



Rafael Tonassi Souto

A DISCRIMINAÇÃO AOS TRABALHADORES NO ÂMBITO LABORAL

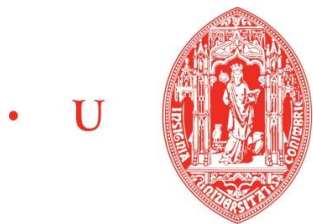
Dissertação em Ciências Jurídico-Empresariais / Menção em Direito Laboral
apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Orientador Professor Doutor João Leal Amado

Julho, 2017



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



• U

C •

FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Rafael Tonassi Souto

A DISCRIMINAÇÃO AOS TRABALHADORES NO ÂMBITO LABORAL

THE DISCRIMINATION OF WORKERS IN THE LABORS

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Empresariais / Menção em Direito Laboral.

Orientador Professor Doutor João Leal Amado.

Coimbra / 2017

AGRADECIMENTOS

Ao Exmo. Senhor Doutor João Leal Amado, pela orientação e amabilidade reveladas ao longo destes meses de trabalho, e por suas magníficas aulas durante todo o período acadêmico.

À minha família, representada por minha prima Thaís Tonassi, pelo apoio incondicional, que permitiu a concretização desta dissertação.

Ao meu companheiro de Mestrado Arthur Amorim, por toda ajuda e companheirismo dedicados durante as aulas e na elaboração desta dissertação.

À minha esposa Aryanna Linhares, por existir em minha vida e me apoiar em todos os momentos, sem você nada disso teria sentido.

RESUMO

O estudo realizado no âmbito desta dissertação aborda o conceito de igualdade e discriminação na seara do Direito do Trabalho, definindo o que é a discriminação e, por conseguinte, a aplicação do princípio da igualdade, analisando o enquadramento legislativo da discriminação em virtude da idade, buscando um justo equilíbrio entre a proteção e o princípio da liberdade contratual. Analisando como a discriminação em virtude da idade se relaciona com outros tipos de discriminação, como por exemplo os portadores de deficiência, em face de todos os direitos humanos e fundamentais. Verificando também a discriminação por orientação sexual que engloba toda uma sociedade, independentemente da raça, credo, classe social, cor, condição econômica, religião ou orientação política. E por fim, uma alusão à importância do ônus da prova, bem como sua evolução histórica no Código do Trabalho.

Palavras-chave: direito do trabalho; igualdade; discriminação; deficiência; idade; orientação sexual;

ABSTRACT

The study carried out in this dissertation addresses the concept of equality and discrimination in the field of Labor Law, defining what is discrimination and, therefore, the application of the principle of equality, analyzing the legislative framework of discrimination based on age, Striking a fair balance between protection and the principle of contractual freedom. Analyzing how discrimination based on age relates to other types of discrimination, such as those with disabilities, with respect to all human and fundamental rights. Also verifying the discrimination by sexual orientation encompasses a whole society, regardless of race, creed, social class, color, economic condition, religion or political orientation and age. And finally, we will allude to the importance of the burden of proof, as well as its historical evolution in the Labor Code.

Keywords: labor law; equality; discrimination; disabilities; age; sexual orientation.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

Ac: Acórdão

art. (s). Artigo(s)

CC: Código Civil

CDFUE: Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia

CEDH: Convenção Europeia dos Direitos do Homem

CEJ: Centro de Estudos Judiciários

CNU: Comissão Nacional da UNESCO

Cf.: Conferir

CRP: Constituição da República Portuguesa

CPT: Código de Processo do Trabalho

CT: Código do Trabalho

DL: Decreto Lei

DUDH: Declaração Universal dos Direitos Humanos

EUA: Estados Unidos da América

LCCT: Lei da Cessação do Contrato de Trabalho

LDESP: Lei dos Despedimentos

OIT: Organização Internacional do Trabalho

OMS: Organização Mundial da Saúde

ONU: Organização das Nações Unidas

Pág. (s): Página (s)

PIDCP: Pacto Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos

PIDESC: Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais

ss: seguintes

TCE: Tribunal de Contas Europeu

TEDH: Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

TFUE: Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

TJ: Tribunal de Justiça

TJUE: Tribunal de Justiça da União Europeia

Vol.: Volume

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
1. BREVES NOTAS CONCEITUAIS ACERCA DA IGUALDADE E DA DISCRIMINAÇÃO NA ESFERA DO DIREITO DO TRABALHO	13
2. DISCRIMINAÇÃO EM VIRTUDE DA IDADE	15
2.1 A DISCRIMINAÇÃO DIRETA E INDIRETA	22
2.2 O ENQUADRAMENTO LEGISLATIVO DA DISCRIMINAÇÃO EM VIRTUDE DA IDADE	29
2.2.1 A Diretiva 2000/78/CE e o artigo n.º 348.º do Código de Trabalho	29
2.3 DISCRIMINAÇÃO INTERSETORIAL	36
3. DISCRIMINAÇÃO EM FUNÇÃO DE DEFICIÊNCIA	39
3.1 A PROTEÇÃO DOS TRABALHADORES PORTADORES DE DEFICIÊNCIA	47
3.1.1 A proteção da Convenção das Nações Unidas sobre o direito das pessoas com deficiência	49
3.1.2 A proteção do Direito Europeu do trabalho	55
3.1.3 A proteção do Direito Português	58
3.2 A ADAPTAÇÃO RAZOÁVEL	63
4. DISCRIMINAÇÃO EM RAZÃO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DO TRABALHADOR	72
4.1 A ORIENTAÇÃO SEXUAL NA FASE DE ACESSO E FORMAÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO	74

4.2 A ORIENTAÇÃO SEXUAL NA FASE DE EXECUÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO	80
5. ÔNUS DA PROVA NOS CASOS DE DISCRIMINAÇÃO	84
5.1 ANÁLISE DO ÔNUS DA PROVA NOS CASOS EM QUE OCORREM DISCRIMINAÇÃO	88
5.2 CONCEITOS FUNDAMENTAIS	89
5.3 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO ÔNUS DA PROVA NOS CASOS DE DISCRIMINAÇÃO	89
5.4 O ÔNUS DA PROVA NAS DIRETIVAS 2000/78/CE E 2000/43/CE E NO CÓDIGO DO TRABALHO	90
CONCLUSÃO	94
BIBLIOGRAFIA	101

INTRODUÇÃO

O Direito do Trabalho, por ser tão esplendoroso, sempre suscitou o nosso interesse, não apenas pelo impacto que provoca constantemente na vida dos indivíduos, bem como pelo conflito de direitos que nasce frequentemente entre trabalhadores e empregadores. Escolhemos, desta forma, como tema deste trabalho, a discriminação aos trabalhadores no âmbito laboral e algumas de suas vertentes, quais sejam, discriminação em virtude da idade, em razão de deficiência e em função de sua orientação sexual.

A expectativa de vida, em Portugal, tem se mostrado cada vez mais alta, o que acarreta o crescente envelhecimento da população e, dessa forma, torna o país cada vez mais idoso. Com isso, grandes dificuldades nos sistemas da Segurança Social passam a acontecer, tendo em vista a ocorrência de menos pessoas em idade laboral por cada pessoa de idade que se encontra reformada, evidenciando, desta forma, questionamentos acerca de saber quem será o responsável pelo pagamento das reformas. Sem qualquer sombra de dúvida, na crise econômica atual, os idosos se sentem obrigados a trabalhar mais e durante muito mais tempo, no intuito de garantir seu sustento e, muitas vezes, o de seus dependentes.

Diante desta realidade, cabe analisar os requisitos essenciais à contratação de um trabalhador mais velho e que possua idade para se reformar, as suas condições de trabalho se comparadas a de um trabalhador mais jovem e determinar acerca das condições em que poderá ser tratado de forma diferente sem se tratar de discriminação etária. À medida que, a partir de uma certa idade, torna-se muito difícil para um trabalhador mais velho conseguir um emprego já que, muitas vezes, os empregadores, com atitudes tendenciosas, pressionam os trabalhadores mais velhos com o intuito de se fazer cessar o contrato de trabalho no sentido de liberar postos de trabalho a favor dos trabalhadores mais jovens. Dessa maneira, em nossa sociedade, a juventude, considerada muito dinâmica, é bastante valorizada pelos empregadores, em detrimento da experiência profissional adquirida ao longo dos anos, que só os mais velhos possuem.

Na realidade, indagamos até que ponto ocorre um impacto negativo na relação laboral entre o empregador e o trabalhador, quando este possui idade avançada, visto

que, comumente, verifica-se que um trabalhador mais idoso pode apresentar mais problemas de saúde, ficar menos tempo a serviço da empresa, ser mais dispendioso para a empresa com formações fundamentais que lhe são impostas para a utilização de novas tecnologias, etc. Acreditamos, sem embargo, que os trabalhadores mais velhos, inúmeras vezes, são vítimas de estereótipos sociais sem qualquer motivo aparente e são desvalorizados em razão da idade. Desse modo, repetidamente, constata-se esta prática discriminatória.

A idade traz consigo um conceito muito complexo, tendo em vista que se trata de um critério variável e não fixo. Iremos analisar as exceções à discriminação fundadas na idade, em virtude de elas existirem e a grande dificuldade de determiná-las. Os trabalhadores mais velhos são, por muitas vezes, julgados por sua idade avançada e não pelas suas verdadeiras capacidades, aptidões. Dessa maneira, veremos em que situações poderá, efetivamente, ocorrer diferenças de tratamento justificadas em virtude da idade.

Desde a Segunda Guerra Mundial, o movimento das pessoas portadoras de deficiência começou a ser analisado com uma forma de compaixão, enquanto peso morto como beneficiários do Estado Social, para se modificar em um conjunto de indivíduos portadores de direitos fundamentais, com a dignidade que lhes era inerente, e que deveria ser garantido pela sociedade.

As pessoas portadoras de deficiência, no mundo todo, evidenciam perspectivas bem ruins de saúde, níveis mais baixos de escolaridade, participação econômica e taxas de pobreza bem mais elevadas se comparadas com as pessoas que não apresentam deficiência. Isso acontece, em parte, pois as pessoas portadoras de deficiência enfrentam barreiras no acesso a serviços que outras pessoas consideram garantidos há tempos, como saúde, transporte, emprego, educação e informação.

Durante bastante tempo, alguns indivíduos portadores de deficiência foram privados dos direitos fundamentais mais elementares possíveis e, por vezes, não eram sequer considerados como seres humanos. Na verdade, apesar de, na teoria, as pessoas com deficiência pudessem ter direito à titularidade de direitos fundamentais, seja a lei, seja a prática, eram incumbidas de lhes negar, tendo os deficientes sido vítimas de discriminação.

Diante disso, cabe por primeiro analisarmos a proteção do trabalhador portador de deficiência baseada na compreensão do que deve ser entendido por deficiência, isto é, qual a esfera subjetiva presente na legislação. A discriminação em função da deficiência é, de certo modo, um conceito novo. É consideravelmente difícil conseguir encontrar a noção de deficiência, já que estamos perante um conceito abstrato e que se encontra em frequente evolução. Além disso, a legislação europeia não dispõe sobre qualquer recurso para este problema.

No que diz respeito à orientação sexual do trabalhador, esta é incluída em sua privacidade e deve ser protegida de toda e qualquer indagação por parte do empregador, seja na fase de acesso e formação do contrato de trabalho, seja na sua execução, fazendo com que não haja, de nenhuma forma, qualquer tipo de juízo de censura ou comportamentos discriminatórios.

Inicialmente, vale analisar a premissa necessária ao tema, qual seja, verificar o conceito de orientação sexual, sabendo que todos possuem alguma orientação sexual e que, ao patamar legislativo, não existe qualquer definição.

Como segunda premissa, deve-se analisar que a discriminação por orientação sexual engloba toda uma sociedade, tanto da perspectiva dos discriminadores quanto da ótica dos discriminados.

Ao analisarmos estes fatores e além disso, o domínio econômico e social do empregador, não é coerente invocar, sem mais, o princípio da liberdade contratual, no sentido de se poder escolher arbitrariamente a contraparte, ou seja, o trabalhador. Nestes casos, o trabalhador surge como a parte mais frágil desta relação e o empregador como a parte mais forte e imponente que poderia abusar dos seus poderes. Assim, é justificável uma intervenção legal no intuito de proteger o trabalhador ou candidato, evitando eventuais discriminações ou indagações ilícitas.

A orientação sexual dos indivíduos está abrangida no conceito de reserva da vida privada e faz parte do âmbito mais íntimo e reservado do ser humano. Trata-se de um direito da personalidade indisponível e irrevogável. Deve-se, ainda, atentar-se ao fato de que a maneira como o trabalhador decide relacionar-se em sua vida privada não pode de forma alguma constituir uma informação relevante para o empregador e, por

esse motivo, não pode ser considerada uma aptidão profissional fundamental para a sua contratação e execução do trabalho.

Na esfera da nossa dissertação, daremos início, num primeiro capítulo, com a abordagem acerca do conceito de igualdade e discriminação no âmbito do Direito do Trabalho. Definiremos o que é a discriminação e, por conseguinte, faremos também menção ao princípio da igualdade.

Posteriormente, num segundo capítulo, iremos analisar o enquadramento legislativo da discriminação em virtude da idade, tanto no Código do Trabalho quanto na Diretiva 2000/78/CE, de 27 de novembro de 2000. Examinaremos acerca da discriminação etária permitida em determinados casos baseados na jurisprudência e, nomeadamente, na Diretiva 2000/78/CE. Determinaremos quais são os limites impostos ao empregador no momento da celebração do contrato de trabalho; se, de fato, ao celebrar um contrato de trabalho, o empregador deverá usar do seu poder de direção de forma justa, ou seja, terá de chegar a um justo equilíbrio entre o princípio da igualdade e não discriminação e o princípio da liberdade contratual. Veremos, também, de forma sucinta, as diversas formas de discriminação, além de analisarmos os conceitos de discriminação direta e discriminação indireta. Se, de um lado, a discriminação direta é manifestada pelo tratamento menos favorável a uma pessoa que tenha sido ou possa vir a ser dado a outra pessoa em situação comparável, de outro lado, a discriminação indireta surge no momento em que uma disposição, critério ou prática aparentemente neutra seja suscetível de colocar numa situação de desvantagem pessoas de uma determinada classe etária. Outro fato que iremos abordar, no que se refere à discriminação em razão da idade, é a chamada discriminação inter setorial. Analisando-se como a discriminação em virtude da idade relaciona-se com outros tipos de discriminação.

No terceiro capítulo, versaremos sobre a discriminação em razão da deficiência. Discorreremos sobre a proteção dos trabalhadores portadores de deficiência através da Convenção da Nações Unidas, do Direito Europeu do Trabalho e do Direito Português. Ademais, analisaremos a adaptação razoável, que consiste na modificação e na realização de ajustes adequados que não irão determinar uma carga sem medida ou indevida, toda vez que necessário em uma circunstância específica, no intuito de

garantir que os indivíduos com incapacidade usufruam, em condições de igualdade com o restante, de todos os direitos humanos e fundamentais.

Já no quarto capítulo, primeiramente, verificaremos o conceito de orientação sexual, sendo sabido que todos possuem alguma orientação sexual e que, ao patamar legislativo, não existe qualquer definição. Como segunda premissa, iremos analisar que a discriminação por orientação sexual engloba toda uma sociedade. Além disso, consideraremos o fato de que em alguns casos de discriminação, independentemente da raça, credo, classe social, cor, condição econômica, religião ou orientação política, idade, iremos nos deparar com resultados, que em sua grande maioria, surgem de preconceitos que são enraizados na sociedade em contraposição com o comportamento sexual dos homossexuais, bissexuais ou transexuais. Analisaremos também no que a orientação sexual pode interferir nas fases de acesso, formação e execução do contrato de trabalho.

E, por fim, faremos alusão à importância do ônus da prova, bem como sua evolução histórica. Destacaremos alguns conceitos fundamentais e determinaremos o que são as medidas de ação positiva que permitem a discriminação positiva, além de analisarmos o ônus da prova nas Diretivas 2000/78/CE e 2000/43/CE e no Código do Trabalho.

1. BREVES NOTAS CONCEITUAIS ACERCA DA IGUALDADE E DA DISCRIMINAÇÃO NA ESFERA DO DIREITO DO TRABALHO

Apesar de decorridos mais de dois Séculos, o ideário da Revolução Francesa continua a habitar o inconsciente de grande parte da população mundial; provavelmente, em razão do fato de que muitas sociedades, ainda hoje, não conseguiram implantar da forma desejada os três valores que compõem tão conhecido lema revolucionário: liberdade, igualdade e fraternidade.

Transportando-se essa dificuldade para o cenário laboral, é possível perceber-se claramente a existência de muitos expedientes discriminatórios nas relações de trabalho; o que, na prática, trata-se de verdadeiro reflexo da não concretização do princípio da igualdade.

Todavia, antes da análise das circunstâncias concretas acerca das diversas situações de discriminação que podem ocorrer na esfera laboral, faz-se de extrema importância rememorar a lição de João Leal Amado, quando afirma que: “o princípio da igualdade e o mandato antidiscriminatório, tendo conteúdos próximos, complementam-se, mas não se confundem”¹.

Nesse sentido, sob a perspectiva de Jorge Leite, é possível crer-se que isto ocorre tendo em vista que o *princípio da igualdade* tem por escopo tratar igual o que é igual e desigual o que é desigual, ao passo que o *princípio da não discriminação* visa tratar de forma igual o que é diferente por se entender que a diferença não é relevante². Assim, não se pode confundir o princípio da igualdade e o mandato antidiscriminatório. O princípio da igualdade não poderá ser aplicado da mesma maneira em situações distintas, tendo sempre em vista as diferenças existentes.

¹ AMADO, João Leal. **Contrato de trabalho**. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 184.

² LEITE, Jorge. O princípio da igualdade salarial entre homens e mulheres no direito português. **Compilação de elementos para uma consulta especializada sobre igualdade de remuneração entre mulheres e homens**. Estudos, n. ° 3. Comp. Ana Paula Salada. Lisboa: DGEEP, CID, 2004. p. 71.

Tem-se ainda, na visão de António Monteiro Fernandes, que o princípio da não discriminação surge apenas como uma das direções possíveis em que se pode manifestar o princípio da igualdade³.

No comento de Catarina Santos Botelho:

(...) o princípio da igualdade incide sobre o ponto de partida, ao passo que o princípio da proibição da discriminação atende aos resultados. Assim sendo, dar aplicabilidade prática ao princípio da não discriminação, implica sempre assumir e reconhecer a diferença, procurando impedir que os indivíduos sejam prejudicados por essas diferenças e permitindo até que, em certos casos, sejam beneficiados por causa delas (discriminação positiva). Nesta última hipótese, fala-se, inclusive, de uma obrigação de diferenciação, de modo a obter uma “igualdade de resultados”⁴.

O Estado de Direito democrático e social no qual se vive atualmente tem o princípio da igualdade como base, estrutura, sendo este um alicerce constitucional à igual dignidade social de todos os cidadãos⁵. Desta maneira, este princípio vincula o próprio legislador e impõe-se não só nas relações entre os cidadãos e o Estado, mas também, como adverte Catarina Carvalho, “nas relações das pessoas singulares no interior de quaisquer instituições, associações ou grupos”, designadamente, os trabalhadores nas empresas. Consequentemente, “o princípio da igualdade tem sido objeto de múltiplas investigações e tem merecido a atenção de ilustres juristas, filósofos, economistas e sociólogos, tão díspares são os sentidos que lhe podem ser atribuídos”⁶.

Feitos esses breves esclarecimentos, cabe então a passagem para a análise de diversas hipóteses em que o trabalhador é alvo de atos discriminatórios pelos mais variados motivos, a exemplos de idade, deficiência ou mesmo orientação sexual, como poderão ser vistos nos capítulos que seguem.

³ FERNANDES, António Monteiro. Observações sobre o “Princípio da Igualdade de Tratamento” no Direito do Trabalho. **Estudos em homenagem ao prof. doutor A. Ferrer Correia**. Boletim da Faculdade de Direito. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1990. p. 1011.

⁴ BOTELHO, Catarina Santos. Algumas reflexões sobre o princípio da paridade retributiva. **Liberdade e compromisso**: estudos dedicados ao professor Mário Fernando de Campos Pinto. v. II. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2009. p. 101.

