faltas por doença resultante na gravidez? São relevantes, por um lado, as cláusulas dos contratos individuais de trabalho ou, por outro lado, os requisitos da lei nacional, no que se refere ao direito de regresso ao trabalho?

*Doutrina do acórdão:* Segundo jurisprudência constante do Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia, o despedimento de uma trabalhadora por motivo de gravidez ou motivo baseado essencialmente nesse estado só pode dizer respeito às mulheres e constitui, portanto, uma discriminação em razão do sexo. O *acórdão Webb* refere que a directiva da igualdade de tratamento, ao reservar aos Estados Membros o direito de manter ou adoptar disposições relativas à protecção da mulher no que respeita à gravidez e maternidade, reconhece a legitimidade da protecção da condição biológica da mulher durante a gravidez e na sua sequência, bem como a protecção de especiais relações entre a mulher e o seu filho no período pós-parto. O risco que um eventual

despedimento implica para a situação física e psicológica das trabalhadoras grávidas, puérperas e lactantes, incluindo o risco particularmente grave de se incitar a trabalhadora grávida a interromper voluntariamente a sua gravidez, esteve na base das preocupações do legislador comunitário na adopção da Directiva relativa à melhoria da protecção da saúde e segurança das trabalhadoras grávidas, puérperas e lactantes.

No caso vertente, o despedimento de uma mulher grávida não pode basear-se em fundamentos relacionados com a incapacidade, originada pelo seu estado, para fornecer a prestação de trabalho, senão a protecção do Direito Comunitário seria apenas reservada às trabalhadoras grávidas que estão em condições de trabalhar. Embora a gravidez não seja equiparável a um estado patológico, podem ocorrer neste período perturbações e complicações susceptíveis de obrigar a mulher a uma vigilância médica rigorosa e, eventualmente, a repouso absoluto, durante toda a gravidez ou parte dela, decorrendo a incapacidade para o trabalho da especificidade desse estado. Tal despedimento deve ser considerado como baseando-se essencialmente na gravidez, constituindo assim, uma discriminação directa em razão do sexo.

Em relação à cláusula dos contratos individuais de trabalho ela é discriminatória, pois se aplica da mesma maneira a situações diferentes.

***Acórdão Acórdão Kruger (1999) – igualdade em matéria de subsídios:***

*Factos:* A Sra. Kruger foi contratada a tempo inteiro como enfermeira, âmbito da convenção colectiva.

Questão em Outubro de 1990, aplicando-se à relação de trabalho a convenção colectiva de trabalho dos agentes da função pública em regime contratual (BAT). Após o nascimento do filho, em Abril de 1995, gozou, de Junho de 1995 a Abril de 1998, um período de licença de educação bem como um subsídio de educação. Desde Setembro de 1995, ocupava um posto de trabalho a tempo parcial, previsto na lei para estas situações, com um horário normal inferior a 15 horas por semana e uma remuneração normal que não ultrapassava uma fracção da base mensal de referência, emprego isento de contribuições para a segurança social

A trabalhadora requereu à sua entidade patronal o pagamento do subsídio especial anual referente a 1995 – subsídio de Natal – previsto na convenção colectiva de trabalho aplicável, pedido indeferido pela entidade patronal, já que o exercício de uma actividade não sujeita obrigatoriamente a contribuição para a segurança social, durante a licença para a educação dos filhos, estava excluído do de direito: as

normas comunitárias relativas ao princípio da igualdade de tratamento remuneratório devem ser interpretadas no sentido de que a exclusão, por uma convenção colectiva, das pessoas que exerçam actividades por conta de outrem com um horário inferior a 15 horas semanais e uma remuneração normal que determina a não obrigatoriedade de inscrição na segurança social, constituir discriminação indirecta em prejuízo das mulheres, na hipótese de tal exclusão abranger uma percentagem consideravelmente mais elevada de trabalhadores de um dos sexos?

Doutrina do acórdão: Corresponde a discriminação indirecta, a não ser que tal disposição se justifique por razões objectivas e estranhas a qualquer discriminação fundada no sexo, a exclusão das pessoas com empregos "menores" da segurança social, salvo se se destinar a responder a uma procura social desses empregos que o governo alemão considerou necessário satisfazer no quadro da sua política social e de emprego.

A convenção colectiva de trabalho exclui do seu âmbito as pessoas com um emprego "menor", não beneficiando, portanto, do mencionado subsídio de Natal, mas esta exclusão não pode alterar o princípio da igualdade de remunerações, que constitui um princípio fundamental do direito comunitário, que não pode ser esvaziado por nenhuma norma de direito nacional. Para além de que tal exclusão constitui um tratamento diferente em relação aos trabalhadores a tempo inteiro.

