

© Maria Regina Gomes Redinha

IGUALDADE DE TRATAMENTO NO TRABALHO E NO EMPREGO

NÓTULA

Se, como escreveu Montesquieu, *l'amour de la démocratie est celui de l'égalité*¹, dir-se-ia que o nosso sistema jurídico não ficou indiferente a esta máxima ao acolher a igualdade como valor e princípio constitucional estruturante².

No plano das relações interpessoais, designadamente no âmbito de aplicação do Direito Civil, a discriminação objectivamente infundada pode mesmo constituir um atentado aos direitos de personalidade, uma vez que atinge a dignidade humana³.

Todavia, quando se equaciona o problema da igualdade de tratamento no trabalho e no emprego verificamos, desde logo, que se trata, sobretudo, de uma questão social e cultural anterior e posterior a qualquer intervenção legislativa.

¹) *De l'esprit des lois*.

²) Cfr. J. J. Gomes Canotilho, Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3ª ed., Coimbra Editora, 1993, p. 125

³) Assim sendo, a discriminação pode configurar um facto ilícito gerador de responsabilidade civil, nos termos do art. 483º do Código Civil, tal como é susceptível de sustentar quaisquer outras providências destinadas a prevenir ou minorar os seus efeitos — art. 70º, nº 2, do Código Civil. Sobre a eficácia imediata do princípio da igualdade e,

© Maria Regina Gomes Redinha

Apesar de uma certa tentação demiúrgica dos juristas, há que reconhecer que o plano legislativo tem mais um carácter pedagógico do que corrector e isso, naturalmente, tem que ser visto numa perspectiva correcta e contida, sem sobrevalorizar ou menosprezar o papel da lei neste domínio.

Uma outra prevenção de ordem geral que devemos ter presente é a da falta de efectividade da legislação laboral, o que, inevitavelmente se reflecte também, e até de forma talvez acrescida, em matéria de igualdade e não discriminação. O principal problema hoje no mundo do trabalho e do emprego não é já o da arquitectura normativa, em certos casos até indutora de efeitos contraproducentes, mas, acima de tudo, o da efectivação dos direitos de quem trabalha ou aspira a trabalhar. Passámos de uma fase voltada, principalmente, para o estabelecimento das regras do jogo, para uma fase em que importa, sobretudo, fazer cumprir essas regras. Claro está que em sede de igualdade de tratamento entre homens e mulheres essa efectividade não se alcança apenas pela via inspectiva e sancionatória, porque,

particularmente, o seu funcionamento como limite externo da liberdade contratual, cfr. J. J. Gomes Canotilho, Vital Moreira, *ob. cit.*, p. 131.

© Maria Regina Gomes Redinha

escusado é lembrar, em causa estão factores de índole predominantemente extra-jurídica como a inércia da distribuição funcional de tarefas sociais e familiares ou a crença, cientificamente não comprovada, de um maior custo do trabalho feminino⁴.

Com efeito, até hoje, o debate sobre a igualdade tem sido sempre perspectivado como um problema exclusivo das mulheres, embora, teoricamente, os comportamentos discriminatórios possam, de forma indiferenciada, tocar os trabalhadores de ambos os sexos⁵.

Neste contexto, a Lei 105/97, de 13 de Setembro, representa sem dúvida um passo progressivo contra o

⁴) Neste sentido, cfr. Virgínia Ferreira, “Os paradoxos da situação das mulheres em Portugal”, *Revista Crítica de Ciências Sociais*, nº 52/53, Nov.1998/Fev. 1999, p. 212, ss., Rosemary Crompton, Fiona Harris, “Explaining women’s employment patterns: orientations to work revisited”, *The British Journal of Sociology*, vol. 49, nº 1, Março, 1998, p.119 ss., Jay Ginn, Sara Arber, Julia Brannen, Angela Dale, Shirley Dex, Peter Elias, Peter Moss, Jan Pahl, Ceridwen Roberts, Jill Rubery, “Feminist fallacies: a reply on women’s employment”, *The British Journal of Sociology*, vol. 47, nº 1, Março 1996, p. 169, ss.; Catherine Hakim, “The sexual division of labour and women’s heterogeneity”, *The British Journal of Sociology*, vol. 47, nº 1, Março, 1996, p.178, ss.