⁵ CARVALHO, Catarina de Oliveira. **Da dimensão da empresa no direito do trabalho**: consequências práticas da dimensão da empresa na configuração das relações laborais individuais e colectivas, Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 939-940.

⁶ DRAY, Guilherme Machado. **O princípio da igualdade no direito do trabalho**: sua aplicabilidade no domínio específico da formação de contratos individuais de trabalho. Coimbra: Almedina, 1999. p. 15.

2. A DISCRIMINAÇÃO DO TRABALHADOR EM VIRTUDE DA IDADE

Atualmente, um dos maiores desafios enfrentados pelos países desenvolvidos é o envelhecimento da população. A título exemplificativo, veja-se a situação de Portugal que, segundo projeção do Instituto Nacional de Estatística, terá o número de idosos passando de 2,1 a 2,8 milhões entre 2015 e 2080, sendo que o índice de envelhecimento passará de 147 a 317 idosos para cada 100 jovens, em 2080⁷.

Grandes mudanças demográficas são observadas tendo em vista a maior expectativa de vida das pessoas e o fato de estarem tendo menos filhos. Isso implica numa nova problemática, dado que existem menos pessoas em idade laboral por cada pessoa de idade que se encontra reformada, evidenciando indagações no sentido de saber quem irá arcar com o pagamento das reformas dos trabalhadores atuais, assim como a de seus descendentes. Indubitavelmente, a crise econômica das últimas décadas, considerada uma das piores, majorou estes problemas, dando início à inexorável discussão acerca de uma alteração imprescindível do sistema e da idade das reformas, bem como a viabilidade de reformar-se mais cedo.

Sob outra perspectiva, os trabalhadores são encorajados por inúmeros Estados Membros da União Europeia a trabalharem mais e por mais tempo, fazendo com que a idade para reforma seja ampliada e que a sanção para aqueles que tentarem se retirar mais cedo do trabalho seja aplicada⁸.

Dessa maneira, se, antes, a necessidade de trabalhar era para muitas pessoas, hoje em dia, é de fundamental importância para todos ou quase todos. Salienta-se que um número crescente de idosos irá viver praticamente no limiar da pobreza, sendo estes trabalhadores os mais afetados pela crise financeira, motivo pelo qual se torna crucial a admissão de políticas neutras no tocante à idade dos trabalhadores.

⁷ Instituto Nacional de Estatística (INE). **Mantém-se o agravamento do envelhecimento demográfico, em Portugal, que só tenderá a estabilizar daqui a cerca de 40 anos.** 29. mar. 2017. Disponível em: <https://www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine_destaques&DESTAQUESdest_boui=277695619&DESTAQUESmodo=2&xlang=pt>. Acesso em: 15 mai. 2017.

⁸ Para maior esclarecimento, indica-se a leitura da matéria: Idade da reforma em Portugal. **Economias**. 20. jan. 2017. Disponível em: <<https://www.economias.pt/idade-da-reforma-em-portugal/>>. Acesso em: 19 mai. 2017.

O questionamento que se torna substancial diante da ideia do envelhecimento ativo é de como alcançá-lo ante um cenário de crise financeira como o presente.

Cabe ressaltar que o problema da discriminação em razão da idade no contexto laboral é que a chance de envelhecer com saúde pode acarretar o fato das pessoas mais velhas participarem mais no mercado de trabalho, mantendo-se ativas por mais tempo na sociedade, aprimorando a sua qualidade de vida individual, reduzindo, desta forma, a pressão sobre os sistemas de saúde, de pensões e de ação social⁹.

Tem sido frequente a distinção das pessoas em virtude da idade no âmbito da União Europeia¹⁰. Tais diferenciações podem acontecer por cumprimento de objetivos socioeconômicos ou até por mandamentos legais, como, por exemplo, idade mínima para tirar a carteira de habilitação ou para trabalhar¹¹. Porém, inúmeras são as vezes em que se verifica a distinção de tratamento de determinadas pessoas ou de certo grupo de pessoas em virtude da idade, em decorrência da análise de estereótipos superficiais (que pode alcançar desde os mais novos aos mais velhos) ou da própria generalização de preconceitos.

E é inegável o imenso impacto negativo que esses estereótipos ou preconceitos acarretam no contexto laboral, seja na fase de elaboração e acesso ao contrato de trabalho, seja na fase de execução e até mesmo de término deste.

⁹ Ainda no Século XX, Evaristo de Moraes Filho já apresentava diversas razões para a manutenção do trabalho de idosos ainda aptos, a saber: "constituem uma mão-de-obra que pode ser preciosa; seu emprego deve fazer crescer o poder aquisitivo da população (...), as receitas fiscais e reduzir os encargos de assistência pública e de socorro social; as reduções de impostos, que daí decorrerão, atenuarão encargos que suportam os grupos mais jovens; a participação desses trabalhadores na produção atenuará igualmente a pressão que incita os jovens a dar por terminados, prematuramente, seus estudos; esta participação na produção lhes dará mais felicidade, a eles e às suas famílias". MORAES FILHO, Evaristo de Moraes. *A mão-de-obra dos maiores de 40 anos. Temas atuais de trabalho e previdência*. São Paulo: LTr, 1976. p. 64-65.

¹⁰ Interessante caso diz respeito à discriminação sofrida por Intérpretes de Conferência Auxiliares (ICA), que, ao completarem 65 anos de idade, não mais eram contratados como *freelancers* pela Comissão Europeia e pelo Parlamento Europeu. Para maiores detalhes, sugere-se a leitura da *queixa 185/2005/ELB contra a Comissão Europeia, que pode ser vista na matéria: Discriminação com base na idade de intérpretes freelance. Provedor de Justiça Europeu*. Disponível em: <<https://www.ombudsman.europa.eu/pt/cases/summary.faces/pt/3776/html.bookmark>>. Acesso em: 20 mai. 2017.

¹¹ Nesse mesmo sentido: "Somente se considera prática discriminatória aquela conduta que resulta por destruir ou alterar a igualdade de oportunidades e de tratamento entre pessoas ou grupos, visto ofender o princípio da isonomia." COUTINHO, Maria Luiza Pinheiro. *Discriminação no trabalho: Mecanismos de Combate à Discriminação e Promoção de Igualdade de Oportunidades*. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/discrimination/pub/oit_igualdade_racial_05_234.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2017.

Independentemente da idade, jovem ou idoso, o acesso ao emprego é fundamental, tendo em vista que ambos devam se realizar profissionalmente e participar de maneira ativa na sociedade. Sendo este princípio de suma importância, revela-se disposto em inúmeros instrumentos de Direito Internacional. Como exemplo, podem ser citados, além da Convenção n.º 111 da OIT que trata sobre a discriminação no emprego e trabalho, o PIDCP (em seu art. 26.º)¹² e o PIDESC (em seus artigos 6.º, 7.º, 11.º, 12.º e 13.º do PIDESC)¹³, dentre outros.

Ainda sobre o combate à discriminação em decorrência da idade, tem fundamental relevância a Diretiva 2000/78/CE¹⁴, de novembro de 2000, na qual é estabelecido um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na atividade profissional, e que proíbe expressamente a discriminação em decorrência da idade como princípio geral, ainda que, posteriormente, admita determinadas exceções que, sendo interpretadas de maneira extensa, podem abalar a proteção assegurada.

A idade, independentemente de ser jovem ou idoso, é comumente sujeita ao estereótipo relativo à habilidade, lealdade, produtividade. Dessa maneira, existe uma suposição referente aos jovens no sentido de que não são maduros o suficiente para o trabalho, e, quanto aos idosos, que estes não apresentam muito dinamismo, motivação, e que, por vezes, faltam-lhes flexibilidade e capacidade de assimilação de novas ideias, além de não apresentarem condições físicas para trabalhar.

Todavia, tais suposições afastam-se da verdade, por muitas vezes, tendo em vista que estes estereótipos são mentirosos e camuflam a diversidade das pessoas incluídas em determinados grupos etários.

Dessa forma, não é somente o fator cronológico que deve ser considerado quando se tratar dos variados significados que a palavra idade apresenta. Tanto a idade fisiológica como a sociológica encontram respaldos no que concerne ao fato do

¹² ONU. **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (IDCP)** – Art. 26. Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito, sem discriminação alguma, a igual proteção da Lei. A este respeito, a lei deverá proibir qualquer forma de discriminação e garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra qualquer discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação. Disponível em: <http://www.cne.pt/sites/default/files/dl/2_pacto_direitos_civis_politicos.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2017

¹³ ONU. **Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 20 mai. 2017.

¹⁴ UNIÃO EUROPEIA. **Diretiva 2000/78/CE**. Disponível em: <<http://cite.gov.pt/imgs/directivas/Directiva%202000-78.pdf>>. Acesso em: 20 mai. 2017.

envelhecimento ser individualizado e heterogêneo, sendo critérios mais corretos e humanos, se comparados ao cronológico.

Nesse sentido, Denise Araújo e Beltrina Côrte fazem uma observação bastante interessante em que analisam o trabalho do idoso sob um paradigma que ultrapassa a simples questão etária. Veja-se:

A palavra “idade” foi frequentemente mencionada como conquista de uma civilização. Identificamos narrativas positivas sobre profissionais que atuam na área cultural, nas quais aparece a palavra “idade” no título ou no primeiro parágrafo. Versam sobre cantores, cineastas, apresentadores de TV, Presidente do MASP, atores, artista plástica e escritor. Trata-se de profissionais que não têm “tempo de validade” e que, por isso, podem trabalhar até o momento em que desejarem, com novos projetos, inclusive, dentro do mesmo contexto ou não. É a experiência aliada à longevidade como valorização do profissional¹⁵.

A capacidade de trabalhar dos mais idosos não tem como fator determinante apenas a idade, mas também as condições mentais, as condições físicas, além das convicções pessoais de suas capacidades próprias.

Em contrapartida, existem diversas causas de envelhecimento relacionadas com condições exógenas, que irão variar de acordo com a individualidade de cada pessoa, além de considerar o tipo de vida que levam e o tipo de atividade que exercem.

Apesar de haver fatores endógenos (relacionados com várias teorias médicas) e exógenos ligados ao envelhecimento, impossível seria a afirmativa de que exista um efeito inconsciente da idade.

Ademais, percebe-se que o direito fundamental à dignidade da pessoa humana é violado a partir do momento em que ocorra alguma diferença de tratamento baseada na idade, impedindo que determinado grupo participe plenamente no mercado de trabalho¹⁶.

¹⁵ ARAÚJO, Denise. CÔRTE, Beltrina. Como a mídia, no Brasil, apresenta o mercado de trabalho para pessoas com 60+?. **O envelhecimento ativo e seus fundamentos**. Org. Suzana Carielo da Fonseca. São Paulo: Portal Edições, 2016. p. 144.

¹⁶ Importante ressaltar-se que: "Ao se retirar ou se negar o trabalho ao idoso, estar-se-á retirando toda uma realidade construída e mais alguns sonhos ainda não realizados. Perdido o emprego, mudam-se as rotinas, perdem-se os vínculos sociais e, às vezes, o idoso perde até o seu próprio referencial como ser social. Viver passa a ser um fardo, um dia-a-dia sem perspectivas nem estímulos. Sucessivamente vem o ostracismo, a angústia, a depressão e essa série de mal-estar psicológico acaba por refletir no físico do indivíduo". Cf.

De fato, não se tem qualquer referência a uma idade concreta na legislação da União Europeia, diferentemente do que se apresenta no ordenamento jurídico norte-americano. Como a idade não é definida pela Diretiva 2000/78/CE, o âmbito de sua aplicação não se restringe somente a pessoas de determinada idade, sendo cabível tanto aos mais novos quanto aos mais velhos, não obstante, Júlio Gomes afirmar que a dimensão mais inquietante da discriminação em virtude da idade decorra contra os trabalhadores mais idosos¹⁷.

Na luta contra a discriminação e em defesa da igualdade, tem sido muito difícil a aceitação da idade como um critério a ser atendido, tendo em vista que este não é um motivo tão simples se comparado com alguns outros casos de discriminação, como, por exemplo, em virtude da raça ou sexo. Estes últimos motivos formam características inerentes ao indivíduo e, na maioria das vezes, imutáveis; logo, uma possível discriminação irá acarreta prejuízos a um grupo determinado de pessoas.

Todavia, o mesmo não ocorre com relação à idade. Esta sofre modificações com o decorrer do tempo, o que implica dizer que ela poderá ser submetida a diferenciadas formas de preconceito ao longo do tempo. Seja dito de passagem que não há características consolidadas que definam um determinado grupo de idade, ao contrário do que acontece com outras causas previstas na referida Diretiva, podendo assim tornar mais difícil a comparação de tratamento entre indivíduos.

De outro ponto de vista, a idade é relativa. Se considerarmos uma pessoa de 30 anos, a título de exemplo, será jovem diante de uma pessoa com 85 anos; contudo, velha, se comparada a uma criança de 6 anos. Isto sem contar na questão dos chamados Efeitos da Idade Relativa, já bastante discutidos na seara desportiva, onde se percebem algumas características bastantes distintas mesmo entre atletas que possuem a mesma idade cronológica¹⁸. Desta forma, torna-se difícil a identificação de uma discriminação baseada na idade porquanto grupos distintos podem sofrer este tipo de

MAGALHÃES, Maria Lúcia Cardoso de. A discriminação do trabalhador idoso – Responsabilidade social das empresas e do estado. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**. Belo Horizonte, v. 48, n. 78, p. 31-43, jul./dez. 2008.

¹⁷ GOMES, Júlio Manuel Vieira. **Direito do trabalho**. v. 1. Relações Individuais de Trabalho. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

¹⁸ CARLI Gerson Correia *et al.* Efeito da idade relativa no futebol. **Revista brasileira de ciência e movimento**. v. 17, n. 3, p. 25-31. 2009. Disponível em: <http://universidadedofutebol.com.br/wp-content/uploads/2017/01/EIR_Futebol_Carli_2009.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2017.

discriminação fundada em copiosos critérios. Por outro lado, tal discriminação é, de quando em quando, bem pouco perceptível, uma vez que é fácil paliá-la em outros critérios.

A discriminação em virtude da idade apresenta características particulares, com um caráter de heterogeneidade relativamente a outros critérios, introduzidos no cenário da legislação antidiscriminatória posteriormente à referida Diretiva, e atualmente no art. 21.º da CDFUE¹⁹, e que tem sido acolhida, em grande parte, pela jurisprudência do TJUE.

A consagração geral da proibição da discriminação por idade, à semelhança de outros critérios, encontra-se na apontada Diretiva, que, em seu artigo 1.º, assim preconiza:

A presente diretiva tem por objeto estabelecer um quadro geral para lutar contra a discriminação 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 tratamento²⁰.

A mesma Diretiva, em seu artigo 2.º, n.º 1, dispõe que: “Para efeitos da presente diretiva, entende-se por 'princípio da igualdade de tratamento' a ausência de qualquer discriminação, direta ou indireta, por qualquer dos motivos referidos no artigo 1.º”²¹.

Porém, existem exceções dispostas na própria lei que delimitam a expectativa de existência de discriminação em virtude da idade, tendo em vista que, às vezes, as diferenças baseadas na idade podem ser oriundas de considerações racionais compatíveis com a cognição da dignidade da pessoa humana e que se fundam em objetivos econômicos e sociais legítimos criados para a proteção de grupos particulares determinados, fazendo com que haja uma discriminação direta.

¹⁹ UNIÃO EUROPEIA. **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia**. Disponível em: <<http://www.fd.uc.pt/CI/CEE/pm/Tratados/Nice/Carta%20Direitos%20Fundamentais.htm>>. Acesso em: 20 mai. 2017.

²⁰ UNIÃO EUROPEIA. **Diretiva 2000/78/CE**. Disponível em: <<http://cite.gov.pt/imgs/directivas/Directiva%202000-78.pdf>>. Acesso em: 20 mai. 2017.

²¹ UNIÃO EUROPEIA. **Diretiva 2000/78/CE**. Disponível em: <<http://cite.gov.pt/imgs/directivas/Directiva%202000-78.pdf>>. Acesso em: 20 mai. 2017.

Assim, o art. 4.º, n.º 1 da Diretiva, legitima a distinção quando estabelece que:

Sem prejuízo do disposto nos números 1 e 2 do artigo 2º, os Estados-Membros podem prever que uma diferença de tratamento baseada numa característica relacionada com qualquer dos motivos de discriminação referidos no artigo 1º 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 proporcional²².

Tem relação com o art. 4.º da referida Diretiva, o art. 25.º, n.º 2 do CT:

Não constitui discriminação o comportamento baseado em fator de discriminação que constitua um requisito justificável e determinante para o exercício da atividade profissional, em virtude da natureza da atividade em causa ou do contexto da sua execução, devendo o objetivo ser legítimo e o requisito proporcional²³.

Entretanto, utilizar a idade como pré-requisito no intuito de medir características como ausência de maturidade ou incapacidade, não pode ser tida como regra geral, pois a idade, por não ser um indicativo preciso, não deve ser utilizado como substituto de requisito determinante e essencial. Estereotipar o idoso no conceito de uma redução da capacidade profissional não pode, de forma genérica, ser convencionado.

Algumas diferenciações não se baseiam diretamente na idade do trabalhador, mas em algumas características que, na verdade, estão relacionadas de maneira direta, como exemplo a experiência, *know how* e antiguidade, tendo em vista que só podem ser adquiridos por indivíduos que possuem anos de trabalho em determinada atividade. Há, porém, que se fazer uma distinção das situações em que estas características irão

²² UNIÃO EUROPEIA. **Diretiva 2000/78/CE**. Disponível em: <<http://cite.gov.pt/imgs/directivas/Diretiva%202000-78.pdf>>. Acesso em: 20 mai. 2017.

²³ PORTUGAL. **Código do Trabalho**. Disponível em: <http://cite.gov.pt/pt/legis/CodTrab_LR1_002.html#L002S4>. Acesso em: 20 mai. 2017.

constituir uma forma de discriminação direta ilícita em virtude da idade ou quando será justificada e proporcional à sua aplicação²⁴.

Quanto à aplicabilidade, algumas temáticas referentes à idade são propostas.

Objetivamente, o art. 3.º, n.º 1, da aludida Diretiva²⁵ estabelece que às condições de acesso ao emprego serão aplicadas, incluídos os critérios de seleção e as condições de contratação e promoção no emprego; o acesso a todos os níveis e tipos de orientação profissional, formação profissional, formação profissional avançada, reconversão profissional; as condições de emprego e de trabalho, incluindo o despedimento e a remuneração; e finalmente, à filiação ou envolvimento numa organização de trabalhadores ou patronal. Em outras palavras, o objetivo da tutela concedida pela Diretiva é abranger todos os aspectos que a prestação laboral envolve, desde o momento da seleção até a extinção contratual.

Salienta-se que, levando em consideração o art. 13.º da Diretiva²⁶, existe uma restrição que acaba por excluir os regimes públicos da segurança social das disposições gerais da Diretiva e, por conseguinte, da exigência em comprovar que haja razoabilidade das diferenciações baseadas na idade.

2.1. DISCRIMINAÇÃO DIRETA E INDIRETA

Pela primeira vez, os conceitos de discriminação direta e discriminação indireta revelaram-se no art. 5.º da Declaração dos Direitos Internacionais do Homem, amparada pelo Instituto de Direito Internacional, em 12/10/1929, onde estava previsto que

²⁴ Nesse sentido, Maria Coutinho aponta: "Verifica-se que o trabalhador de mais idade, mesmo com mais experiência e capacidade para o exercício da função a ser realizada, acaba por ser preterido no processo de escolha que estipula como critério a exigência de instrução formal (favorável ao trabalhador jovem), baseada no grau de escolaridade, sem pertinência com as tarefas a serem desenvolvidas." In COUTINHO, Maria Luiza Pinheiro. **Discriminação no Trabalho: Mecanismos de Combate à Discriminação e Promoção de Igualdade de Oportunidades.** p. 89. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/discrimination/pub/oit_igualdade_racial_05_234.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2017.

²⁵ UNIÃO EUROPEIA. **Diretiva 2000/78/CE.** Disponível em: <<http://cite.gov.pt/imgs/directivas/Directiva%202000-78.pdf>>. Acesso em: 20 mai. 2017.

²⁶ UNIÃO EUROPEIA. **Diretiva 2000/78/CE.** Disponível em: <<http://cite.gov.pt/imgs/directivas/Directiva%202000-78.pdf>>. Acesso em: 20 mai. 2017.