Se o tribunal concluir que tal exclusão atinge, na realidade, uma percentagem consideravelmente mais elevada de mulheres que de homens, a convenção colectiva é discriminatória, não se aplicando aqui o argumento de que a política social e de emprego é da competência dos Estados Membros, já que se trata de uma convenção colectiva de trabalho.

### ***Acórdão Acórdão Sirdar (1999)***

A Sra. Sirdar esteve no Exército Britânico desde 1983 e prestou serviços como chefia, desde 1990, num regimento de comando da Royal Artillery, quando foi informada, em Fevereiro de 1994, de que seria dispensada, devido a razões económicas, a partir de Fevereiro de 1995. Este despedimento, resultado de um estudo, afectou um total de mais de 500 chefias. Em Julho de 1994, a Sra. Sirdar recebeu uma proposta de transferência para a Royal Marines, que tinha falta de chefias, através de carta que especificava que a transferência implicaria a aprovação em teste de admissão inicial e, posteriormente em curso de formação de comandos. No entanto, quando as autoridades responsáveis na Royal Marines constataram que se tratava de uma mulher e que a oferta lhe tinha sido dirigida por erro, informaram-na de que era inelegível atendendo à política de exclusão de mulheres naquele regimento.

*Questão de direito:* As decisões políticas que um Estado Membro adopta durante o tempo de paz ou na sua preparação para a guerra, no que respeita ao acesso ao emprego, formação profissional, condições de trabalho ou cessação de vínculos nas suas forças armadas, e para fins de eficácia no combate, estão excluídas do âmbito de aplicação do Tratado e do direito comunitário derivado?

*Doutrina do acórdão:* Como o Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia já sustentou, as únicas disposições em que o Tratado prevê derrogações aplicáveis em situações em que a segurança pública pode ser afectada são os arts. 30º, 39º, 46º e 296º e 224º. Não é possível interpretar esses artigos, no sentido de permitirem uma excepção geral que cubra todas as medidas justificadas por razões de segurança pública, o que, aliás, contraria a natureza obrigatória do Direito Comunitário e a sua aplicação uniforme.

O conceito de Segurança Pública cobre tanto as situações de segurança interna de um Estado, como as da sua segurança externa. Além disso, algumas das derrogações previstas encontram-se no âmbito da livre circulação de mercadorias, pessoas e serviços e não no âmbito das disposições sociais, em que se inclui o princípio da igualdade de tratamento em razão do sexo. De acordo com a jurisprudência assente, este princípio é de aplicação genérica e a respectiva Directiva aplica-se ao emprego público.

Verifica-se porém, que o art. 2º, nº 2, da Directiva relativa à igualdade de tratamento prevê que os Estados Membros tenham a possibilidade de excluir do seu âmbito de aplicação determinadas actividades ocupacionais em que, por motivos ligados à sua natureza ou ao contexto do respectivo desenvolvimento, o sexo constitui um motivo determinante. Esta disposição deve, no entanto, ser interpretada restritivamente. A jurisprudência comunitária considerou que esta disposição se aplicará às seguintes categorias: guardas prisionais ou directores de guardas prisionais e certas actividades em que é provável a existência de distúrbios internos sérios, como as policiais. Regista-se, ainda, uma obrigação de reavaliação periódica por parte do Estado visando apurar, em face dos desenvolvimentos sociais, se as derrogações se deverão manter.

As derrogações devem ter também presente o princípio da proporcionalidade, um dos princípios gerais do Direito Comunitário, pelo qual as derrogações devem permanecer nos limites do que é apropriado e necessário para atingir o objectivo em vista. O princípio da igualdade de tratamento tem de ser articulado, na medida do possível, com os limites de segurança pública que envolvem o contexto de tais actividades. O *acórdão Leifer* reconhece, no entanto, e dependendo das circunstâncias, um determinado grau de descricionariedade por parte das autoridades nacionais.

A razão invocada pela Royal Marines na recusa da oferta de emprego é a total exclusão de mulheres daquela unidade devido à regra de interoperabilidade estabelecida para assegurar a eficácia no combate.

A organização da Royal Marines diverge substancialmente das outras unidades das forças armadas britânicas, de que constituem a “ponta da flecha”. São uma pequena força e constituem a primeira linha do ataque. Ficou provado, ser exigido que as chefias desta unidade fossem também comandos “da linha da frente”, que todos os seus membros fossem obrigados e treinados para tal objectivo e que não havia excepções a esta regra aquando do recrutamento.

Nestas circunstâncias, tendo em conta as específicas condições das unidades de assalto que compõem a Royal Marines e, em particular, a regra de interoperacionalidade, as autoridades competentes têm direito, no exercício do seu poder discricionário, a manter tal exclusão, à luz dos desenvolvimentos sociais e sem abusar do princípio da proporcionalidade.