⁵) Esta realidade encontra-se, aliás, reconhecida no art. 1º, nº 2, do Dec.-Lei nº 392/79, de 20 de Setembro. De resto, em certos sectores começam a despontar alguns sinais desta tendência, nomeadamente, nas profissões tradicionalmente encaradas como femininas: educadores de infância, enfermagem, etc. Contudo, é evidente que a discriminação dos trabalhadores masculinos é ainda inexpressiva e pontual, até porque a exclusão ou discriminação é sempre fruto de uma relação de poder e a elevada taxa de feminização numa determinada actividade não é, por si só, sinónimo de ocupação de cargos de chefia ou de decisão. Por exemplo, em França a probabilidade de uma mulher atingir antes dos 30 anos de idade uma posição de quadro no sector público ou privado é de 28%, enquanto um homem com a mesma origem social vê essa probabilidade acrescida para 50,4%, cfr. Martine Bulard, “Sexisme ordinaire au travail”, *Le Monde Diplomatique*, Maio 1999, p. 24; sobre as relações de poder no trabalho, cfr., ainda, A. Monteiro Fernandes, “Princípio da igualdade de tratamento no direito do trabalho”, *Boletim da Faculdade de Direito – Estudos em homenagem ao Prof. Doutor A. Ferrer-Correia*, III, Coimbra, 1991, p. 1035, autor para quem “a ideia de igualdade de tratamento, nas relações de trabalho, é logicamente inseparável da *posição de poder* do

© Maria Regina Gomes Redinha

desfavorecimento da condição da mulher trabalhadora, se bem que o ordenamento jurídico nacional não seja, de modo nenhum, adverso ao reconhecimento da plena cidadania da mulher, nem particularmente omissivo para com a real discriminação real das mulheres no trabalho e no emprego. Descontando a normatividade constitucional, já o Dec.-Lei nº 329/79, de 20 de Setembro, veio garantir a igualdade entre homens e mulheres no que concerne às oportunidades e tratamento no trabalho e no emprego — art. 1º, nº 1_, proibindo as discriminações directas e indirectas, nomeadamente aquelas que se baseiam no estado civil ou na situação familiar — art. 3º, nº1⁶. Ao mérito deste diploma deve ainda ser creditada a proibição ou condicionamento da ocupação por mulheres de postos de trabalho que impliquem riscos efectivos ou potenciais para a função genética — art. 8º —, bem como o estabelecimento do princípio da igualdade remuneratória — art. 9º —, matéria relativamente à qual se transfere para o empregador o ónus da prova da inexistência de

empregador”; numa perspectiva mais sociológica, cfr. Monica Boyd, “Feminizing paid work”, *Current Sociology*, vol. 45, nº 2. Abril, 1997, p. 64.

⁶) Segundo o art. 2º, al. a) a noção de discriminação compreende “toda a distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada no sexo que tenha por finalidade ou consequência comprometer ou recusar o reconhecimento, o

© Maria Regina Gomes Redinha

discriminação em função do sexo, cabendo à trabalhadora referenciar o termo comparativo da desigualdade de tratamento — art. 9º, nº4. Por outro lado, o legislador não ignorou a vulnerabilidade das trabalhadoras que invoquem práticas discriminatórias, pelo que estabeleceu, a par da proibição de aplicação de sanções com este fundamento, a presunção do carácter abusivo de toda a sanção aplicada à trabalhadora no ano subsequente à reclamação apresentada por qualquer meio, judicial ou extrajudicial, contra a diferenciação negativa do seu estatuto ou posição laboral — art. 11º. Entre as medidas de promoção e efectivação do princípio da igualdade que ao Estado competem por força do art.58º, nº3, al. b) da Constituição, conta-se, neste diploma, a criação da Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego com um elenco de competências de que sobressai a emissão e aprovação de pareceres por solicitação da Inspeção do Trabalho, do juiz da causa, das associações patronais e sindicais ou de qualquer interessado — arts. 14º e 15º.

gozo ou o exercício dos direitos assegurados pela legislação do trabalho”. Trata-se, por conseguinte, de uma noção de índole finalística que, em última análise, se afere pelo resultado da prática.