“L'égalité prévue ne devra pas être nominale mais effective. Elle exclut toute discrimination directe ou indirecte.”²⁷.

A discriminação direta consiste num tratamento – passado, presente ou futuro – menos favorável do que aquele dado a outra pessoa numa situação análoga. Em seu art. 2.º, n.º 2, alínea a), a mencionada Diretiva dispõe que; “Considera-se que existe 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”²⁸.

Encontra-se também no Código do Trabalho, em seu artigo 23.º, n.º 1, alínea a) estabelecendo que ocorre: “Discriminação direta, sempre que, em razão de um fator de discriminação, uma pessoa seja sujeita a tratamento menos favorável do que aquele que é, tenha sido ou venha a ser dado a outra pessoa em situação comparável”²⁹.

Quanto à discriminação indireta, o art. 2.º, n.º 2, alínea b) da Diretiva diz ser:

Discriminação indireta, sempre que uma disposição, critério ou prática aparentemente neutro seja suscetível de colocar uma pessoa, por motivo de um fator de discriminação, numa posição de desvantagem comparativamente com outras, a não ser que essa disposição, critério ou prática seja objetivamente justificado por um fim legítimo e que os meios para o alcançar sejam adequados e necessários³⁰.

Quanto a esse viés, Maria Coutinho adverte:

É preciso, portanto, ficar atento ao fato de o grau de instrução - também associado à origem do trabalhador - vir a ser um fator determinante de discriminações no acesso ao emprego. Há evidências de que critérios seletivos desproporcionais ao desempenho da função ofertada constituem uma conduta discriminatória, que perpetua as desigualdades sociais existentes. As empresas, assim agindo, estão obstando o acesso ao emprego por motivo de discriminação, em flagrante descumprimento do princípio da igualdade de oportunidades e de tratamento³¹.

27 PIMENTA, Margarida Lamy. O conceito de discriminação indireta: um caso de *cross-fertilization* in Scientia Iuridica, **Revista de direito comparado**, n. 334, Tomo LXIII, p. 113, jan./abr. 2014.

²⁸ UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2000/78/CE. Disponível em: <<http://cite.gov.pt/imgs/directivas/Directiva%202000-78.pdf>>. Acesso em: 20 mai. 2017.

²⁹ PORTUGAL. **Código do Trabalho**. Disponível em: <http://cite.gov.pt/pt/legis/CodTrab_LR1_002.html#L002S4>. Acesso em: 20 mai. 2017.

³⁰ UNIÃO EUROPEIA. **Diretiva 2000/78/CE**. Disponível em: <<http://cite.gov.pt/imgs/directivas/Directiva%202000-78.pdf>>. Acesso em: 20 mai. 2017.

³¹ COUTINHO, Maria Luiza Pinheiro. op. cit. p. 87.

É em relação à discriminação indireta que mais problemas probatórios se levantam, visto que, muitas vezes, faz-se dificultoso saber quando um critério presumivelmente neutro está inseparavelmente relacionado à idade ou se, no que lhe concerne, refere-se a um critério que não estabelece qualquer forma de discriminação; sendo certo que o importante são as consequências do ato e não sua intenção.

O Supremo Tribunal norte-americano abordou, pela primeira vez, o tema da discriminação indireta no caso *Griggs v. Duke Power Co.* (1971)³². Em breve explanação do caso e de maneira bem sucinta, a decisão foi proferida contra a empresa *Duke Power Co.*, a qual só contratava trabalhadores negros para o departamento Labor, onde o salário de maior valor ainda era inferior ao salário mais baixo praticado em qualquer outro departamento da referida empresa. Em 1955, a empresa exigia habilitações acadêmicas de nível superior, excluindo o departamento Labor onde vários trabalhadores brancos, e apenas os brancos, tinham direito à promoção da Labor para outros departamentos sem que lhes fossem exigidos qualquer tipo de habilitação acadêmica de nível superior.

No ano de 1965, com a vigência do *Civil Right Act* de 1964, a empresa abdicou desta política de recursos humanos, permitindo a todos os trabalhadores (brancos e negros) serem promovidos em condição de igualdade, qual seja, portando habilitações acadêmicas de nível superior. De acordo com Margarida Lamy Pimenta, o Título VII do *Civil Rights Act* somente previa a aceitação de discriminação baseada em um critério específico quando estivesse em causa uma “bona fide occupational qualification”, através de três requisitos:

(...) haver uma relação direta entre a característica relevante e a capacidade de desempenho das obrigações inerentes à função, haver uma relação direta entre a “bona fide occupational qualification” e a essência ou a missão central da atividade do empregador, e inexistir uma alternativa menos restritiva³³.

Para estabelecer se uma regra dá origem a uma discriminação em virtude da idade, primeiramente, deve-se aferir se essa regra é uma desigualdade de tratamento baseada direta ou indiretamente na idade.

³² Cf. SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Griggs v. Duke Power Co.* (1971). Disponível em: <<http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/401/424.html>>. Acesso em: 25 mai. 2017.

³³ PIMENTA, Margarida Lamy. op. cit. p. 120-124.

Verifica-se a existência de dois dispositivos que são exceções à discriminação em razão da idade e à viabilidade de aceitação de uma discriminação direta – art. 6.º, n.º 1 da Diretiva e art. 25.º, n.º 3 do Código do Trabalho³⁴.

Na medida da proporcionalidade, a Diretiva enumera exemplos de objetivos legítimos que podem justificar a discriminação direta em virtude da idade e dos tipos de tratamento diferenciados que podem ser praticados para atingir estes objetivos:

Artigo 6.º. Justificação das diferenças de tratamento com base na idade

1. 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.

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 reforma³⁵. **(Grifo no original)**

Assim, pode-se dizer que todas estas exceções previstas na Diretiva estão sujeitas a um duplo teste baseado na legitimidade e proporcionalidade, não obstante estas distinções de tratamento serão sempre aceitáveis, contanto que o critério da legitimidade do objeto e sua justificação exista e seja alcançado através de meios apropriados e necessários.

³⁴ PORTUGAL. **Código do Trabalho**. Art. 25.º n.º 3 - 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. Disponível em: <http://cite.gov.pt/pt/legis/CodTrab_LR1_002.html#L002S4>. Acesso em: 20 mai. 2017.

³⁵ UNIÃO EUROPEIA. **Diretiva 2000/78/CE**. Disponível em: <<http://cite.gov.pt/imgs/directivas/Directiva%202000-78.pdf>>. Acesso em: 20 mai. 2017.

No Ac. Mangold³⁶, a inserção no mercado de trabalho das pessoas mais velhas que se encontram desempregadas, tendo em vista que se confrontam com enormes dificuldades para voltar a encontrar trabalho, foi considerada um objetivo legítimo.

Em outra perspectiva, não obstante se aceitar a “possibilidade de uma norma nacional reconhecer, na prossecução dos referidos objetivos legítimos, um certo grau de flexibilidade” aos empregadores, tem-se entendido que “o que está compreendido na acessão de objetivo legítimo do art. 6.º, n. 1, da Diretiva são objetivos de política social (...) que, pelo seu carácter de interesse geral, se distinguem dos motivos puramente específicos do empregador, como a redução de custos ou o reforço da competitividade”³⁷.

Cabe destacar também que a ideia de partilha de emprego e de mudança geracional tem sido considerada, pelo TJUE, como objetivo legítimo no que concerne à política social. Tal entendimento verificou-se no Ac. Palacios³⁸, onde a introdução de reforma obrigatória pelo fato de se ter completado uma determinada idade, inserida num contexto econômico caracterizado por um elevado desemprego, com o objetivo de, no âmbito da política nacional de emprego, criar oportunidades no mercado de trabalho às pessoas à procura de emprego – ainda que a disposição em causa não fizesse alusão formal a esse objetivo –, foi também considerado um objetivo legítimo na acessão do art. 6.º, n.º 1, da apontada Diretiva.

Similarmente, a jurisprudência do TJUE já considerou como objetivo legítimo a remuneração dos trabalhadores conforme a experiência adquirida, independentemente de não estar relacionada com a idade. Assim, registrou-se no Ac. Cadman, que:

³⁶ INFOCURIA. **Processo C-144/04**. 22 nov. 2005. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=56134&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=445950>>. Acesso em: 21 mai. 2017.

³⁷ INFOCURIA. **Processo C-388/07**. 5 mar. 2009. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=77505&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=447262>>. Acesso em: 21 mai. 2017.

³⁸ INFOCURIA. **Processo C-411/05**. 16 out. 2007. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=70359&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=447679>>. Acesso em: 21 mai. 2017.

(...) 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 susceptíveis de fazer nascer dúvidas sérias a esse respeito³⁹.

E também que:

Quando, na determinação da remuneração, seja utilizado um sistema de classificação profissional baseado numa avaliação de trabalho a executar, não é necessário provar que um trabalhador individualmente considerado adquiriu, durante o período relevante, uma experiência que lhe permitiu executar melhor o seu trabalho⁴⁰.

Desse modo, para uma discriminação em função da idade se encontrar justificada, nos moldes do art. 6.º, n.º 1, da aludida Diretiva, é necessário que, além do objetivo em causa ser considerado legítimo, deva-se provar que é apropriado e necessário.

No entender de Teresa Coelho Moreira:

(...) o princípio da proporcionalidade, que está aqui em causa, quando aplicado ao âmbito laboral, pressupõe um juízo prévio sobre a necessidade ou indispensabilidade da medida e um outro, posterior, sobre a proporcionalidade dos sacrifícios que comporta para os direitos fundamentais dos trabalhadores⁴¹.

Dessa maneira, ainda que o Estado membro realize prova de que o objetivo é legítimo, deverá satisfazer o critério da proporcionalidade, indicando que é necessária e apropriada a utilização da idade.

Assim, a utilização do fator idade como critério para o prosseguimento de um objetivo legítimo só será considerada adequada e imprescindível se tal objetivo não puder ser atingido de outra maneira.

³⁹INFOCURIA. **Processo C-17/05**. 18. mai. 2006. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=65387&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=448503>>. Acesso em: 21 mai. 2017.

⁴⁰ INFOCURIA. **Processo C-17/05**. 18. mai. 2006. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=65387&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=448503>>. Acesso em: 21 mai. 2017.

⁴¹ 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. 1 e 2, p. 79. 2012.

Como exemplo da aplicação judicial do princípio da proporcionalidade, tem-se o já referido Ac. Mangold, onde foi apreciada a norma alemã que prevê a contratação a prazo de trabalhadores com mais de 52 (cinquenta e dois) anos de idade.

O TJUE declarou que o tratamento diferenciado em decorrência da idade, mesmo que fundado em objetivo legítimo – favorecimento dos trabalhadores mais idosos na inserção profissional –, extrapolava o que era apropriado e necessário para atingir o objetivo pretendido.

Essencial, ainda, que não se utilizem meios excessivos para alcançar um objetivo legítimo e que seja respeitada a política social, tendo em vista não atentar excessivamente às pretensões legítimas de outros trabalhadores.

As medidas utilizadas não devem, de forma alguma, causar transtornos ou inconvenientes sem medida no que concerne ao objetivo pretendido, devendo ocorrer a conciliação das exigências do princípio da igualdade de tratamento e os objetivos de política social que o Estado pretende alcançar, sempre visando o ponto de equilíbrio entre eles.

Conforme art. 15.º, n.º 1, da CDFUE, “todas as pessoas têm o direito de trabalhar e de exercer uma profissão livremente escolhida ou aceite”⁴². Assim, é de fácil percepção que o interesse dos trabalhadores dominantes não pode prejudicar o interesse dos trabalhadores “minoritários”.

Notam-se, assim, reiteradas decisões do TJUE no sentido de que motivos de política social podem justificar que os trabalhadores sejam discriminados por causa da idade e, ainda, que os parceiros sociais, em nome da autonomia negocial, possam decidir pelos trabalhadores com qual idade o contrato de trabalho poderá findar legitimamente.

Todavia, a recusa em se contrapor à possibilidade de reforma pode acometer, e de forma considerável, os interesses do trabalhador em causa.

⁴² UNIÃO EUROPEIA. **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia**. Disponível em: <<http://www.fd.uc.pt/CI/CEE/pm/Tratados/Nice/Carta%20Direitos%20Fundamentais.htm>>. Acesso em: 24 mai. 2017

2.2. O ENQUADRAMENTO LEGISLATIVO DA DISCRIMINAÇÃO EM VIRTUDE DA IDADE

2.3.1. Diretiva 2000/78/CE e o artigo 348.º do Código de Trabalho

Há o termo resolutivo ao contrato de trabalho, quando o trabalhador continua a serviço da empresa por mais de 30 (trinta) dias após ser reformado por velhice, ou, quando o trabalhador completa 70 (setenta) anos de idade sem ter ocorrido extinção do vínculo por reforma, conforme disposto no art. 348.º do Código do Trabalho⁴³. Dessa maneira é contemplada pelo CT uma real exceção ao regime do contrato a termo.

Menezes Leitão⁴⁴, tendo em vista que o n.º 2 do art. 348.º dispensa expressamente a redução a escrito, além de estabelecer que o contrato vigora pelo prazo de seis meses, sendo renovável por períodos iguais e sucessivos sem sujeição a limites máximos, refere-se a um termo resolutivo sujeito a regime especial.

No entender de Pedro Furtado Martinez⁴⁵, a reforma do trabalhador equivale a uma situação de caducidade com uma qualificação híbrida, tendo em vista que não determina a automática caducidade do negócio jurídico, transformando-se, antes, num contrato a termo certo – contanto que não tenha sido denunciado, por qualquer dos contraentes, nos 30 (trinta) dias imediatos ao conhecimento bilateral da situação de reforma.

⁴³ PORTUGAL. **Código do Trabalho**. Artigo 348.º. Conversão em contrato a termo após reforma por velhice ou idade de 70 anos. 1 - Considera-se a termo o contrato de trabalho de trabalhador que permaneça ao serviço decorridos 30 dias sobre o conhecimento, por ambas as partes, da sua reforma por velhice. 2 - No caso previsto no número anterior, o contrato fica sujeito ao regime definido neste Código para o contrato a termo resolutivo, com as necessárias adaptações e as seguintes especificidades:

a) É dispensada a redução do contrato a escrito;

b) O contrato vigora pelo prazo de seis meses, renovando-se por períodos iguais e sucessivos, sem sujeição a limites máximos;

c) A caducidade do contrato fica sujeita a aviso prévio de 60 ou 15 dias, consoante a iniciativa pertença ao empregador ou ao trabalhador;

d) A caducidade não determina o pagamento de qualquer compensação ao trabalhador.

3 - O disposto nos números anteriores é aplicável a contrato de trabalho de trabalhador que atinja 70 anos de idade sem ter havido reforma. Disponível em: <http://cite.gov.pt/pt/legis/CodTrab_LR1_002.html#L002S4>. Acesso em: 20 mai. 2017.

⁴⁴ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. Formas de Cessação do Contrato de Trabalho e Procedimentos. **Temas laborais. Estudos e pareceres**. Coimbra: Almedina, 2006. p. 112-113.

⁴⁵ MARTINS, Pedro Furtado. **Cessação do contrato de trabalho**. 2. ed. Cascais: Principia, 2002. p. 54.

João Leal Amado⁴⁶, assim como outros, afirma tratar-se de um termo impróprio resultante da lei e não de estipulação contratual.

Dessa maneira, a reforma pode, então, não ser determinante na cessação do contrato. O efeito extintivo da reforma depende não apenas do conhecimento pelo empregador, mas da vontade das partes também.

Segundo Joana Almeida, o preceito inspira-se numa medida de política de emprego, atendendo a que o mesmo foi aprovado num período onde o desemprego foi acentuado – 1989 –, tendo como objetivo libertar os postos de trabalho, facilitando, desta forma, o acesso dos trabalhadores mais jovens ao mercado de trabalho⁴⁷. A autora assevera que o mesmo desígnio presida ao art. 348.º ainda hoje, já que parcela significativa dos desempregados a nível nacional permanece a ser a de trabalhadores com idade inferior a 25 (vinte e cinco) anos⁴⁸.

Analisando de forma breve a evolução legislativa, pode-se verificar que a caducidade do contrato por reforma do trabalhador teve a sua primeira consagração legal na alínea c), do n.º 1, do art. 8.º da LDesp.

Dessa maneira, inicia-se uma preocupação de promoção do emprego intergeracional, havendo mais facilidade de acesso ao mercado de trabalho pelos mais jovens. Entretanto, é no art. 5.º, n.º 2, da LCCT que foi previsto, pela primeira vez que, logo que o trabalhador alcance os 70 (setenta) anos de idade, não havendo caducidade por reforma no contrato de trabalho, fica este sujeito a termo, com um regime específico.

Bernardo Lobo Xavier entende que, à consagração desta norma estava subjacente a necessidade de resolver o problema do trabalhador que, ainda que não houvesse requerido a reforma, mantinha-se na empresa, “às vezes com a diminuta produtividade emergente da sua idade muito avançada”, tentando-se assim, “eliminar”

⁴⁶ AMADO, João Leal. op. cit. p. 360-361.

⁴⁷ ALMEIDA, Joana. Do artigo 348.º do Código do Trabalho à luz do Direito Comunitário, **Revista de direito e de estudos sociais**. Ano 50, n. 3-4, p. 119. Coimbra: Coimbra Editora, 2009; FARIA, Paulo Ramos. Velhos São os Trapos: recorrendo por analogia sobre o Acórdão Palacios de La Vila, **Questões laborais**, p. 226, Ano XVI, n. 34.

⁴⁸ *ibid.* p. 119.

do mercado de trabalho “mão-de-obra menos eficiente, assim se considerando aquela que é oferecida pelos trabalhadores com mais de 70 anos”⁴⁹.

Para Monteiro Fernandes⁵⁰, subjaz a esta norma o regime da caducidade por reforma, o qual objetivou promover a distribuição do emprego entre gerações. Nada obstante, Paulo Ramos de Faria⁵¹, destaca a ideia de que a referida solução que pretendeu responder a uma necessidade de policiar o crescimento do desemprego não encontra correspondência nos dados estatísticos.

O eventual caráter discriminatório do art. 348.º, tem sido discutido à luz da jurisprudência comunitária.

Para se ter uma resposta a esse questionamento, deverá ser levada em consideração a Diretiva 1999/70/CE⁵², que consiste em um acordo-quadro relativo aos contratos de trabalho a termo, bem como a Diretiva 2000/78/CE⁵³ que, como já é sabido, estabelece-se pelo quadro geral de combate à discriminação no emprego e na atividade profissional, com embasamento na idade, dentre outros motivos.

Ao fazer menção ao objeto do presente estudo, depara-se somente acerca da questão de entender se esta disposição é passível de ser considerada discriminatória, atendendo a todas as considerações já feitas no que concerne à citada Diretiva Comunitária.

Entretanto, é curioso o fato de o art. 5.º, n.º 1, da Diretiva 1999/70/CE⁵⁴ estabelecer que os Estados membros devem introduzir uma ou várias medidas destinadas a prevenir o recurso abusivo à contratação a termo sucessiva; notadamente, razões objetivas que justifiquem a renovação dos supramencionados contratos ou relações laborais, duração máxima total dos sucessivos contratos de trabalho ou relações laborais a termo, número máximo de renovações dos contratos ou relações laborais a termo. O que, ao que tudo indica, não se verifica na norma em comento.

⁴⁹ XAVIER, Bernardo Lobo. **Curso de direito do trabalho**. Lisboa: Verbo, 1993. p. 464-465.

⁵⁰ FERNANDES, António Monteiro. op. cit. p. 564-567, nota (2).

⁵¹ FARIA, Paulo Ramos. op. cit. p. 227.

⁵² Esta Diretiva transposta para o ordenamento jurídico pátrio pela Lei n. 99/2003, de 17 de agosto, a mesma que aprovou, à data, o CT 2003. A Lei n. 7/2009, de 12 de fevereiro, que aprovou o Código do Trabalho, reitera a transposição.

⁵³ UNIÃO EUROPEIA. **Diretiva 2000/78/CE**. Disponível em: <<http://cite.gov.pt/imgs/directivas/Directiva%202000-78.pdf>>. Acesso em: 23 mai. 2017.

⁵⁴ UNIÃO EUROPEIA. **Diretiva 1999/70/CE**. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A31999L0070>>. Acesso em: 23 mai. 2017.