© Maria Regina Gomes Redinha

A Lei 105/97, de 13 de Setembro, não representa, portanto, uma regulamentação pioneira neste domínio, não obstante a consagração de alguns aspectos inovadores⁷.

Assim, valor referencial na lei tem a consagração do conceito de discriminação indirecta, a forma mais volátil e de difícil perquirição⁸. Constitui, pois, uma mais-valia normativa o reconhecimento deste conceito relativamente indeterminado, susceptível de abarcar, entre outras, uma das mais preocupantes realidades do nosso mercado de emprego: a sistemática contratação de mulheres através dos vínculos laborais mais frágeis ou inibidores de progressão numa carreira profissional, tais como a contratação a termo, a tempo parcial, o trabalho temporário e até, recentemente, o teletrabalho⁹.

Reparo positivo merece, igualmente, o estabelecimento de uma presunção de prática discriminatória quando exista desproporção

⁷) Esta Lei, à semelhança do que acontece com o Dec.-Lei 392/79, é, nitidamente, um diploma qualificável ainda como instrumento da política negativa de discriminação, isto é, com um escopo eliminatório das circunstâncias que obstem à igualdade de tratamento dos dois sexos.

⁸) De acordo com o art. 2º da Lei “existe discriminação indirecta sempre que uma medida, um critério ou uma prática aparentemente neutra prejudiquem de modo desproporcionado os indivíduos de um dos sexos, nomeadamente por referência ao estado civil ou familiar, não sendo justificados objectivamente por qualquer razão ou condição necessária não relacionada com o sexo”. Esta noção pressupõe um juízo quantitativo, pois apela para a desproporção do prejuízo sofrido pela vítima de comportamentos discriminatórios.

⁹) Sobre a precariedade ou fragilidade dos vínculos jurídicos das trabalhadoras, cfr. Virgínia Ferreira, *ob. cit.*, p. 204, ss.: Jay Ginn, e outros, *ob. cit.*, p. 170; Dale Spender, “The position of women in information technology – or

© Maria Regina Gomes Redinha

considerável entre a taxa de trabalhadores de um dos sexos na empresa e a taxa existente no ramo de actividade¹⁰.

Todavia, aqui, talvez a eficácia dissuasora da lei não perdesse se a indicição (art. 3º) fosse alargada, contemplando, nomeadamente, um critério baseado no tipo de contrato de trabalho que liga os trabalhadores de cada um dos sexos ao empregador, uma vez que, embora se possa revestir de aparente neutralidade, a modalidade contratual é um expediente discriminatório largamente difundido e, com frequência, não percebido como tal, até mesmo pelos atingidos.

Uma outra inovação frutuosa é a concessão de legitimidade directa às associações sindicais para as acções fundadas na violação da igualdade de tratamento independentemente do exercício individual do direito de accionar — art. 4º —, o que,

who got there first and with what consequences?”, *Current Sociology*, vol. 45, nº 2, Abril, 1997; Rosemary Crompton, Fiona Harris, ob. cit., p. 132.

¹⁰) A Directiva 97/80/CE do Conselho, de 15 de Dezembro de 1997 (J.O. n.º L 14/6, de 20-1-98) considera haver discriminação indirecta “sempre que uma disposição, critério ou prática aparentemente neutra afecte uma proporção consideravelmente mais elevada de pessoas de um sexo, salvo quando essas disposições, critérios ou práticas sejam adequadas e necessárias e possam ser justificadas por factores objectivos não relacionados com o sexo” — art. 2º, nº 2. Sobre a importância da recepção da noção de discriminação indirecta, cfr. Mariagrazia Rossilli, “The European Community’s policy on the equality of women”, *The European Journal of Women’s Studies*, vol. 4, nº 1, Fevereiro, 1997, p. 64 ss.