Como já mencionado em momento anterior, para os efeitos da mencionada Diretiva, compreende-se por “princípio da igualdade de tratamento” a falta de qualquer discriminação em função da idade.

Susana Machado alerta que, conforme o disposto no n.º 1, do art. 348.º do Código do Trabalho, “se o trabalhador permanecer ao serviço por mais de trinta dias após o conhecimento por ambas as partes da situação de reforma, o vínculo inicialmente celebrado converte-se em contrato a termo certo”.⁵⁵

Seguindo o disposto na referida norma, os trabalhadores que se reformaram junto da segurança social são afetados, tendo permanecido no ativo, levanta a problemática de descobrir se encontra-se perante uma alegada situação de discriminação indireta⁵⁶, pois em consequência do abrigo da lei própria, a idade normal de forma é aos 65 (sessenta e cinco) anos⁵⁷, e esta regra vem trazer especial desvantagem aos trabalhadores pertencentes àquela faixa de idade⁵⁸.

No que diz respeito ao n.º 3, do art. 348.º do Código do Trabalho, a aposição automática do termo independe do pedido de reforma do trabalhador e do conhecimento da situação de reforma por parte do empregador, mas sim de um único pressuposto: o trabalhador ter alcançado setenta anos de idade⁵⁹.

No entender de Joana Almeida:

(...) à primeira vista, o art.º 348.º, n.º 3, contém um elemento de discriminação direta, nos termos definidos no art. 2.º, n.º 2, al. a), da Diretiva: aquela que se dirige a trabalhadores com idade igual e/ou superior a 70 anos, que passam a estar contratados a termo quando antes detinham o estatuto de trabalhadores por tempo indeterminado⁶⁰.

⁵⁵ MACHADO, Susana Sousa. **Contrato de Trabalho a Termo – A Transposição da Directiva 2999/70/CE para o Ordenamento Jurídico Português**: (In)compatibilidades. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 282.

⁵⁶ Cf. art. 2.º, n.º 2, alínea b) da Diretiva.

⁵⁷ Cf. art. 20.º do DL 187/2007. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/75095585/201705130233/exportPdf/normal/1/cacheLevelPage?_LegislacaoConsolidada_WAR_drefronto-fficeportlet_rp=indice>. Acesso em: 23 mai. 2017.

⁵⁸ Neste mesmo sentido, ALMEIDA, Joana. op. cit. p. 120.

⁵⁹ No direito privado, diferentemente do funcionalismo público, não há um limite de idade, a partir do qual não se possa continuar a prestar a atividade. Enquanto as partes desejarem a prossecução da relação laboral esta manter-se-á. Cf. MARTINEZ, Pedro Romano. **Direito do Trabalho**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 1008-1009.

⁶⁰ Cf. ALMEIDA, Joana. op. cit. p. 120. No mesmo entendimento, FARIA, Paulo Ramos. op. cit. p. 228

Na análise de Júlio Gomes, “uma solução segundo a qual toda e qualquer pessoa com 70 anos ou mais só poderia ser contratada a termo não deixaria de se expor à acusação de consubstanciar uma discriminação em razão da idade”⁶¹. No entendimento deste autor, tal posicionamento não encontra amparo no teor literal da norma. E, ainda, segundo João Leal Amado, “nem a letra nem a *ratio* do preceito legal permitem aplicar a respectiva estatuição à contratação ab initio de um trabalhador reformado ou com mais de 70 anos”⁶².

De outro ponto de vista, se compreender-se que o n.º 3, do art. 348.º não é aplicável aos contratos celebrados desde o início com trabalhadores reformados ou que tenham alcançado 70 (setenta) anos de idade, aflora outro tipo de situação: um trabalhador que se reforme ao serviço do empregador tem necessariamente uma relação jurídica a termo, ao passo que outro que se tenha reformado ao serviço de entidade diversa poderia ser contratado por tempo indeterminado⁶³. Entretanto, esta interpretação não é pacífica. Vê-se que, na ressalva de Júlio Gomes:

(...) irá sempre subsistir a desigualdade de poderem coexistir, na mesma empresa, trabalhadores que por terem atingido os 70 anos ao serviço desta ficam contratados a termo por força da lei e trabalhadores que porque já tinham, por hipótese, 70 anos quando foram contratados poderão sê-lo por tempo indeterminado⁶⁴.

Como anteriormente mencionado, a Diretiva admite a existência de diferenças de tratamento com base na idade não discriminatórias – art. 6.º – ao passo que as distinções de tratamento devem ser justificadas por um objetivo legítimo, o qual deve ser apropriado e necessário.

A medida de política de emprego posta no art. 348.º está em conformidade com a Diretiva em seu art. 6.º, n.º 1, já anteriormente transcrito. Deste modo, como alude Joana Almeida⁶⁵ e resulta do Ac. Palacios, “o fato de o art. 348.º não identificar o objetivo de mercado que tem em vista é irrelevante”, exigindo-se “que outros

⁶¹ GOMES, Júlio Manuel Vieira. op. cit. p. 932

⁶² AMADO, João Leal. op. cit. p. 362.

⁶³ Nesse mesmo entender, MARTINEZ, Pedro Romano. op. cit. p. 1010.

⁶⁴ GOMES, Júlio Manuel Vieira. ibid. p. 933.

⁶⁵ JOANA ALMEIDA. op. cit. p. 121.

elementos, extraídos do contexto geral da medida em causa, permitam a identificação do objetivo que lhe está subjacente”⁶⁶.

Já Paulo Ramos de Faria⁶⁷ diz que, “para além de não ser necessário que o legislador nacional sinalize expressamente esse objetivo, também não é suficiente que o faça”, pois os meios ao seguimento desse objetivo deverão ser apropriados e necessários.

Quanto à questão de aferir se os meios empregados são proporcionais, o art. 6.º, n.º 1, alínea a), da Diretiva parece admitir a fixação de termos especiais aos obreiros mais velhos para “favorecer a sua inserção profissional ou garantir a sua proteção”.

Todavia, como cita Joana Almeida: “os trabalhadores afetados pelo art. 348.º não são nem os que necessitavam de assistência, nem os que estão a ser assistidos: eles encontravam-se empregados, aliás, por tempo indeterminado, e é em resultado da norma que passam a ser trabalhadores a termo”. A destacada autora ainda assevera que:

(..) o art. 140.º, n.º 4, al. b), mostra que a lei portuguesa já assiste aos trabalhadores mais jovens permitindo que eles sejam contratados através de contratos a termo. O que o artigo 348.º faz é acentuar essa empregabilidade à custa dos trabalhadores mais velhos, cuja estabilidade de emprego é sacrificada⁶⁸.

Noutra perspectiva, a relação entre elas ainda está para ser estabelecida, havendo dúvidas sobre se o trabalho a termo favorece a criação de emprego, já que nada no art. 348.º obriga ao empregador contratar um obreiro jovem para substituir o reformado ou aquele com 70 (setenta) anos de idade ou mais. Ressalte-se que no Ac. Palacios tem-se que:

(...) não é desrazoável as autoridades de um Estado-Membro considerarem que uma medida como a que está em causa no processo principal possa ser apropriada e necessária para atingir o objetivo legítimo invocado no âmbito da política nacional de emprego, e que consiste em promover o pleno emprego ao favorecer o acesso ao mercado de trabalho” e também que “a referida medida não pode ser considerada excessivamente prejudicial para as pretensões legítimas dos

⁶⁶ ALMEIDA, Joana. op. cit. p. 137. No mesmo sentido, Cf. Ac. *Age Concern England in INFOCURIA*. Processo C-388/07. 5 mar. 2009. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=77505&pageIndex=0&doclang=PT&mod e=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=447262>>. Acesso em: 21 mai. 2017.

⁶⁷ FARIA, Paulo Ramos. op. cit. p. 230-231.

⁶⁸ ALMEIDA, Joana. op. cit. p. 141.

trabalhadores obrigados a reformar-se por terem atingido o limite de idade previsto, uma vez que a legislação relevante não se baseia apenas numa determinada idade, tendo também em consideração a circunstância de os interessados beneficiarem, no fim da sua carreira profissional, de uma compensação financeira através da concessão de uma pensão de reforma, como a prevista no regime nacional em causa no processo principal, cujo nível não se pode considerar desrazoável⁶⁹.

Há, entretanto, duas maneiras para se fazer a análise cuja diferenciação importa manter presente e cuja autonomização se encontra no art. 348.º do CT. Consequentemente, deve-se analisar independentemente a compatibilidade do art. 348.º, n.º 1, do CT e a do art. 348.º, n.º 3, com o Direito Comunitário, tendo em vista que cada um levanta problemáticas distintas.

Diante das considerações feitas, parece mais razoável entender-se que o n.º 1 do art. 348.º do CT não consubstancia uma violação às exceções previstas no art. 6.º, n.º 1, da Diretiva, pois “pode dar-se o caso de o art. 348.º assistir trabalhadores em situação de reforma que permanecem ao serviço”, já que, se o art. 348.º não operasse, o contrato de trabalho caducaria nos termos do art. 343.º, alínea c), do Código do Trabalho⁷⁰.

Todavia, não se deve deixar de demonstrar posicionamentos de discordância com a compatibilidade do art. 348.º, n.º 3, do Código do Trabalho com o art. 6.º, n.º 1, da Diretiva, tendo em vista que a disposição aqui em comento não os assiste de forma alguma, dado que, sem ela, o empregador não teria embasamento para fazer cessar o contrato – considerando-se que os trabalhadores não se reformaram, a alínea c), do art. 343.º não seria aplicável a eles, tal como defendido por Joana Almeida⁷¹.

Na mesma trilha, Paulo Ramos Faria entende que:

(...) sacrificar o vínculo laboral dos trabalhadores de uma certa idade aos desígnios da política de emprego é arbitrário e injustificado, se não se garantir, desde logo, que os meios de subsistência que pretendariam auferir mediante a prestação do trabalho (ou equivalentes) podem ser obtidos através da pensão de reforma por velhice⁷².

⁶⁹ INFOCURIA. **Processo C-411/05**. 16 out. 2007. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=70359&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=447679>>. Acesso em: 21 mai. 2017.

⁷⁰ ALMEIDA, Joana. op. cit. p. 142.

⁷¹ ibid. p.142.

⁷² FARIA, Paulo Ramos. op. cit. p. 232.

O mencionado autor argumenta ainda que, para que a norma prevista no n.º 3 do art. 348.º seja tida conforme à Diretiva, deverá ser interpretada restritivamente – somente tendo aplicabilidade quando o trabalhador agregar as condições necessárias para obter a reforma –, e extensivamente – aplicando-se nos casos em que os contratos celebrados depois do trabalhador, com direito à reforma, alcançar os 70 (setenta) anos.

Por seu turno, Bernardo Lobo Xavier afirma que “será de rejeitar esse caráter discriminatório, porque o regime está principalmente ligado à situação de reforma e não à idade e envolve também oportunidade de emprego para os reformados por velhice”⁷³. E o mesmo autor ainda salienta que:

(...) a lei pretendeu evitar que os trabalhadores de idade muito avançada que não se queiram reformar continuem a beneficiar das garantias de estabilidade geralmente asseguradas, bem como às vantagens de renovação do mercado de trabalho, admitindo não só o emprego dos trabalhadores mais velhos, como que o facilitando, pela flexibilização que é dada ao emprego nestes casos pela simplificação do contrato a termo⁷⁴.

Após essas explicações, passa-se à análise da Discriminação Inter Setorial.

2.3. DISCRIMINAÇÃO INTER SETORIAL

Outro fato relacionado com a discriminação em razão da idade é a chamada discriminação inter setorial. Por intermédio da política de incentivo à diversidade da idade, ao invés de findar com a discriminação, a aproximação à discriminação em razão da idade diferencia-se dos outros tipos de discriminação. E a referida aproximação pode ser especialmente prejudicial, haja vista que existe uma ligação robusta entre a discriminação em virtude da idade e outras formas de discriminação já reguladas⁷⁵.

Seja dito de passagem que a discriminação em virtude da idade pode, tranquilamente, ser também uma discriminação em razão do sexo, já que mulheres mais velhas também sofrem mais desvantagens do que homens mais velhos. Isto ocorre pois

⁷³ XAVIER, Bernardo Lobo. **Curso de direito do trabalho**. Lisboa: Verbo, 1993. p. 695.

⁷⁴ XAVIER, Bernardo Lobo. op. cit. p. 695.

⁷⁵ SACADURA, Inês OOm de. O lado B da discriminação no mercado de trabalho. A igualdade - salarial ou outra - deve aferir-se por muito mais do que um mero estudo analítico de dados e números. **Público**. 6 mar. 2016. Disponível em: <<https://www.publico.pt/2016/03/06/economia/noticia/o-lado-b-da-discriminacao-no-mercado-de-trabalho-1725366>>. Acesso em: 20 mai. 2017.

elas têm a tendência a viver mais⁷⁶ e são menos favorecidas financeiramente, tendo em vista que, em média, recebem retribuições mais baixas. Também deve-se levar em consideração o fato de que alguma parte da população feminina ainda depende das reformas dos maridos ou da sua retribuição, além de possuírem mais períodos de suspensão do contrato de trabalho ou até mesmo de não trabalho, tendo em vista que existe uma maior tendência para elas, no que tange ao fato de cuidarem dos filhos e de gozarem a maior parte da licença parental.

Em outra perspectiva, comparativamente aos homens, estudos comprovam que os efeitos da aparência física nas decisões de recrutamento e da promoção pesam mais sobre as mulheres e que elas tendem a sofrer mais preconceitos em relação à idade e à correlação com a boa aparência física. E esta ligação entre estes casos de múltipla discriminação pode ocasionar que um mesmo caso seja considerado ilegal, no que tange à discriminação em função do sexo, e legal em razão da idade.

Pode ocorrer também uma relação entre a discriminação em razão da idade e a discriminação em função da raça e da etnia⁷⁷, tendo em vista que as taxas de desemprego comumente mais elevadas no que se refere aos trabalhadores negros ou minorias étnicas, existindo determinados dados que consideram que vários trabalhadores de raça negra ou de minorias étnicas com idade maior que 45 (quarenta e cinco) anos e que são beneficiários de uma pensão estatal sofrem, no mercado de trabalho, concomitantemente, uma “penalidade étnica” e uma “penalidade em virtude da idade”, sendo que as políticas que tem como objetivo minorar este tipo de discriminação são, em algumas situações, mais orientadas para os trabalhadores jovens e não para os trabalhadores mais velhos, o que é manifestamente discriminatório.

Por derradeiro, mas não menos importante, também pode haver uma conexão entre a discriminação em virtude da idade e a discriminação em função da deficiência e, caso haja proteção contra os trabalhadores deficientes, quando há a coadunação das duas formas de discriminação, ou seja, quando se refere a um trabalhador idoso e

⁷⁶ Vale ressaltar que, em Portugal, tem-se diminuído a diferença entre homens e mulheres, no que diz respeito à esperança de vida, conforme informações do Instituto Nacional de Estatística (INE). Cf. Portugueses ganham mais de dois anos de esperança de vida numa década. **Diário de Notícias**. 29. mai. 2017. Disponível em: <<http://www.dn.pt/sociedade/interior/portugueses-ganham-mais-de-dois-anos-anos-de-esperanca-de-vida-numa-decada-8515609.html>>. Acesso em: 29 mai. 2017.

⁷⁷ Para um maior aprofundamento sobre o tema, recomenda-se a leitura de COUTINHO, Maria Luiza Pinheiro. op. cit. p. 80-82.

deficiente ao mesmo tempo, a proteção conferida é bastante reduzida já que o trabalhador é encarado como inapto e abolido do mercado de trabalho. A realização desta prática manifesta notoriamente que os empregadores pretendem ter a possibilidade de remover os trabalhadores que com mais facilidade poderão ficar incapazes, relacionando essa maior possibilidade com a idade.

Caso um indivíduo efetivamente tenha um problema mental, físico ou de saúde, deve ser tratado pelo empregador da mesma maneira que é tratado um empregado com deficiência ou doença crônica, independentemente da idade que possua.

É de fácil percepção que a discriminação inter setorial ou múltipla não pode ser desmembrada em inúmeras partes, sendo um dos exemplos onde a soma das partes é maior que a dos seus elementos individualmente visualizados. Uma mulher negra e jovem pode sofrer discriminação que uma mulher negra e idosa não sofreria. A razão para colocar em consideração ocasionalmente que há uma discriminação, deve fundar-se no fato de que ela é nova, negra e mulher, mas não os três motivos separadamente. Devendo ser julgados conforme a legislação antidiscriminatória em razão da idade, depois da raça e depois do sexo. A múltipla discriminação caracteriza-se pelo fato de todas estas formas diversificadas de discriminação se cruzarem e resultarem numa outra forma de discriminação.

E a discriminação em virtude da idade - diferentemente das demais formas de discriminação que não admitem a possibilidade de discriminação direta a menos que seja considerado um requisito essencial e determinante para a atividade em comento nos termos do art. 4.º da Diretiva - pode servir para destacar este tipo de discriminação, reconhecendo que a discriminação vai além de uma mera soma das partes.

Feitas essas considerações, cumpre a análise das questões que envolvem a discriminação dos trabalhadores em função de alguma deficiência que possuam.

3 DISCRIMINAÇÃO DOS TRABALHADORES EM FUNÇÃO DE DEFICIÊNCIA

Não são novos os relatos de discriminação dos trabalhadores em razão de alguma deficiência que possuam. Aliás, o tratamento discriminatório com relação aos deficientes, a partir das crianças, já era abordado por pensadores da Antiga Grécia, a exemplo de Platão⁷⁸ e de Aristóteles⁷⁹.

De fato, durante muito tempo, aos deficientes somente eram destinados dois tipos de ações: a) eliminação ou isolamento da sociedade; b) caridade e compaixão.

Entretanto, com a segunda guerra mundial, o movimento das pessoas portadoras de deficiência começou a ser analisado numa perspectiva que ia além do aspecto caritativo e de compaixão, transfigurando-se num modelo capaz de lhes assegurar a dignidade, através da consecução de seus direitos fundamentais⁸⁰.

Nessa perspectiva, juridicamente, a discriminação em virtude da deficiência é, de certa maneira, um conceito relativamente recente⁸¹.

Efetivamente, as indagações correlacionadas com a deficiência foram originadas por serem tratadas como um tema conexo com a segurança social, a saúde ou a tutela, haja vista que, antes, os indivíduos portadores de deficiência eram tidos, não

⁷⁸ “As crianças, à medida que forem nascendo, serão entregues a pessoas encarregadas de cuidar delas, homens, mulheres ou homens e mulheres juntos, pois as responsabilidades são comuns aos dois sexos. (...) Estes encarregados levarão os filhos dos indivíduos de elite a um lar comum, onde serão confiados a amas que residem à parte, num bairro da cidade. Para os filhos dos indivíduos inferiores e mesmo os dos outros que tenham alguma deformidade, serão levados a paradeiro desconhecido e secreto”. cf. PLATÃO. **A República**. Livro IV. São Paulo: Martins Claret, 2009.

⁷⁹ “(...) Sobre o destino das crianças recém-nascidas, deve haver uma lei que decida os que serão expostos e os que serão criados. Não seja permitido criar nenhuma que nasça mutilada, isto é, sem algum de seus membros; determine-se, pelo menos, para evitar a sobrecarga do número excessivo, se não for permitido pelas leis do país abandoná-los, até que número de filhos se pode ter e se faça abortarem as mães antes que seu fruto tenha sentimento e vida, pois é nisto que se distingue a supressão perdoável da que é atroz”. cf. ARISTÓTELES. **A Política**. Livro VII. São Paulo: Martins Claret, 2002.

⁸⁰ Nesse sentido, O'BRIAN, Nick. **Disability and Reasonable Accommodation**. Disponível em: <http://www.era-comm.eu/oldoku/Adiskri/07_Disability/2008_OBrien_EN.pdf>. Acesso em: 10 mai. 2017. E, ainda: MENDES, Carla Sofia Faria. **Monitorizar os direitos humanos das pessoas com deficiência: análise de dados do Projecto Disability Rights Promotion International na Cidade de Toronto, Canadá**. Dissertação (Mestrado em Política Social), Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, Universidade Técnica de Lisboa, Lisboa, 2012. p. 1. Disponível em: <<https://www.repository.utl.pt/bitstream/10400.5/4678/2/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20Mestrado.pdf>>. Acesso em: 22 mai. 2017.

⁸¹ BARBERA, Marzia. **Le discriminazioni basate sulla disabilità. Il nuovo diritto antidiscriminatori: Il quadro comunitario e nazionale**. Marzia Barbera (Org.). Milan: Giuffrè Editore, 2007. p. 79.

como seres humanos detentores de direitos e deveres, mas, infelizmente, como meros objetos de programas de caridade e de saúde - alvos do Estado Social-, entendendo-se que não poderiam participar de maneira ativa na vida da sociedade e, menos ainda, de terem direito a um emprego e a uma autonomia.

Ao longo de muito tempo, algumas pessoas portadoras de deficiência foram privadas dos direitos fundamentais mais elementares possíveis. Na realidade, apesar de, na teoria, as pessoas com deficiência pudessem ter a titularidade de direitos fundamentais, seja a lei, seja a prática, eram incumbidas de lhes negar, conforme pode ser visto através de atos de genocídio, eugenismo e discriminação que sempre vitimaram os deficientes.

Independente do sexo ou idade, mulheres, homens e crianças portadores de deficiência eram tidos como os cidadãos mais marginalizados e excluídos da sociedade, enfrentando diversos desafios e obstáculos no gozo dos seus direitos humanos. E, durante um bom tempo, imaginou-se que tais desafios estavam correlacionados com a sua deficiência física, mental, intelectual ou até mesmo sensorial.

Os indivíduos eram considerados apenas objetos de proteção e de assistência social numa perspectiva conexas ao modelo médico de deficiência. Este modelo tinha como objetivo a reabilitação, corrigindo as insuficiências e especializando profissionais e peritos na deficiência em voga; assumindo assim, durante muito tempo, que a deficiência era uma questão biológica, evidenciando apenas uma preocupação com a sua cura ou com a recuperação do indivíduo.

A deficiência era tida, neste modelo, como uma anormalidade, uma patologia individual, uma disfunção do corpo, considerando a pessoa com deficiência como incapaz, sendo submissa e dependente de cuidados de terceiros. Mesmo atualmente, esse modelo se assume como um princípio regulador de algumas políticas de saúde e de assistência destinadas, em sua essência, a ajudar os indivíduos deficientes, apesar do descrédito e da discriminação a que conduzem, fomentadoras não da inclusão social, todavia, antes da sua exclusão, da segregação e da infantilização⁸².

Com início nos EUA, o movimento dos direitos civis de pessoas com deficiência, que tinha como base o modelo social da deficiência, ganhou força e

⁸² MENDES, Carla Sofia Faria. op. cit. p. 7-8.

ascendeu, promovendo nitidamente uma mudança de padrão e a queda de barreiras que impossibilitavam a vida das pessoas com deficiência. Deste jeito, deu-se início à defesa da ideia de proibição da discriminação contra as pessoas baseada na sua deficiência e à construção de uma legislação antidiscriminatória. Foi também nessa época em que se começou a perceber que várias pessoas eram discriminadas em virtude da sua deficiência no mercado de trabalho, quer seja na fase de recrutamento, quer seja na fase de execução do contrato de trabalho, quer mesmo já na fase de cessação do mesmo.

Somente as incapacidades eram vistas pelos empregadores e não as capacidades para o trabalho deste tipo de trabalhadores. E com esta nova noção de adaptação houve o aparecimento do *American Disabilities Act*⁸³, de 1990, que surgiu com intuito de regular de maneira expressa a noção de adaptação razoável, influenciando inúmeros instrumentos legislativos e mesmo outros ordenamentos jurídicos.

Esse novo entendimento acerca da deficiência possibilitou que esta pudesse passar a ser considerada como o resultado da inadequação do ambiente físico e social, no intuito de acondicionar a diferença e a diversidade humanas⁸⁴. Este modelo, conhecido como modelo social, no entender de Teresa Coelho Moreira, “expõe a influência da envolvente externa na produção de incapacidades e na redução da funcionalidade dos sujeitos para viverem em sociedade”⁸⁵. Dessa maneira, era ambicionada a efetiva participação da pessoa no meio ambiente, valorando a responsabilidade social coletiva pelo respeito devido aos direitos humanos, bem como à dignidade das pessoas portadoras de deficiência.

A partir do final da década de 1970, tem crescido em inúmeros países, de forma considerável e com relativo sucesso, o movimento dos direitos das pessoas portadoras de deficiência, sendo defendida uma compreensão teórica diversa da deficiência. Esse modelo, hodiernamente, tem sido qualificado pela Organização Mundial de Saúde como modelo biopsicossocial, em contraste com o modelo médico e com o modelo social.

⁸³ Disponível em: <<https://www.eeoc.gov/eeoc/history/35th/thelaw/ada.html>>. Acesso em: 10 mai. 2017.

⁸⁴ De acordo com HACKING: “the existence of character X is not determined by the nature of things. X is not inevitable. X is brought into existence or shaped by social events, forces, history, all of which could have been diferente”. Cf. HACKING, Ian. **The social construction of what?** Cambridge: Harvard University Press, 1999. p. 6-7.

⁸⁵ MOREIRA, Teresa Coelho. **Igualdade e não discriminação**. Coimbra: Almedina, 2013. p. 167.

Se for localizada a deficiência no âmbito social, as elucidações políticas serão dirigidas a alterar o ambiente e acabar com as barreiras estruturais à participação igualitária, fazendo-se a inclusão da legislação antidiscriminatória, códigos de construção universais de *design*, integração, e possibilitando condições para que haja a participação individual.

A lei, neste modelo, tem a função primordial de proteger as pessoas contra tratamentos discriminatórios e determinar o dever de integrar e acomodar as pessoas portadoras de deficiência, delimitando os seus direitos na participação e controle dos programas sociais focados nas suas necessidades individuais.

O modelo biopsicossocial da deficiência identifica a interação da realidade biológica e social, correferindo as condições de saúde e os fatores do contexto social, levando em consideração a igualdade dos indivíduos portadores de deficiência, porém, concomitantemente, defendendo a existência de divergências específicas. O referido modelo engendra os direitos numa base social igualitária, sempre atento às características distintivas de cada deficiência e correlacionando tantos fatores biológicos como os fatores ambientais, entendendo que, seja o modelo médico, seja o modelo social, ambos não são adequados, mesmo que sejam parcialmente válidos⁸⁶.

Fundada nos direitos humanos, esta abordagem denota a presente política nacional e internacional acerca da deficiência, que propicia a dimensão da cultura humana e sua diversidade e defende a necessidade de criação de leis e políticas que façam a integração das pessoas portadoras de deficiência.

A deficiência é entendida e vivida para várias pessoas como uma opressão feita por certas estruturas e até mesmo por determinadas práticas sociais. A referida opressão funciona tanto sobre os indivíduos, negando ou reduzindo a sua personalidade, e sistemicamente, como por aqueles que apresentam o rótulo de deficiente, sendo negada ou minorada a cidadania e a participação cívica. Contudo, deficiência, incapacidade para o trabalho e invalidez, ainda que possam, por vezes, aparentar conceitos sobrepostos, são consideravelmente distintos. As pessoas podem ser deficientes e não

⁸⁶ Para um maior aprofundamento: OMS, ICF. **Towards a Common Language for Functioning, Disability and Health**. Genebra, 2002. Disponível em: <<http://www.who.int/classifications/icf/icfbeginnersguide.pdf>>. Acesso em: 12 mai. 2017.

necessariamente serem incapazes de trabalhar, e podem ser incapazes de trabalhar sem serem portadores de alguma deficiência. A compreensão desta diferença é essencial.

Cabe ressaltar que os princípios fundamentais do Direito do Trabalho defendem um direito ao trabalho e vedam a discriminação desde a fase de acesso até à fase do término do contrato de trabalho.

Aproximadamente, cerca de 15% (quinze por cento) da população mundial possui alguma forma de deficiência e, dentro desta porcentagem, cerca de 2 (dois) a 4% (quatro por cento) apresentam significativas dificuldades funcionais. Isto quer dizer que mais de 1 (um) bilhão de pessoas em todo o mundo relacionam-se com alguma espécie de deficiência, dentre os quais cerca de 200 (duzentos) milhões experimentam dificuldades funcionais consideráveis.

Daqui em diante, a deficiência será uma preocupação ainda maior tendo em vista que a sua incidência tem aumentado consideravelmente com o envelhecimento da população e com o risco maior de deficiência na população de mais idade, bem como o aumento global de doenças crônicas, tais como diabetes, doenças cardiovasculares, cancro e distúrbios mentais⁸⁷.

Por outro ponto de vista, no mundo inteiro, as pessoas portadoras de deficiência evidenciam piores perspectivas de saúde, níveis mais baixos de escolaridade, participação econômica e taxas de pobreza bem mais elevadas, se comparadas com as pessoas que não apresentam deficiência. Isto ocorre, em parte, pelo fato de pessoas portadoras de deficiência enfrentarem barreiras no acesso a serviços que outras pessoas consideram garantidos há tempos, como saúde, transporte, emprego, educação e informação, sendo que as referidas dificuldades são maiores na população menos favorecida financeiramente.

⁸⁷ Nesse sentido, indispensável a análise do *World Report on Disability*, 2011, realizado pela OMS e pelo Banco Mundial. De acordo com a *World Health Survey*, aproximadamente 785 milhões de pessoas (15,6%) com 15 anos ou mais convivem com alguma forma de deficiência, enquanto a *Global Burden Disease*, estima que esse número é de 975 milhões de pessoas (19,4%). Dessas, a *World Health Survey* considera que 110 milhões de pessoas (2,2%) possuem dificuldades funcionais muito significativas, enquanto a *Global Burden Disease* estima que 190 milhões (3,8%) possuem uma deficiência grave (o que equivale a deficiências como tetraplegia, depressão grave, cegueira). Cf. OMS, Banco Mundial. **World Report on Disability**. Disponível em: <http://www.who.int/disabilities/world_report/2011/report.pdf>. Acesso em: 13 mai. 2017.

A discriminação que os indivíduos portadores de deficiência enfrentam estão difundidas em diversos setores, sendo essas pessoas, portanto, afetadas em distintas esferas das suas vidas.

Na União Europeia, o número de pessoas que sofre de algum tipo de deficiência gira em torno de 80 (oitenta) milhões; isto é, mais de 15% (quinze por cento) da população. É preciso atentar-se ao fato de que 1 (um) em cada 4 (quatro) cidadãos europeus tem um membro da família que possui algum tipo de deficiência. Sob outra perspectiva, pessoas que apresentam redução da sua mobilidade representam cerca de 40% (quarenta por cento) da população; sendo importante ressaltar que as pessoas portadoras de algum tipo de deficiência encaram uma probabilidade bem maior para estarem ou ficarem desempregadas.

Somente 16% (dezesesseis por cento) das pessoas que possuem algum tipo de restrição para trabalhar usufruem de alguma assistência para o fazer e, assim sendo, inúmeras pessoas deficientes são trabalhadores desencorajados e nem ao menos tentam adentrar no mercado de trabalho, sendo denominados como inativos. E, quanto maior for o grau de deficiência, menos essas pessoas participam do mercado de trabalho, à medida que o rendimento que auferem é, também, consideravelmente inferior⁸⁸.

A proteção que é dada aos trabalhadores portadores de deficiência encontra previsão a nível internacional, em instrumentos jurídicos ratificados pelo Estado português, como a Convenção n.º 159 da OIT⁸⁹ referente à readaptação profissional e emprego de pessoas portadoras de deficiência, empregada em 1983, em conexão com a Recomendação n. 168 da OIT⁹⁰.

⁸⁸ Sobre o tema, recomenda-se a leitura de: STACEY, Mary. **Disability: EU jurisprudence and the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities**. Disponível em: <http://www.era-comm.eu/oldoku/Adiskri/07_Disability/2012_June_stacey_EN.pdf>. Acesso em: 15 mai. 2017.; ÁNGEL MALO, Miguel; PAGÁN, Ricardo. Diferencias salariales y discapacidad en Europa: ¿discriminación o menor productividad? **Revista Internacional del Trabajo**, v. 131, n. 1-2, p. 47-66. Também, indica-se a *European Disability Forum* (<http://www.edf-feph.org/>) como uma boa fonte de dados acerca do assunto.

⁸⁹ OIT. **Convenção n. 159**. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/node/505>>. Acesso em: 15 mai. 2017.

⁹⁰ OIT. **Recomendação n. 168**. Disponível em: <<http://www.faders.rs.gov.br/legislacao/6/43>>. Acesso em: 15 mai. 2017.

Por sua relevância, cabe salientar a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência⁹¹, aplicada em 2006, que - conjuntamente com a Convenção n.º 159 e diversos instrumentos normativos internacionais, regionais e nacionais-, coadjuvou para facilitar e melhorar a vida e o estatuto das pessoas com deficiência. A Convenção das Nações Unidas passou a ter vigência 3 de maio de 2008 e vincula os países que a ratificaram.

Essa Convenção foi o tratado de direitos humanos negociado de forma mais célere até à data e, a partir da sua adoção, tem tido uma considerável difusão e apoio no plano mundial, o que se deve, em parte, à ampla participação de pessoas com deficiência e das organizações defensoras de seus direitos na sua elaboração. De mais a mais, a influência destas pessoas na Convenção verifica-se no número significativo de direitos substanciais, civis, políticos e socioeconômicos que assegura e também, nos próprios mecanismos de controle da sua adequada e satisfatória implantação⁹².

Apesar da existência de convenções internacionais que disponibilizassem e proporcionassem uma proteção considerável às pessoas com deficiência, a Convenção das Nações Unidas foi uma resposta ao fato de que o seu potencial não estava sendo aproveitado. As pessoas portadoras de deficiência permaneciam tendo os seus direitos fundamentais negligenciados ou negados e continuavam a ser marginalizadas em todo o mundo. Para tentar corrigir esta situação, a Convenção estabeleceu diversas obrigações para os Estados membros no sentido de desenvolver e proteger os direitos das pessoas com deficiência, o que é bem nítido logo em seu artigo 1.º.⁹³

A União Europeia assinou a Convenção em março de 2007, entrando em vigor em maio de 2008, e com a ratificação de Portugal em 2009. O referido instrumento internacional, além de proibir a discriminação, visa a imposição de adoção de medidas positivas que possibilitem a efetiva igualdade de oportunidades entre as pessoas

⁹¹ ONU. **Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência**. Disponível em: <<http://www.inr.pt/uploads/docs/direitosfundamentais/convencao/ConvTxtOfPort.pdf>>. Acesso em: 15 mai. 2017.

⁹² KAYESS, Rosemary; FRENCH, Philip. Out of darkness into Light? Introducing the Convention on the Rights of Persons with Disabilities. **Human Rights Law Review**. Oxford, v. 8, n. 1, jan. 2008, p. 1-2.

⁹³ GUBBELS, André. **The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities as a new tool for addressing Discrimination on grounds of Disability**. p. 3. Disponível em: <http://www.era-comm.eu/oldoku/Adiskri/07_Disability/2011_04_Gubbels_EN.pdf>. Acesso em: 16 mai. 2017.

portadoras de deficiência e os demais trabalhadores, especialmente no que diz respeito ao acesso ao emprego e à formação profissional, seja no setor público ou privado.

A União Europeia, no ano de 2010, legitimou a Convenção das Nações Unidas. Esta data constituiu um momento deveras significativo, tendo em vista que foi a primeira vez na história da União Europeia em que ela se tornou integrante de um tratado internacional de direitos humanos, sendo também a primeira vez que uma organização governamental e fez parte de um tratado das Nações Unidas sobre direitos humanos.

Pelo fato de ter ratificado esta Convenção, a União Europeia passou a fazer parte das bases do direito universal de igualdade, possuindo o dever de manter-se em atenção quanto a situações de discriminação.

A Constituição da República Portuguesa ordena expressamente ao Estado, desde a sua versão originária, nos artigos 59.º, n.º 2, alínea c), e 71.º, uma proteção especial dos cidadãos portadores de deficiência. No primeiro inciso, por meio da consagração de uma garantia especial do seu direito ao trabalho e, no segundo inciso legal, plasma o direito dos cidadãos portadores de deficiência gozarem exatamente dos mesmos direitos e estarem sujeitos aos mesmos deveres dos restantes cidadãos. Em conformidade com Gomes Canotilho e Vital Moreira⁹⁴, trata-se de um duplo direito positivo frente ao Estado, dado que a pessoa portadora de uma deficiência tem, de um lado, um direito ao tratamento e à reabilitação da sua deficiência e, em outro ponto de vista, um direito à proteção do Estado para a “efetiva realização dos seus direitos” de cidadãos, como, dentre outras coisas, o direito de voto, o direito à liberdade de deslocação, o direito ao ensino e o direito ao trabalho.

Conforme o art. 9.º, alínea d), também se admitem medidas de discriminação positiva, ao falar da necessidade do Estado promover “a igualdade real entre os portugueses”.

Por sua vez, a Lei n.º 37/2004, surgiu para consagrar o direito das associações de pessoas com deficiência de serem parte integrante do Conselho Económico e Social.

⁹⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**. v. 1, 4ª ed. rev. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 879-880.

No que tange ao Código do Trabalho, destacam-se os artigos 85.º e 86.º, que fazem recair, tanto sobre o Estado como sobre o empregador, obrigações no intuito de adotar medidas adequadas à promoção de acesso ao emprego, progressão na carreira e formação profissional de pessoas portadoras de deficiência ou que possuam uma doença crônica.

Destaque-se ainda a criação de um regime laboral específico para os trabalhadores portadores de deficiência, bem como a equiparação da doença crônica à deficiência para efeitos da legislação do trabalho, aconteceu com a vigência do Código do Trabalho de 2003.

Conforme Maria do Rosário Palma Ramalho⁹⁵, três finalidades fundamentais podem ser reconhecidas no regime destes trabalhadores. Primeiramente, o favorecimento do acesso ao emprego, por meio das medidas de incentivo ou imposição da respectiva contratação, bem como coadjuvantes da sua formação profissional; em segundo lugar, a garantia da igualdade de tratamento entre estes trabalhadores e os restantes; e por último, o apoio à “adaptação das condições de trabalho à situação destes trabalhadores”.

3.1 A PROTEÇÃO DOS TRABALHADORES PORTADORES DE DEFICIÊNCIA

O primeiro argumento fundamental para analisar-se a proteção do trabalhador portador de deficiência funda-se em compreender o que deve ser entendido por deficiência, ou seja, qual a esfera subjetiva presente na legislação já mencionada.

Há dificuldade quanto à noção de deficiência, por se tratar de um conceito abstrato cujo conteúdo e âmbito subjetivo sobre o qual se projeta está em frequente evolução⁹⁶. Ademais, a legislação europeia não apresenta recurso para este problema.

Não existe uma definição de deficiência no Tratado da União Europeia, assim como na aludida Diretiva⁹⁷; da mesma maneira, ocorre com a Carta dos Direitos

⁹⁵ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Tratado de direito do trabalho**. Parte II – Situações Laborais Individuais. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2012. p. 351-352.

⁹⁶ VALDÉS ALONSO, Alberto. **Despido y protección social del enfermo bipolar**: una contribución al estudio del impacto de la enfermedad mental em la relación de trabajo. Madrid: Editorial Reus, 2009. p. 62-63.

Fundamentais da União Europeia, criando uma enorme amplitude aos Estados membros que aplicam diferentes noções. Entretanto, deve-se atender ao estipulado na Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, a qual, no seu artigo 1.º, dispõe que:

As pessoas com deficiência incluem aqueles que têm incapacidades duradouras físicas, mentais, intelectuais ou sensoriais, que, em interação com várias barreiras podem impedir a sua plena e efectiva participação na sociedade em condições de igualdade com os outros⁹⁸.

O artigo acima deve ser lido em companhia de algumas disposições do preâmbulo, principalmente as alíneas e) - a qual estabelece que: “Reconhecendo que a deficiência é um conceito em evolução e que a deficiência resulta da interação entre pessoas com incapacidades e barreiras que impedem a sua participação plena e efetiva na sociedade em condições de igualdade com as outras pessoas”-, e com a alínea i), que dispõe: “Reconhecendo ainda a diversidade de pessoas com deficiência”⁹⁹.