© Maria Regina Gomes Redinha

dado o constrangimento gerado pela escassez do emprego, possibilita um impulso judicial mais descomprometido¹¹.

Além das acções individuais ou sindicais, um meio de constrangimento do empregador para o acatamento do princípio da igualdade que tem sido, injustificadamente, negligenciado é a sanção pecuniária compulsória — art. 829-A do Código Civil. No entanto, perante a literalidade do art. 4º da Lei 105/97, não se descortina que para o requerimento judicial deste expediente os sindicatos possuam legitimidade activa, pelo que esta sanção deverá constituir um recurso exclusivo do trabalhador lesado.

Especialmente significativa é ainda a inversão do ónus da prova nas acções intentadas pelas associações sindicais — art. 5º—¹², que recaindo sobre o empregador alivia a parte demandante de um encargo muitas vezes inatingível, dada a relativa inacessibilidade de elementos documentais relativos às situações alheias que permitem aferir da medida ou prática discriminatória. Tanto assim que os elementos mais objectivos

¹¹) Porém, o conhecimento da realidade não parece autorizar uma expectativa regeneradora da discriminação através desta via, pois é conhecida a fraca taxa de sindicalização, especialmente por parte das mulheres.

¹²) Registe-se, como se mencionou, que nas acções individuais fundadas em discriminação salarial o ónus da prova cabe ao empregador — art. 9º, nº 4, Dec.-Lei nº 392/79, de 20 de Setembro —, tal como lhe compete se a acção, nos

© Maria Regina Gomes Redinha

referentes aos critérios de selecção, recrutamento e contratação são objecto de registo obrigatório (art. 6º). Por outro lado, não é, de todo em todo, despiciendo o peso psicológico que tem esta atribuição, pois, inevitavelmente, isso manifestar-se-á numa maior vulnerabilidade da posição processual do empregador nas acções tendentes à reintegração do princípio da igualdade.

No entanto, excluída a possibilidade de interpretação extensiva da disposição que transfere o ónus da prova para a entidade empregadora nas acções para as quais os sindicatos tenham legitimidade directa (art. 4º, nº 1), o Estado português encontra-se em situação de incumprimento da Directiva 97/80/CE do Conselho, de 15 de Dezembro de 1997. Na verdade, o art. 4º desta Directiva impõe aos Estados-Membros a obrigatoriedade de conformar a sua legislação no sentido de assegurar que o ónus da prova de inexistência de violação do princípio da igualdade incumba à parte demandada. Deste modo, terá que ser revisto o art. 5º da Lei 105/97 no sentido de estender a inversão do ónus da

termos do art. 16º, nº 2, do mesmo diploma, a acção for interposta pelo sindicato que represente a vítima da discriminação.

© Maria Regina Gomes Redinha

prova às acções interpostas directamente pela vítima da discriminação.

Não obstante o mérito das soluções apontadas, tanto quanto nos foi dado apurar, os tribunais não têm sido especificamente convocados para aplicação da lei em questões de discriminação indirecta ao contrário do que a realidade dos factos poderia fazer supor. Situação que não desencadeia certamente um optimismo excessivo quanto ao estado de maturação do princípio da igualdade, entre nós, mas também não permite, em meu entender, um juízo globalmente negativo da oportunidade e justificação da lei.

Se hoje o ordenamento jurídico resente qualquer deficiência a este nível, ela prende-se mais com a ausência de medida de discriminação positiva das mulheres que continuam a ser o alvo preferencial das violações do princípio da igualdade. Medidas essas que não postulam necessariamente o sistema de quotas, mas que ultrapassam a política negativa de combate à discriminação e a protecção da maternidade e da paternidade, pois existe hoje uma tendência firmada para acreditar que as disposições de

© Maria Regina Gomes Redinha

neutralização da desigualdade material são, por si só, insuficientes, a não ser que, paralelamente, sejam empreendidas pelos governos, parceiros sociais e outros organismos com competência neste domínio, acções com vista a compensar os efeitos nocivos que para as mulheres resultam de atitudes, comportamentos e estruturas sociais¹³. De resto, neste trilho encaminha-se hoje o Tribunal de Justiça da Comunidade, como bem ressalta da chamada jurisprudência *Marschall*¹⁴, tirada a coberto do art. 2º, 4, da Directiva 76/207/CEE do Conselho, de 19 de Dezembro de 1976¹⁵¹⁶.