No prosseguimento das noções anteriormente expostas e obedecendo aos parâmetros internacionais, o artigo 2.º da Lei n.º 38/2004, que estatui as bases gerais do regime jurídico da prevenção, habilitação, reabilitação e participação da pessoa com deficiência, reconhece como pessoa portadora de deficiência aquela que:

(...) por motivo de perda ou anomalia, congênita ou adquirida, de funções ou de estruturas do corpo, incluindo as funções psicológicas, apresente dificuldades específicas suscetíveis de, em conjugação com os fatores do meio, lhe limitar ou dificultar a atividade e a participação em condições de igualdade com as demais pessoas¹⁰⁰.

⁹⁷ A Diretiva protege contra a discriminação em razão da deficiência e prescreve o dever de “os Estados membros estabelecerem adaptações razoáveis para as pessoas portadoras de uma deficiência no artigo 5º, mas não oferece qualquer conceito de deficiência. Os beneficiários das normas que protegem contra a discriminação” em razão da deficiência não estão especificados nem limitados e é deixada aos estados membros a possibilidade de decidirem adotar uma definição deva ser para maiores desenvolvimentos. Cf. WADDINGTON, Lisa; LAWSON, Anna. **Disability and non-discrimination law in the European Union: an analysis of disability discrimination law within and beyond the employment field**, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2009. p. 5.

⁹⁸ ONU. **Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência**. Disponível em: <<http://www.inr.pt/uploads/docs/direitosfundamentais/convencao/ConvTxtOfPort.pdf>>. Acesso em: 15 mai. 2017.

⁹⁹ ONU. **Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência**. Disponível em: <<http://www.inr.pt/uploads/docs/direitosfundamentais/convencao/ConvTxtOfPort.pdf>>. Acesso em: 15 mai. 2017.

¹⁰⁰ No ordenamento jurídico norte-americano, tem-se o *American Disabilities Act*, de 1990. Em sua definição de deficiência prevista na secção 12102, pode retirar-se que tem de existir uma limitação de funções da pessoa e que se prolongue no tempo (mais de 6 meses).

Porém, no campo do Código do Trabalho, inexistiu qualquer progresso ou adaptação deste conceito à realidade laboral. Logo, não obstante o referido Código fazer inclusão de um regime nomeadamente aplicável aos obreiros com deficiência ou doença crônica, nos artigos 85.º e seguintes, nada define quanto à integração destas noções. Logo, a esfera subjetiva destes inúmeros regimes laborais será estabelecida em Portugal pela qualificação realizada pelo artigo 2.º da Lei n.º 38/2004, sempre que puder ser aplicável a um indivíduo que preste a sua atividade a outro em regime de subordinação jurídica.

Catarina Carvalho¹⁰¹ adverte que tal entendimento não colmata completamente a lacuna, pois tal preceito refere-se, apenas, às pessoas portadoras de deficiência, e não aos casos de doença crônica ou capacidade de trabalho reduzida, tutelados também no Código do Trabalho.

Nessa esfera, existe ainda alguma justaposição entre a categoria de trabalhador portador de deficiência, ou de doença crônica, e a de trabalhador com sua capacidade de trabalho reduzida em virtude da utilização de critérios distintos de avaliação. A categoria de trabalhador portador de deficiência ou de doença crônica funda-se na razão geradora de incapacidade, ao mesmo momento que a noção de trabalhador com capacidade de trabalho minorada salienta o efeito da incapacidade.

3.1.1. A proteção da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência

A Assembleia Geral das Nações Unidas, em 13 de dezembro de 2006, elegeu a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu protocolo adicional. Esta convenção foi o primeiro tratado das Nações Unidas acerca dos direitos humanos no Século XXI e é conhecida por ter sido negociada de forma muito célere. No que diz respeito à comunidade internacional, foi muito bem recebida, tendo em vista que 81 (oitenta e um) Estados e, inclusive, própria a União Europeia o assinaram na cerimônia de cobertura em 30 de março de 2007; sendo que também 44 (quarenta e quatro) Estados sobrescreveram o protocolo adicional¹⁰².

¹⁰¹ CARVALHO, Catarina de Oliveira. op. cit. p. 5.

¹⁰² Dados que podem ser verificados em KAYESS, Rosemary; FRENCH, Philip. op. cit. p. 1-2.

Ao entrar em vigor esta Convenção, foi constituído o marco inicial, para muitos, de uma nova era referente aos esforços para obter o que se estabelece no artigo 1.º, ou seja, para “promover, proteger e garantir o gozo pleno e igual de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade”.

Evidencia-se, inclusive, a mudança operada na visão acerca da deficiência que passa, tal como já foi mencionado anteriormente, para uma perspectiva social onde se faz a defesa no sentido de que as condições sociais, econômica, políticas, legais e ambientais, que operam como barreiras para o pleno exercício dos direitos dos indivíduos portadores de deficiência, devem ser reconhecidas e superadas. Deste modo, por exemplo, a falta de transporte para o local de trabalho pode acarretar a exclusão destas pessoas do mercado de trabalho¹⁰³. No mesmo sentido, atitudes negativas de empregadores ou de colegas de trabalho, que imaginam que uma pessoa portadora de uma deficiência não tenha capacidade para trabalhar.

A Convenção das Nações Unidas e seu protocolo adicional constituem um símbolo deveras importante na defesa dos direitos das pessoas portadoras de deficiência, tendo em vista que modificaram profundamente o modo de entender a deficiência. Na Convenção, o foco deixa de fundar-se no que se apresenta de forma incorreta (na pessoa ou qual o defeito da mesma), para a deficiência passar a ser vista como uma forma de patologia da sociedade, em consequência da sua falha na inclusão e na adaptação das diversas diferenças individuais.

A formulação desta Convenção vem sendo entendida como um parâmetro na luta pela consagração dos direitos fundamentais das pessoas portadoras de deficiência, empregando uma alteração de paradigma em diversos níveis, inclusivamente ao nível da participação na sua realização. Na realidade, seja a sua formulação, seja a sua implementação, vem sendo realizada com a intervenção de entidades tanto governamentais como não governamentais, estabelecendo-se uma frequente parceria entre as Nações Unidas e as pessoas portadoras de deficiência, fundamentada no princípio nada sobre nós sem nós.

¹⁰³ Referente à essa questão, verificar o princípio da adaptação razoável previsto no art. 5.º da Diretiva 2000/78/CE e no art. 86.º do Código do Trabalho.

A Convenção das Nações Unidas obteve bastante mérito quando as pessoas portadoras de deficiência finalmente começaram a trabalhar com direitos e tiveram participação efetiva nos assuntos nacionais e internacionais, num posicionamento igualitário com o restante dos cidadãos. Assentindo a dignidade devida às pessoas portadoras de deficiência, a Convenção reconhece-as como membros ativos da sociedade, com aptidão para exercerem escolhas pessoais acerca da forma como almejam viver as suas vidas, e solicita aos Estados encorajarem a habilitação das sociedades para lidar com as indagações referentes à deficiência, fundamentando-se no respeito devido pela dignidade e no reconhecimento efetivo dos direitos das pessoas.

A dignidade humana e a igualdade de direitos e garantias de todas as pessoas são reconhecidas pela referida Convenção das Nações Unidas, independentemente da sua condição física ou intelectual, apresentando os indivíduos portadores de uma deficiência como capazes de participar de maneira ativa na sociedade em vários níveis, incluindo o laboral, e conferindo a eles o poder de decisão, liberdade e autonomia de ação.

Na verdade, os inúmeros instrumentos internacionais que antecederam a aludida Convenção das Nações Unidas reconheciam muitos direitos fundamentais para todas as pessoas sem fazer qualquer distinção, o que, obviamente, englobava os indivíduos portadores de deficiência. Entretanto, mesmo com a sua existência e o seu potencial para proporcionar e proteger os direitos humanos das pessoas, o seu potencial não tinha sido explorado¹⁰⁴ nem concretizado.

A Convenção encerra um extenso caminho percorrido pelas pessoas com deficiência e as suas organizações representativas, passando a enxergar a deficiência com absoluto reconhecimento como uma questão de direitos humanos, o que se refletiu fortemente no ano de 1981, com o Ano Internacional das Pessoas com Deficiência e o seu Programa desse ano, como possibilidade de instituir-se uma estratégia de prevenção frente a esta problemática.

No ano posterior, foi declarada a Década das Nações Unidas para as Pessoas com Deficiência cujo lema era a participação e a igualdade.

¹⁰⁴ MÉGRET, Frédéric. The Disabilities Convention: Human Rights of Persons with Disabilities or Disability Rights? **Human Rights Quarterly**, v. 30, 2008. p. 498.

Em 1993, no prosseguimento da experiência obtida com a Década das Nações Unidas para as pessoas com deficiência, uma nova tática surgiu por parte da Assembleia Geral da ONU, por meio da adoção das Normas sobre Igualdade de Oportunidades para Pessoas com Deficiência, onde apareceram disposições elencadas como fundamentais no âmbito da deficiência no domínio da educação, da assistência médica, do emprego, de serviços de apoio, de planejamento, gestão e avaliação de programas, bem como a própria cooperação internacional entre os Estados.

No século passado, a década de 90 foi, sem sombra de dúvida, uma época de muita relevância, no que se refere ao surgimento de normativos internacionais designados às pessoas portadoras de deficiência. Contudo, independentemente da crescente visibilidade da temática, as pessoas portadoras de deficiência permaneciam sendo discriminadas e tendo os seus direitos mais básicos negados.

Ao final da década de 90, houve um impulso crescente com o intuito de criar um tratado internacional, fruto da intervenção da sociedade civil, liderada pelo Movimento Internacional da Deficiência, sendo este vinculativo para os seus subscritores. O referido tratado deveria delimitar as obrigações dos Estados na promoção e proteção dos direitos das pessoas portadoras de deficiência¹⁰⁵.

A Convenção das Nações Unidas foi resultado deste trabalho, integrando o tratado internacional mais recente, especializado e compreensivo acerca dos direitos humanos das pessoas portadoras de deficiência, detalhando as obrigações dos Estados quanto ao seu respeito e cumprimento, especificando e identificando as adaptações necessárias para que pessoas com deficiência pudessem gozar plena e efetivamente seus direitos.

Convém ressaltar que a apontada Convenção não gerou novos direitos; limitando-se apenas a codificar os já existentes. Esse intuito, funda-se nos modelos anteriormente já existentes de Direitos Humanos, como é o caso da DUDH, do PIDCP, da CEDH. Dessa forma, firma na ideia do respeito pela dignidade pertinente a cada ser humano, na autonomia individual e na independência; na participação total e plena na sociedade; na não discriminação; na igualdade de oportunidades; no respeito pela

¹⁰⁵ LANG, Raymond. The United Nations convention on the right and dignities for persons with disability: a panacea for ending disability discrimination? **ALTER. European Journal of Disability Research**, n. 3, 2009. p. 266-285.

diferença; na aceitação das pessoas com deficiência como parte integrante da diversidade humana; e na acessibilidade.

Conjuntamente com outras convenções internacionais, esta chama a atenção para as condições de vida de um grupo específico de pessoas, no que tange aos seus direitos, dividindo-se em 3 partes: a parte geral, dos arts. 1.º ao 9.º (não obstante os arts. 5.º e 9.º já consagrem direitos substantivos); direitos substantivos, que ocupam os arts. 10.º a 30.º; e a sua implementação e a monitorização – arts. 31.º a 50.º, para além do Protocolo Adicional.

Logo no preâmbulo desta Convenção, verifica-se o acolhimento da ideia do modelo biopsicossocial, tal como se pode ler na alínea e):

Reconhecendo que a deficiência é um conceito em evolução e que a deficiência resulta da interação entre pessoas com incapacidades e barreiras comportamentais e ambientais que impedem a sua participação plena e efetiva na sociedade em condições de igualdade com outras pessoas¹⁰⁶.

O mesmo acontece com o artigo 1.º, ao determinar que:

As pessoas com deficiência incluem aqueles que têm incapacidade duradouras físicas, mentais, intelectuais ou sensoriais, que em interação com várias barreiras podem impedir a sua plena e efetiva participação na sociedade em condições de igualdade com os outros¹⁰⁷.

Não se pode deixar de sublinhar que a referida Convenção planeia reforçar a ideia de unificação e de indivisibilidade do tratamento. Com efeito, logo no preâmbulo, alíneas c) e y), estabelece-se que “Reafirmando a universalidade, indivisibilidade, interdependência e correlação de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais e a necessidade de garantir às pessoas com deficiências o seu pleno gozo sem serem alvo de discriminação” e diz:

¹⁰⁶ ONU. **Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência**. Disponível em: <<http://www.inr.pt/uploads/docs/direitosfundamentais/convencao/ConvTxtOfPort.pdf>>. Acesso em: 15 mai. 2017.

¹⁰⁷ ONU. **Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência**. Disponível em: <<http://www.inr.pt/uploads/docs/direitosfundamentais/convencao/ConvTxtOfPort.pdf>>. Acesso em: 15 mai. 2017.

Convictos que uma convenção internacional abrangente e integral para promover e proteger os direitos e dignidade das pessoas com deficiência irá dar um significativo contributo para voltar a abordar a profunda desvantagem social das pessoas com deficiência e promover a sua participação nas esferas civil, política, económica, social e cultural, com oportunidades iguais, tanto nos países em desenvolvimento como nos desenvolvidos¹⁰⁸.

Entretanto, conserva a divisão de que algumas categorias de direitos possuem uma aplicação imediata, ao mesmo momento em que outros devem se sujeitar a uma progressiva implementação, conforme dispõe o artigo 4.º, n.º 2

No que respeita aos direitos económicos, sociais e culturais, cada Estado Parte compromete-se em tomar medidas para maximizar os seus recursos disponíveis e sempre que necessário, dentro do quadro da cooperação internacional, com vista a alcançar progressivamente o pleno exercício desses direitos, sem prejuízo das obrigações previstas na presente Convenção que são imediatamente aplicáveis de acordo com o direito internacional¹⁰⁹.

A Convenção é baseada em uma ideia de igualdade substancial e não exclusivamente formal, levando em consideração o princípio da igualdade e da não-discriminação considerado nos artigos 1.º e 3.º. Cumpre atentar que, alguns esforços precedentes não alcançaram o sucesso necessário, segundo se pode compreender da própria leitura da alínea k), do Preâmbulo, ao mencionar que “(...) apesar destes vários instrumentos e esforços, as pessoas com deficiência continuam a deparar-se com barreiras na sua participação enquanto membros iguais da sociedade e violações dos seus direitos humanos em todas as partes do mundo¹¹⁰”.

A Convenção segue uma noção ampla de discriminação, como se vê em seu art. 2.º:

¹⁰⁸ ONU. **Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência**. Disponível em: <<http://www.inr.pt/uploads/docs/direitosfundamentais/convencao/ConvTxtOfPort.pdf>>. Acesso em: 15 mai. 2017.

¹⁰⁹ ONU. **Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência**. Disponível em: <<http://www.inr.pt/uploads/docs/direitosfundamentais/convencao/ConvTxtOfPort.pdf>>. Acesso em: 15 mai. 2017.

¹¹⁰ ONU. **Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência**. Disponível em: <<http://www.inr.pt/uploads/docs/direitosfundamentais/convencao/ConvTxtOfPort.pdf>>. Acesso em: 15 mai. 2017.

Discriminação com base na deficiência, designa qualquer distinção, exclusão ou restrição com base na deficiência que tenha como objetivo ou efeito impedir ou anular o reconhecimento, o gozo ou exercício, em condições de igualdade com os outros, de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais no campo político, económico, social, cultural, civil ou de qualquer outra natureza. Inclui todas as formas de discriminação, incluindo a negação de adaptações razoáveis. (...) ¹¹¹.

Desse modo, encarrega os Estados membros de autorizarem medidas que concedam adaptações razoáveis às pessoas com deficiência nos moldes do artigo 5.º, n.º 3, bem como ratificando no n.º 4 deste artigo, que os parâmetros específicos necessários para acelerar ou atingir a igualdade de fato das pessoas portadoras de deficiência não serão reputados como discriminação.

3.1.2. A proteção do Direito Europeu do Trabalho

Há algum tempo, a maior parte dos ordenamentos jurídicos europeus já determinou proteção específica para os indivíduos portadores de deficiência, não obstante a legislação se fundamentasse, por diversas vezes, ainda em um paternalismo de fundo que presumia uma diversidade e separação insuperáveis. Entretanto, pouco tempo atrás, deu-se início a uma defesa no que diz respeito a uma nova visão, fruto do próprio Direito da União Europeia que vislumbrou uma nova perspectiva da pessoa portadora de deficiência e deu origem àquilo que alguns chamam de *o novo direito antidiscriminatório*.¹¹²

Entretanto, é de grande importância salientar que, tanto o Direito da União Europeia quanto o Direito Internacional não conferiram novos direitos às pessoas portadoras de deficiência. Na realidade, a verdadeira inovação consistiu no fato de considerarem esta questão não relacionada com o sistema de previdência ou de segurança social, mas como um assunto de direitos humanos e de participação na vida da comunidade; ou seja, como uma questão de justiça social, alargando o significado da

¹¹¹ ONU. **Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência**. Disponível em: <<http://www.inr.pt/uploads/docs/direitosfundamentais/convencao/ConvTxtOfPort.pdf>>. Acesso em: 15 mai. 2017.

¹¹² BARBERA, Marzia. op. cit. p. 79.

tutela antidiscriminatória e estabelecendo comportamentos ativos que alterem o estado atual das coisas.

Dessa forma, no patamar do Direito da União Europeia, o artigo 19.º do TFUE habilita a União Europeia a legitimar medidas apropriadas, dentro dos limites das suas competências, no combate à discriminação e ao motivo da deficiência.

Entretanto, a então Comunidade Europeia já tinha estabelecido a implementação de políticas de tutela da deficiência desde a década de 70, mesmo que só tivesse legitimidade para tratar exclusivamente de situações de discriminação em virtude da deficiência a partir de 1999, com a vigência do Tratado de Amsterdã.

Na Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores, também, pode deparar-se com o reconhecimento da importância de combater a discriminação independentemente da maneira que ela se apresenta, incluindo a necessidade de admitir providências fundamentais para a integração social e econômica das pessoas portadoras de deficiência.

O artigo 13.º do Tratado de Amsterdã foi empregado para a adoção da Diretiva 2000/78/CE que determina um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na atividade profissional e que veda a discriminação em virtude da deficiência, tendo fornecido um impacto bastante positivo no que concerne à proteção das vítimas de discriminação nos Estados membros.

Esta Diretiva foi a segunda a ser admitida com fulcro no artigo 13.º do TCE, tendo por finalidade não só a vedação da discriminação em função da deficiência, como também as baseadas na religião, na crença, na idade e na orientação sexual¹¹³.

Conforme o previsto nas demais diretivas acerca da discriminação, a Diretiva supracitada não delimita uma definição de deficiência, o que não tem deixado de colocar alguns questionamentos aos tribunais nacionais de diversos Estados membros, que têm sido chamados a considerar as transposições nacionais, o que deu origem a alguns casos jurisprudenciais do TJUE, a título de pedido de reenvio prejudicial.

E, se de um lado poderá se perceber esta inexistência pelo fato de ser muito difícil adquirir uma definição, é certo que existe diversidade por vários Estados

¹¹³ LAURENT, Sylvain. Discrimination, le plan d'action européen en faveur des personnes handicapées. **Droit social**, Librairie technique et économique, n. 5, 2008. p. 586 e ss.

membros relativamente ao que deve ser subsumido a este conceito, tendo, provavelmente, sido melhor seguir o exemplo do ordenamento jurídico norte-americano que, no *American Disabilities Act*, Secção 12211, determinou que não poderiam ser consagradas deficiências algumas incapacidades que, não obstante poderem, por vezes, ser designadas por deficiências mentais, não poderiam ter cobertura legal como, dentre outras coisas, a pedofilia, o *voyeurismo*, a piromania e cleptomania.

A Diretiva 2000/78/CE determina também um dever dirigido aos empregadores, no que tange à realização de adaptações razoáveis nos moldes do artigo 5.º, o qual estabelece que:

Para garantir o respeito do princípio da igualdade de tratamento relativamente às pessoas deficientes, são previstas adaptações razoáveis. Isto quer dizer que a entidade patronal toma, para o efeito, as medidas adequadas, em função das necessidades numa situação concreta, para que uma pessoa deficiente tenha acesso a um emprego, o possa exercer ou nele progredir, ou para que lhe seja ministrada formação, exceto se essas medidas implicarem encargos desproporcionados para a entidade patronal. Os encargos não são considerados desproporcionados quando forem suficientemente compensados por medidas previstas pela política do Estado –Membro em causa da matéria de pessoas deficientes¹¹⁴.

O Conselho da União Europeia adotou, ainda, a Decisão 2010/48/CE, de 26 de novembro de 2009¹¹⁵, referente à celebração, pela Comunidade Europeia, da CNU sobre Direito das Pessoas com Deficiência.

Nesta decisão, a União Europeia, depois de ter compreendido no Considerando n.º 7 que “tanto a Comunidade como seus Estados-Membros têm competência nos domínios abrangidos pela Convenção da ONU”, tendo-se, por consequência, tornado contratantes nessa Convenção, admitiu-a em bloco “em nome da Comunidade”, fazendo uma ressalva, somente relativa ao art. 27.º, n.º 1.º, no que diz respeito às forças armadas.

A ratificação desta Convenção acarreta em todas as instituições da União Europeia, abrangendo a Comissão Europeia e o TJUE, a atenção aos princípios relativos ao desenvolvimento, implementação e interpretação do Direito da União Europeia.

¹¹⁴ UNIÃO EUROPEIA. **Diretiva 2000/78/CE**. Disponível em: <<http://cite.gov.pt/imgs/directivas/Directiva%202000-78.pdf>>. Acesso em: 20 mai. 2017.

¹¹⁵ UNIÃO EUROPEIA. **Decisão 2010/48/CE**. 26 nov. 2009. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2010.023.01.0035.01.POR&toc=OJ:L:2010:023:TOC>. Acesso em: 23 mai. 2017.

Ademais, a Convenção também é relevante na interpretação de direitos consagrados na CDFUE e que imprime importância às pessoas portadoras de deficiência, como o direito à integridade do ser humano, do artigo 3.º, a proibição de tortura e de tratos ou penas desumanas ou degradantes, nos termos do artigo 4.º, o direito ao respeito pela vida privada e familiar visto no art. 7.º, o direito à não discriminação, do art. 22.º, bem como a artigo 26.º que trata da integração de pessoas com deficiência na sociedade.

Percebe-se, desta maneira, que o intento prioritário dos Estados membros é o de realizar a igualdade das pessoas portadoras de deficiência no campo laboral, por meio da combinação dos princípios de tutela antidiscriminatória e de medidas positivas diretas que aspiram garantir igualdade de oportunidades no emprego e no mercado de trabalho.

3.1.3. A proteção no Direito Português

Conforme já referido, no âmbito da legislação nacional, o Código do Trabalho garante proteção não somente ao que se refere ao trabalhador portador de deficiência ou doença crônica, como também relativamente ao trabalhador com capacidade de trabalho reduzida, nos termos dos artigos 84.º e seguintes.

Os indivíduos portadores de deficiência, doença crônica ou capacidade de trabalho reduzida estão protegidos contra qualquer forma de discriminação com amparo no artigo 24.º, n.º 1, do CT, consagrando inúmeras disposições de caráter geral sobre a igualdade e não discriminação. O referido artigo dispõe que:

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 capacidade de trabalho reduzida, deficiência, doença crônica (...) devendo o Estado promover a igualdade de acesso a tais direitos¹¹⁶.

¹¹⁶ PORTUGAL. **Código do Trabalho.** Disponível em: <http://cite.gov.pt/pt/legis/CodTrab_LR1_002.html#L002S4>. Acesso em: 20 mai. 2017.

O legislador nacional trasladou nesta parte da Diretiva e reconheceu a vedação, seja da discriminação direta, seja da discriminação indireta.

Entretanto, a vedação da discriminação é mitigada diante do conteúdo do artigo 25.º, n.º 2, do Código do Trabalho, que permite determinadas disposições, critérios ou práticas distintivas fundadas na capacidade de trabalho minorada, deficiência ou doença crônica, contanto que satisfaçam os pressupostos previstos no mesmo. Deste modo, não irá existir discriminação na distinção de tratamento, se transcorrer da natureza da atividade profissional em comento ou do contexto em que a mesma é exercida; que a característica diferenciadora seja decretória e justificável para o exercício da atividade; que o objetivo seja legítimo; e que seja respeitado o princípio da proporcionalidade, ainda que não se possa olvidar das regras referentes à repartição do ônus da prova, previstas no artigo 25.º, n.º 5 do Código do Trabalho.

Além das regras previstas no Código do Trabalho, em tema de vedação de discriminação, existe a Lei n.º 46/2006¹¹⁷, que tem como objetivo proibir e punir a discriminação em virtude da deficiência e da existência de risco agravado de saúde, cuja aplicação não se emprega ao contexto laboral.

Sobre políticas ativas de mercado de trabalho para a integração de pessoas portadoras de deficiência, doença crônica ou capacidade de trabalho reduzida, não só existe um sistema de quotas com o objetivo de tentar dinamizar a contratação de pessoas portadoras de deficiência, como também existem mecanismos que almejam a sua tutela e a promoção da sua empregabilidade, podendo fazer referência a inúmeros programas e tipos de emprego, dentre outras possibilidades, e que vão, desde apoios económicos a custos salariais mais diminutos, a apoios para os empregadores poderem atribuir o local de trabalho de maior acessibilidade.

Desse jeito, a contratação de pessoas portadoras de deficiência é encorajada por meio de incentivos financeiros introduzidos pelo governo. Os apoios podem ser disponibilizados tanto para a própria contratação de pessoas com deficiência, como para a execução ou implementação de ajudas técnicas no intuito de que a empregabilidade seja possível.

¹¹⁷ PORTUGAL. **Lei n.º 46/2006**. Disponível em: <http://www.inr.pt/bibliopac/diplomas/lei_46_2006.htm>. Acesso em: 24 mai. 2017.

Por outra perspectiva, as empresas podem auferir subsídios com o objetivo de compensar decréscimos da produtividade de trabalhadores com deficiência, comparativamente aos demais trabalhadores. Decorrem vantagens consideráveis, de todas estas medidas financeiras, para as empresas que contratam e conservam ao seu serviço esses trabalhadores.

A tutela proporcionada se inicia anteriormente à inserção no mercado de trabalho por meio de políticas ativas de formação e qualificação profissional, da mesma maneira que se pode ler no Capítulo II, intitulado “Apoio à qualificação”, do Programa de Emprego e Apoio à Qualificação das Pessoas com deficiência e Incapacidades, previsto no DL 290/2009¹¹⁸.

Bem como determinado em seu artigo 1.º, este programa tem por desígnio, apoiar medidas de apoio à qualificação, de apoio à integração, manutenção e reintegração no mercado de trabalho, de emprego protegido e de prêmio de mérito.

Na primeira fase, podem ser ressaltadas as ações de formação inicial e contínua direcionadas às pessoas com deficiências e incapacidades, empregadas ou não, e que detenham apoio financeiro. Para alcançar a meta desta medida, a legislação prevê apoio financeiro aos empregadores, no que diz respeito às ações de formação contínua realizada para os seus trabalhadores com deficiência ou incapacidades, e que engloba, desde já, as despesas correlacionadas com a adaptação do posto de formação, à aquisição de recursos pedagógicos do mesmo modo que os didáticos e, se necessário, a disponibilização de serviços especializados, de forma a permitir o acesso e a frequência da formação.

Nos artigos 15.º e seguintes deste diploma legal, legitimam-se ainda outras medidas que objetivam, também, por meio de apoios à integração, manutenção e reintegração no mercado de trabalho, a sua integração vocacional no referido mercado. É o caso de inúmeras modalidades respeitantes à informação, à avaliação e à orientação para qualificação e emprego, ao apoio à colocação, ao acompanhamento posteriormente à colocação, à própria adaptação de postos de trabalho, bem como à eliminação das “barreiras arquitetônicas” e a isenção e redução de contribuições para a segurança

¹¹⁸ PORTUGAL. DL 290/2009. Disponível em: <<https://dre.pt/pesquisa/-/search/491685/details/normal?l=1>>. Acesso em: 24 mai. 2017.

social; sendo importante destacar, nos moldes dos artigos 28.º e seguintes, que os apoios financeiros existem tanto para as pessoas com deficiências e incapacidades beneficiárias deste regime, como também para os centros de recurso.

As políticas ativas do mercado de trabalho empregam a existência de tutela também nas próprias fases de contratação e execução do contrato de trabalho, por meio da existência do emprego apoiado, mencionados nos artigos 38.º e seguintes do DL 290/2009.

Incluindo-se o desenvolvimento de atividades em contexto laboral, vale destacar que o emprego apoiado, nos moldes do artigo 38.º, n.º 1, consiste no:

(...) exercício de uma actividade profissional ou socialmente útil com enquadramento adequado e com possibilidade de atribuição de apoios especiais por parte do Estado, que visa permitir às pessoas com deficiências e incapacidades o desenvolvimento de competências pessoais e profissionais que facilitem a sua transição, quando possível, para o regime normal de trabalho¹¹⁹.

Na esfera do emprego apoiado, existem quatro modalidades com uma extensão maior do que as de emprego anteriormente consideradas. São elas: o estágio de inserção para pessoas com deficiências ou incapacidades; contrato emprego-inserção para estas pessoas; centro de emprego protegido; e contrato de emprego apoiado em entidades empregadoras.

Os estágios de inserção, segundo os artigos 40.º e 41.º, objetivam aperfeiçoamento e complementação das competências de pessoas portadoras de deficiências e incapacidades, bem como potenciar o seu desempenho profissional, de maneira a tornar mais fácil o seu recrutamento e integração no mercado de trabalho por meio de formação prática em contexto laboral.

Os contratos emprego-inserção, conforme disposto nos artigos 42.º a 44.º, possuem um alcance menos específico e objetivam proporcionar e apoiar a transição para o mercado de trabalho, mediante a participação das pessoas portadoras de deficiências e incapacidades em atividades socialmente úteis, longe da esfera laboral, com o intuito de reforçar as suas competências relacionais e pessoais, dar mais valor à

¹¹⁹ PORTUGAL. **DL 290/2009**. Disponível em: <<https://dre.pt/pesquisa/-/search/491685/details/normal?l=1>>. Acesso em: 24 mai. 2017.

autoestima, assim como estimular hábitos de trabalho, “enquanto não tiver oportunidade de trabalho por conta própria ou de outrem ou de formação profissional, de forma a promover e apoiar a sua transição para o mercado de trabalho”¹²⁰.

Estão sujeitos à tutela do Instituto do Emprego e Formação Profissional os centros de emprego protegidos, mesmo que suas organizações sejam pautadas em moldes empresariais comuns. Nesse sentido, veja-se o disposto o artigo 45.º do DL 290/2009, assim dispõe:

Considera-se centro de emprego protegido a estrutura produtiva dos sectores primário, secundário ou terciário com personalidade jurídica própria ou a estrutura de pessoa colectiva de direito público ou privado, dotada de autonomia administrativa e financeira, que visa proporcionar às pessoas com deficiências e incapacidades e capacidade de trabalho reduzida o exercício de uma actividade profissional e o desenvolvimento de competências pessoais, sociais e profissionais necessárias à sua integração em regime normal de trabalho¹²¹.

Os destinatários desta medida são as pessoas portadoras de deficiências e incapacidades, inscritas nos Centros de Empregos, com capacidade de trabalho não inferior a 30% (trinta por cento) nem maior que 75% (setenta e cinco por cento) da capacidade normal de trabalho de um trabalhador que não apresente deficiência nos mesmos cargos profissionais, sendo o coeficiente de capacidade para o trabalho, para efeitos de integração no regime de emprego apoiado, definido pelo Instituto do Emprego e Formação Profissional.

O trabalho em regime de contrato de emprego apoiado é realizado em postos de trabalho integrados em uma organização produtiva ou de prestação de serviços das empresas, sob condições especiais, notadamente sob a forma de enclaves. Cada entidade empregadora pode gerar um ou mais postos de trabalho em regime de emprego apoiado.

Podemos fazer referência, ainda, ao fato de existir um prêmio de mérito, nos moldes dos artigos 78.º a 81.º do DL 290/2009, que almeja premiar as pessoas portadoras de deficiências e incapacidades que, a cada ano, destaquem-se na criação do

¹²⁰ A determinação do tipo de atividades em comento é realizada pela Portaria n. 128/2009, de 30 de janeiro, republicada pela Portaria n. 164/2011, de 18 de abril.

¹²¹ PORTUGAL. **DL 290/2009**. Disponível em: <<https://dre.pt/pesquisa/-/search/491685/details/normal?l=1>>. Acesso em: 24 mai. 2017.

seu próprio emprego, assim como as entidades empregadoras que se diferenciam na integração profissional das pessoas com deficiências e incapacidades.

Tem-se ainda no Código do Trabalho, a proteção determinada nos artigos 84.º a 88.º, valendo destacar, mormente, os artigos 87.º e 88.º.

O artigo 87.º desobriga certas formas de organização do tempo de trabalho do trabalhador com deficiência ou doença crônica, devendo ser relacionado com os artigos 204.º a 207.º (sobre a adaptabilidade), 208.º (relativo ao banco de horas) e 209.º (referente ao horário concentrado), do mesmo modo que o próprio trabalho noturno, mencionado nos artigos 223.º a 225.º. Por sua vez, o artigo 88.º dispensa os trabalhadores com deficiência ou doença crônica de prestarem trabalho suplementar.

O DL 299/86, de 19 de setembro (alterado pelo DL 125/91 de 21 de março), determinou incentivos às entidades empregadoras, por meio de desagravamento contributivo para a Segurança Social, como uma maneira de facilitar a integração de pessoas portadoras de deficiência no trabalho.

Dessa forma, as entidades empregadoras que contratem por tempo indeterminado uma pessoa deficiente (desde que apresentem aptidão para o trabalho inferior a 80% - oitenta por cento - da capacidade normal exigida a um trabalhador que não seja deficiente no desempenho das mesmas funções) adquirem direito a descontar menos para a Segurança Social por esse trabalhador; isto é, possuem direito a uma redução da taxa contributiva, passando a pagar 12,5% (doze e meio por cento) sobre as remunerações do trabalhador.

A entidade empregadora, para adquirir o direito à redução da taxa contributiva, deve cumprir as seguintes condições: a) ter os pagamentos de contribuições à Segurança Social em dia; b) celebrar um contrato de trabalho por tempo indeterminado com um trabalhador deficiente.

3.2 A ADAPTAÇÃO RAZOÁVEL

O direito à adaptação razoável está correlacionado com a natureza especial da legislação antidiscriminatória em virtude da deficiência, tendo em vista que esta é

distinta das outras maneiras de vedação de discriminação como sexo ou raça. Na realidade, estas últimas são fundadas, em sua maioria, na ideia de uma igualdade formal ou tradicional de que todos os indivíduos devem ser tratados de maneira igual, independente de etnia, orientação sexual, gênero ou religião.

No âmbito da deficiência, alguma coisa nova e diferente é preciso para que permita à pessoa portadora de deficiência participar com maior efetividade na sociedade. Desse jeito, a ideia de direitos assimétricos ou ajustamentos para os indivíduos portadores de deficiência é aceita, ainda que as outras pessoas não os tenham, sendo esta a divergência entre igualdade formal e igualdade substancial.

O foco da legislação é o de impugnar toda e qualquer forma de discriminação, que se traduz em divergências ilícitas e na exclusão social, em especial as que fazem referência às pessoas consideradas particularmente débeis, como é a condição das pessoas idosas e das pessoas com deficiência.

A concepção de adaptação razoável principiou como resultado frente às barreiras criadas pelo ambiente físico e social que davam origem à impossibilidade de as pessoas portadoras de deficiência poderem desenvolver uma atividade de forma convencional. Em contrapartida, baseia-se ainda na ideia de que a aplicação de uma aproximação meramente formal à vedação e não discriminação não será muito útil para ajudar essas pessoas, admitindo que se tratar-se de forma igual uma pessoa portadora de deficiência em relação a outra que não o é, irá se verificar uma situação de fato de desigualdade.

Cabe ressaltar que, nestes casos, essa compreensão é fundamental e objetiva assegurar a igualdade e não reparar desigualdades ou acelerar a igualdade. A intenção de garantir este dever de criar adaptações razoáveis não é o de providenciar medidas especiais para as pessoas portadoras de deficiência, mas sim o de remover barreiras à sua efetiva participação na sociedade, proporcionando-lhes uma oportunidade igual para atingir os resultados.

Este dever, entretanto, é complementado contextualizado, o que quer dizer que se refere não às necessidades das pessoas com deficiência em geral; todavia, com as necessidades de uma pessoa em concreto e, por conseguinte, serão estas que deverão ser tidas em atenção.

Deve-se ainda estar atento ao fato de que a concretização destas adaptações não consolida um conceito social novo. Na realidade, e só para citar somente alguns exemplos, conceder iluminação artificial, casas de banho e elevadores, traduzem diversas acomodações ou facilidades, as quais os empregadores viabilizam para o maior conforto e até mesmo eficiência dos seus trabalhadores.

Em contrapartida, esta adaptação é benéfica, muitas vezes, não apenas para a pessoa portadora de deficiência como também outros colegas de trabalho, clientes e até mesmo terceiros, como é a situação, por exemplo, da instalação de um elevador ou de uma rampa que poderão ser utilizados por várias pessoas e ajudar outras que trabalham com objetos com rodas. O mobiliário ergonômico, por exemplo, diminui o estresse de diversos trabalhadores, um sistema de filtragem do ar para um trabalhador com asma beneficia todos os demais e, portanto, estas adaptações, independentemente de serem efetuadas devido à existência de uma pessoa portadora de deficiência, possuem mais benefícios para os outros do que comumente são salientados. As adaptações podem, por conseguinte, beneficiar também os trabalhadores não deficientes e, ainda, o grupo cada vez maior de pessoas que possuem limitações, entretanto não possuam o índice de limitação suficiente para as englobar pela legislação própria de pessoas portadoras de deficiência¹²².

Não se pode olvidar, que apesar disso, existem condições para que possam ser requisitadas estas adaptações razoáveis.

Primeiramente, o candidato ou o trabalhador deve apresentar a qualificação necessária. Em seguida, o empregador deve ter em voga o reconhecimento das necessidades do trabalhador ou do candidato. Acrescente-se ainda que, com a adaptação efetiva, o trabalhador deverá, de forma segura e que respeite o seu direito à segurança e saúde no trabalho, exercer suas funções. Por derradeiro, esta adaptação não deverá impor um encargo desproporcionado ao empregador, levando-se em consideração que este encargo não será desmedido e se existirem incentivos por parte do Estado para as mesmas¹²³.

¹²² EMENS, Elizabeth F. Integrating Accommodation. *University of Pennsylvania Law Review*. v. 156, n. 4, abr. 2008. p. 841.

¹²³ HENDRIKS, Aart. **Reasonable Accommodation: a new concept?** Disponível em: <http://www.era-comm.eu/oldoku/Adiskri/07_Disability/2009_Hendriks_EN.pdf>. Acesso em: 10 mai. 2017.

O conceito de adaptação razoável encontra-se disposto, desde logo, no art. 2.º da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, quando faz referência que:

(...) adaptação razoável designa a modificação e ajustes necessários e apropriados que não imponham uma carga desproporcionada ou indevida, sempre que necessário num determinado caso, para garantir que as pessoas com incapacidades gozam ou exercem, em condições de igualdade com as demais, de todos os direitos humanos e fundamentais¹²⁴.

Os Estados membros também são incumbidos deste dever, pela Diretiva 2000/78/CE, que, em seu artigo 5.º, estabelece que:

Para garantir o respeito do princípio da igualdade de tratamento relativamente às pessoas deficientes, são previstas adaptações razoáveis. Isto quer dizer que a entidade patronal toma, para o efeito, as medidas adequadas, em função das necessidades numa situação concreta, para que uma pessoa deficiente tenha acesso a um emprego, o possa exercer ou nele progredir, ou para que lhe seja ministrada formação, exceto se essas medidas implicarem encargos desproporcionados para a entidade patronal. Os encargos não são considerados desproporcionados quando forem suficientemente compensados por medidas previstas pela política do Estado-Membro em causa em matéria de pessoas deficientes¹²⁵.

Com este artigo, ressalta-se a opinião de Júlio Gomes¹²⁶, pois os encargos impostos aos empregadores são deveras reduzidos, não sendo óbvia a extensão da obrigação daqueles introduzirem modificações razoáveis no posto de trabalho.