¹³) Neste sentido, cfr. a Recomendação do Conselho, de 13 de Dezembro de 1984, relativa à promoção de acções positivas a favor das mulheres (84/635/CEE), J.O. nº L 331/34, de 19-12-84. Numa outra óptica, verifica-se que o Tratado de Amsterdão reforça o princípio da não discriminação com a possibilidade de o Conselho adoptar por unanimidade “medidas necessárias para combater a discriminação em razão do sexo, raça ou origem étnica, religião ou crença, deficiência, idade ou orientação sexual” — art. 6º-A do Tratado CEE. Sobre este último ponto, cfr. Jesús M. Galiana Moreno, “Aspectos sociales del Tratado de Amsterdam”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Março/Abril 1998, p. 191, ss.;

¹⁴) No Acórdão *Marschall v. Land Nordrhein-Westfalen* o Tribunal de Justiça decidiu que: “O art. 2º, nº 1 e 4 da directiva 76/207/CEE do Conselho, de 9 de Fevereiro de 1976, (...) não se opõe a uma norma nacional que obriga, em situação de igualdade de qualificações dos candidatos de sexo diferente quanto à sua aptidão, à sua competência e às suas prestações profissionais, a promover prioritariamente os candidatos femininos nos sectores de actividade do serviço público em que as mulheres são menos numerosas do que os homens ao nível do posto considerado, excepto se predominarem razões específicas de um candidato masculino que justifiquem a sua preferência, desde que : a norma garanta, em cada caso individual, aos candidatos masculinos com qualificação igual à dos candidatos femininos que as candidaturas são objecto de uma apreciação objectiva que tenha em conta todos os critérios relativos à pessoa dos candidatos e afaste a prioridade concedida aos candidatos femininos, quando um ou vários desses critérios derem preferência ao candidato masculino, e estes critérios não sejam discriminatórios relativamente aos candidatos femininos”; cfr. Acórdão do Tribunal de Justiça, de 11 de Novembro de 1997, proc. C-409/95. Para uma análise deste Acórdão, Lammy Betten, Vivien Shruballs, “The concept of positive sex discrimination in Community Law – before and after the Treaty of Amsterdam”, *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, vol. 14, nº 1, 1998, p. 65, ss.

¹⁵) J.O. nº L 39/40, de 14-12-76.

¹⁶) A evolução para uma discriminação positiva não é estranha a influência da chamada “segunda vaga” das teorias feministas ou pós-feministas. Em termos simplificadores, à procura da paridade seguiu-se a busca da identidade

© Maria Regina Gomes Redinha

Basta um relance crítico dos dados da realidade portuguesa para chegarmos a esta conclusão:

Em 1997, dos portugueses licenciados com menos de 30 anos, 59,7% eram mulheres; possuímos taxas de actividade feminina das mais elevadas da Europa (a terceira, em 1993) e, no entanto, há poucos anos atrás 19% das mulheres trabalhadoras eram empregadas domésticas ou porteiras, 25% trabalhadoras indiferenciadas da indústria e 15% estavam ocupadas na agricultura¹⁷.

Por isso, como mulher e jurista, agrada-me ver chegar a andorinha, mas anseio pela Primavera.

Texto baseado na intervenção da autora na Assembleia da República, no âmbito de audiência parlamentar pública, sobre a Lei 105/97, de 13 de Setembro, realizada a 15 de Junho de 1999, e publicado *in Estudos em Comemoração dos Cinco Anos da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Coimbra Editora, 2001.

feminina. Cfr. Georgina Murray, “Agonize, don’t organize: a critique of postfeminism”, *Current Sociology*, vol. 45, nº 2, Abril, 1997, p. 38 ss.

¹⁷) Cfr. Virgínia Ferreira, *ob. cit.*, p. 202 e ss.