A Diretiva 2000/78, em seu Considerando 20, trata da adaptação razoável:

É necessário prever medidas apropriadas, ou seja, medidas eficazes e práticas destinadas a adaptar o local de trabalho em função da deficiência, por exemplo, adaptações das instalações ou dos equipamentos, dos ritmos de trabalho, da atribuição de funções, ou da oferta de meios de formação ou de enquadramento¹²⁷.

¹²⁴ ONU. **Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência**. Disponível em: <<http://www.inr.pt/uploads/docs/direitosfundamentais/convencao/ConvTxtOfPort.pdf>>. Acesso em: 15 mai. 2017

¹²⁵ UNIÃO EUROPEIA. **Diretiva 2000/78/CE**. Disponível em: <<http://cite.gov.pt/imgs/directivas/Directiva%202000-78.pdf>>. Acesso em: 20 mai. 2017.

¹²⁶ GOMES, Júlio Manuel Vieira. **Direito do trabalho**. v. 1. Relações Individuais de Trabalho. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 399-400.

¹²⁷ UNIÃO EUROPEIA. **Diretiva 2000/78**. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32000L0078>>. Acesso em: 11 mai. 2017.

Este considerando deve ser interpretado de maneira que sejam adotadas medidas práticas e efetivas com o objetivo de adaptar à deficiência o local e o equipamento de trabalho, bem como: modificar os tempos de trabalho e os seus ritmos, fazendo com que haja uma diferente distribuição de atividades atribuindo alguns dos deveres da pessoa com deficiência a outro trabalhador; transferindo o trabalhador para um outro posto de trabalho; alterando as horas de formação; proporcionando ao trabalhador a benesse de se ausentar durante o horário de trabalho ou período de formação para sessões de reabilitação, avaliação ou tratamento; adquirindo equipamentos; ou realizando modificação nos já existentes com o intuito de adaptá-los às necessidades do indivíduo com deficiência e disponibilizar um intérprete gestual ou visual.

O conceito defendido neste Considerando de “adaptação das instalações” não quer dizer somente instalação de um elevador ou de uma rampa, podendo envolver inclusive a instalação de luzes de contraste para pessoas com deficiência visual. Além disto, o “equipamento” pode significar que o trabalhador tenha direito a um teclado adaptado para pessoas com lesões por esforço sistemático, artrite ou cadeiras especiais para pessoas com problemas de coluna.

No que diz respeito a “ritmos de trabalho”, pode significar a possibilidade de conceder um horário mais flexível ao trabalhador, chegando mais tarde ou mais cedo, caso a sua deficiência implique em dificuldade para viajar em horário de *rush*, especialmente em transportes públicos.

Uma vez mais, o preâmbulo da referida Diretiva dispõe acerca de orientações, no sentido de verificar se determinada adaptação deve ser considerada razoável ou desproporcionada à medida que, nos moldes do Considerando 21, estabelece-se que:

Para determinar se as medidas em causa são fonte de encargos desproporcionados, dever-se-ão considerar, designadamente, os custos financeiros e outros envolvidos, a dimensão e os recursos financeiros da organização ou empresa e a eventual disponibilidade de fundos públicos ou de outro tipo de assistência¹²⁸.

¹²⁸ UNIÃO EUROPEIA. **Diretiva 2000/78**. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32000L0078>>. Acesso em: 11 mai. 2017.

Todavia, é preferível que a Diretiva demonstre também os eventuais benefícios que poderão decorrer das adaptações que os empregadores fazem, dado que, concentrar apenas toda atenção nesta dicotomia entre trabalhador ou candidato com deficiência e empregador, corrobora a percepção de que o principal resultado da adaptação feita pelo empregador é um custo e não um benefício.

Para verificar o caráter desproporcional, deve-se ter em atenção que se trata de uma categoria econômica e não psicológica, sendo que diversos elementos devem ser considerados, tais como os recursos financeiros da empresa, a sua dimensão e o número de trabalhadores, porque, em princípio, estas adaptações serão mais razoáveis em empresas com maiores recursos, bem como a possibilidade de obtenção de auxílios financeiros por parte do Estado. Deve-se ainda ter em atenção o fato de que, se considerarem os custos, também se deve ter em conta os eventuais benefícios para os outros trabalhadores ou outros utilizadores.

É preciso, ainda, ter atenção em relação ao investimento indispensável por parte do empregador com os seus recursos financeiros. Aparentemente, parece ser possível que, para verificar se o encargo é desproporcional, o empregador deva invocar esses recursos que devem assumir um caráter bastante relevante. Também poderá ser considerado um encargo desproporcional a instalação de um elevador numa empresa com poucos trabalhadores que exercem suas atividades num andar superior. Todavia, estes exemplos não resolvem de forma alguma as diversas questões colocadas, à medida que não deve ser tida em atenção somente a proporcionalidade da medida em termos econômicos, mas também a possibilidade ou impossibilidade legal de serem retirados obstáculos. Acrescenta-se ainda que a adaptação do local de trabalho poderá ser desproporcional, se colocar em perigo outros locais de trabalho ou se revestir um encargo desmedido para os demais trabalhadores, devendo-se levar em consideração o custo/benefício da medida, bem como o tipo e a duração do contrato do trabalhador.

É necessário ainda estar-se atento ao disposto no Considerando 17 da aludida Diretiva, uma vez que existe um limite ao critério do que deve ser entendido por adaptação razoável. Com efeito, compreende-se que não se pode exigir o recrutamento, a promoção ou a manutenção em um emprego e nem a formação, “de uma pessoa que não seja competente, capaz ou disponível para cumprir as funções essenciais do lugar

em causa ou para receber uma dada formação”¹²⁹. Nesta situação, será lícito e não discriminatório o fato de não se contratar um indivíduo que seja portador de deficiência que, independentemente das adaptações razoáveis, não iria conseguir exercer as funções essenciais na empresa por não possuir aptidão necessária para as mesmas¹³⁰.

Urge que se tenha em mente dois artigos da Diretiva que poderão determinar que a adaptação razoável pode não ser concretizada, quais sejam: os artigos 4.º, n.º 1.º e 2.º, n.º 5.º. O primeiro determina 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 actividade profissional em causa ou do contexto da sua execução, essa característica constitua um requisito essencial e determinante para o exercício dessa actividade, na condição de o objectivo ser legítimo e o requisito proporcional.

Entende-se, ainda, que as referidas disposições podem ampliar o potencial do dever de adaptação para lidar com as causas sociais da deficiência, originando argumentos legais acerca do conceito de requisitos essenciais de uma atividade. Dessa maneira, parece fundamental haver um controle apropriado e racional sobre quais as funções verdadeiramente essenciais, em oposição a formas preferenciais do empregador.

De outro ponto de vista, o artigo 2.º, n.º 5.º funda uma derrogação na proibição de discriminação, consentindo que - por motivos de segurança pública, defesa da ordem de prevenção de infrações penais, proteção da saúde e proteção dos direitos e liberdades de terceiros - possa ser feito um tratamento singularizado. Deve-se ter bastante cautela com esta exceção, no que diz respeito a invocar no contexto de deficiência, de modo que os motivos nela presentes podem instituir uma área fértil em situações relacionadas com o dever de adaptação razoável.

Há que se elucidar que a noção de adaptação razoável deverá estar presente, não somente na execução do contrato de trabalho, mas também na fase de recrutamento e, até mesmo, na cessação do mesmo.

¹²⁹ UNIÃO EUROPEIA. **Diretiva 2000/78**. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32000L0078>>. Acesso em: 11 mai. 2017.

¹³⁰ TEYSSIÉ, Bernard. **Droit européen du travail**. 4. ed. Paris: LITEC, 2010. p. 276.

A concepção engloba o recrutamento, tendo em vista que o empregador terá de levar em consideração a capacidade da pessoa para aquele posto de trabalho, bem como as adaptações que poderiam ser feitas. É o caso, por exemplo, de um indivíduo que se transporta em cadeira de rodas e se candidata para um posto de trabalho, sendo que o local onde iria exercer essa atividade é estabelecido em um andar que não possui elevador, sendo, dessa forma, necessário levar em consideração a possibilidade de instalação deste ou, em caso alternativo, se o local de trabalho pode ser modificado para um andar acessível ao candidato; ou o recurso a um tradutor de linguagem gestual numa entrevista; aceitar a possibilidade de o candidato se fazer acompanhar por um cão-guia no caso de ser cego; aferir a possibilidade de responder num computador com programa próprio para pessoas invisuais ou sem braços; aceitar que uma pessoa com problemas de gaguez possa dar as respostas por escrito; conceder mais tempo durante testes de avaliação para pessoas com deficiência; assim como fornecer documentos em linguagem acessível. E o processo de recrutamento também deve englobar todos os testes que o empregador tenha intenção de realizar.

Por outra perspectiva, abarca ainda as situações em que o trabalhador já contratado se descobre com uma deficiência e não pode dar continuidade à realização, em parte ou na sua totalidade, da sua atividade laborativa, levantando-se a questão de saber quais adaptações podem ser realizadas para que o trabalhador continue a realizar a sua atividade ou, ocasionalmente, proceder-se a uma modificação de funções.

Nesta noção também ficam englobadas as promoções. Na realidade, determinadas exigências poderão não ser requeridas, se conduzirem a que um trabalhador satisfatoriamente capaz, todavia, portador de uma deficiência, não possa progredir na sua carreira profissional.

Finalmente, engloba também a própria proteção em caso de término contratual de trabalho em casos específicos.

É importante não ignorar o fato de que o risco em que incorrem as pessoas que sofrem de deficiência, que geralmente possuem maiores dificuldades em integrar o mercado de trabalho do que os trabalhadores não portadores de deficiência e necessidades específicas referentes aos cuidados que o seu estado exige.

A Diretiva 2000/78 deve ser interpretada no sentido de que é contrária à aplicação de uma disposição legal nacional que preconiza que a entidade patronal pode cessar o contrato de trabalho com pré-aviso reduzido, caso o trabalhador deficiente em questão estivesse de baixa por doença com manutenção da remuneração durante um período total de 120 (cento e vinte) dias ao longo dos últimos 12 (doze) meses, quando esta ausência foi verificada em consequência da sua deficiência, exceto se esta disposição, ao mesmo tempo que prossegue um objetivo legítimo, não exceder o necessário para alcançar essa meta, o que cabe ao órgão jurisdicional de reenvio apreciar¹³¹.

Todavia, é de grande importância analisar-se que, aqui, embora a legislação nacional seja neutra, representa uma desvantagem indireta, considerando-se que, desde que a doença esteja correlacionada com uma deficiência, constata-se que as situações distintas estão a ser tratadas da mesma forma e, como regra geral, os trabalhadores deficientes correm um risco consideravelmente maior de sofrerem uma doença relacionada com a sua deficiência do que os trabalhadores que não a possui. Estes podem apenas ser afetados por uma doença comum. Porém, os trabalhadores deficientes também podem padecer de uma doença deste tipo. Desse modo, a disposição relativa ao pré-aviso reduzido estabelece uma disposição que coloca indiretamente os trabalhadores deficientes em uma situação desvantajosa em relação aos trabalhadores que não sejam portadores de deficiência.

Por outro ponto de vista, e não obstante esta questão não seja suscitada diretamente pelo Tribunal *a quo*, deve-se lembrar que existe uma outra dúvida que se refere à questão de saber em que medida as ausências do trabalho correlacionadas com uma deficiência ou uma doença causada por uma deficiência podem, de alguma maneira, constituir um embasamento de despedimento admissível.

¹³¹ Neste sentido, vale a pena conferir os Considerandos 90 a 92, da Diretiva 2000/78. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32000L0078>>. Acesso em: 11 mai. 2017.

4 DISCRIMINAÇÃO EM RAZÃO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DO TRABALHADOR

A temática referente à orientação sexual do trabalhador deve ser analisada como um dos aspectos que dizem respeito à sua privacidade. Logo, em princípio, deve ser protegida de todo e qualquer questionamento por parte do empregador - seja na fase de acesso e formação do contrato de trabalho, seja na sua execução -, fazendo com que não deva haver, sob nenhuma forma, qualquer tipo de juízo de censura ou mesmo comportamentos discriminatórios.

De fato, a homossexualidade, a bissexualidade e a transexualidade, desde sempre, têm sido alvo de duras críticas por parte da sociedade e têm acarretado exclusão social, o que, por muitas vezes, leva a atos discriminatórios com uma grande tendência jurídica nas inúmeras facetas em que o Direito possui. No comentário de Consuelo Chacartegui Jávega:

(...) tradicionalmente tem-se apresentado a família como o núcleo de convivência baseado no casamento entre heterossexuais, com uma perspectiva de finalidade reprodutora da mesma, negando-se a nível social e jurídico outras realidades afetivas, ou, simplesmente silenciando-as¹³².

Entretanto, é cada vez mais recorrente o fato de surgirem novos modelos de convivência que pretendem ter um espaço livre na sociedade, bem como os seus direitos reconhecidos, fazendo, desta maneira, com que o modelo tradicional de família pareça deixar de apresentar a mesma importância que sempre teve ao longo da História.

Contudo, para um adequado esclarecimento sobre o assunto, algumas questões prévias precisam ser analisadas

Por primeiro, cabe saber o que deve ser entendido por orientação sexual; e, ainda, se isto engloba os casos de transexualidade, o que pode levar o trabalhador a ser discriminado em virtude desta.

Outro questionamento gira em torno das chamadas organizações de tendências.

¹³² JÁVEGA, Consuelo Chacartegui. **Discriminación y orientación sexual del trabajador**. Valladolid, Editorial Lex Nova, 2001. p. 24.

Sobre a primeira premissa necessária - conceito de orientação sexual -, é sabido que todos possuem alguma orientação sexual e que, ao patamar legislativo, não existe qualquer definição.

No entender de Consuelo Chacartegui Jávega¹³³, fazendo referência a uma noção de Pérez Cánovas, a orientação sexual consiste na “atração sexual e sentimental que sente um indivíduo por outros de sexo contrário (orientação heterossexual) ou do mesmo sexo (orientação homossexual)”. E, sob a perspectiva jurídica, acrescenta ainda ser: “o direito que corresponde a cada indivíduo à sua identidade sexual e afetiva como reflexo do livre desenvolvimento da sua personalidade”^{134 135}.

Assim, haveria discriminação quando uma conduta sexual adotada por um indivíduo compreendesse um tratamento diversificado e pejorativo como consequência da predileção sexual que a pessoa livremente tivesse escolhido (heterossexual, homossexual, bissexual ou transexual), não obstante seja em relação aos três últimos que mais se observam problemas concernentes à discriminação.

Como segunda premissa, deve-se analisar que a discriminação por orientação sexual engloba toda uma sociedade, tanto da ótica dos discriminadores, como da perspectiva dos discriminados. É possível deparar-se com casos de discriminação, independentemente da raça, credo, classe social, cor, condição econômica, religião, orientação política ou idade, tendo como resultado, em grande parte, preconceitos que são enraizados na sociedade em contraposição ao comportamento sexual dos homossexuais, bissexuais ou transexuais.

¹³³ JÁVEGA, Consuelo Chacartegui. **Discriminación y orientación sexual del trabajador**. Valladolid, Editorial Lex Nova, 2001. p. 24.

¹³⁴ Diferentemente tem sido o entendimento do TEDH e do TJUE que em diversas decisões têm considerado a discriminação a transexuais como uma discriminação em virtude do sexo.

¹³⁵ Acerca desse tema, bastante interessante a conceituação apresentada por Maria Coutinho: “Dentre seus muitos significados, orientação quer dizer do ato ou efeito de orientar-se; tendência; inclinação; propensão espontânea ou voluntária de uma pessoa para um objetivo ou objeto. Quando se dá um conteúdo sexual a orientação, a expressão orientação sexual vai traduzir a idéia de tendência sexual, de inclinação sexual de uma pessoa por outra que pode existir em um continuum que varia desde a homossexualidade exclusiva até a heterossexualidade exclusiva, passando pelas diversas formas de bissexualidade. Assim, orientação sexual pode significar atração homossexual, ou propensão, orientação, inclinação afetiva objetual por pessoa do mesmo sexo, que se faz derivar da bissexualidade característica da natureza humana”. cf. COUTINHO, Maria Luiza Pinheiro. **Discriminação no Trabalho: Mecanismos de Combate à Discriminação e Promoção de Igualdade de Oportunidades**. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/discrimination/pub/oit_igualdade_racial_05_234.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2017.

Diante desta realidade, Roger Raupp Rios¹³⁶ opina no sentido de que poderão existir três grandes maneiras dos ordenamentos jurídicos tratarem esta problemática, especialmente no que diz respeito à homossexualidade. Primeiramente, existe o denominado “modelo de reconhecimento mínimo”, que não caracteriza como crime a atração ou a conduta homossexual ou bissexual. Em segundo lugar, levantam-se ordenamentos jurídicos que vão um pouco mais adiante, pois além de não criminalizarem esse tipo de conduta, proíbem a discriminação dos indivíduos que possuam uma orientação homossexual ou bissexual. É conhecido como “modelo de reconhecimento intermédio”. Por derradeiro, existem ordenamentos jurídicos que além de proibirem a criminalização e a discriminação, fazem inclusão de medidas de promoção da igualdade e da diversidade entre os indivíduos. E é nesse último grupo em que nosso ordenamento jurídico se enquadra.

Entretanto, é de suma importância fazer referência ao fato de que ainda existem inúmeros ordenamentos jurídicos que não só consideram a prática de atos homossexuais como crime, mas também possuem como punição a pena de morte¹³⁷.

4.1 A ORIENTAÇÃO SEXUAL NA FASE DE ACESSO E FORMAÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO

A orientação sexual dos indivíduos está abrangida no conceito de reserva da vida privada e faz parte do âmbito mais íntimo e reservado do ser humano.

Trata-se de um direito da personalidade indisponível e irrevogável. Dessa forma, tem-se a imposição do art. 81.º, n.º 1, do CC, que proíbe a limitação voluntária dos direitos de personalidade quando esta for de encontro aos princípios de ordem pública.

Cabe somente aos trabalhadores qualquer tipo de escolha referente à sua vida sexual, não podendo o empregador se imiscuir.

¹³⁶ RIOS, Roger Raupp. A Discriminação por Gênero e por Orientação Sexual. *Série Cadernos do CEJ*, v. 24, Seminário Internacional As Minorias e o Direito, 2003. p. 158.

¹³⁷ Ver os dados referidos por JÁVEGA, Consuelo Chacartegui. op. cit. p. 23-24, notas n. 2-3.

Desse modo, Teresa Moreira Coelho (2013) posiciona-se no sentido de que:

(...) um dos problemas fundamentais que se coloca no âmbito da discriminação por razão da orientação sexual é, precisamente, na fase de acesso ao emprego em virtude de vários preconceitos enraizados na sociedade e dos quais se presume a inaptidão para determinados postos de trabalho dos trabalhadores com uma determinada conduta social ou com uma certa orientação sexual¹³⁸.

Tal problemática faz-se ainda mais carregada quando se está atento ao fato de que é na fase de acesso que o trabalhador ou candidato se encontra bem mais fragilizado, pois é nesta etapa que a desigualdade real entre ele e o empregador se torna mais evidente, e se concretiza numa inferioridade pré-contratual derivada da sua “singular debilidade econômica e da escassa expectativa de emprego, o que o induz a abdicar parcialmente da sua personalidade (...) em garantia de adesão do seu comportamento futuro à vontade ordenadora e dispositiva do empregador”¹³⁹.

Quando se analisam estes fatores juntamente com o domínio econômico e social de uma parte (o empregador), não se faz coerente invocar, sem mais, o princípio da liberdade contratual, no intuito de se poder escolher arbitrariamente a contraparte, ou seja, o trabalhador. Nestes casos, o trabalhador surge como a parte mais frágil desta relação e o empregador como a parte mais forte e imponente que poderia abusar dos seus poderes. Assim, é justificável uma intervenção legal no intuito de proteger o trabalhador ou candidato, evitando-se eventuais discriminações ou indagações ilícitas.

Tal discriminação pode se apresentar de maneira visível, através de preenchimento de questionários que, direta ou indiretamente, interpelam sobre a conduta e a orientação sexual do trabalhador ou candidato. Os referidos questionários violam os artigos 13.º e 26.º, n.º 1 da CRP¹⁴⁰ e são ilegais, na medida em que supõem uma ingerência no âmbito privado dos indivíduos ao almejarem respostas a perguntas

¹³⁸ MOREIRA, Teresa Coelho. **Igualdade e não discriminação**. Coimbra: Almedina, 2013. p. 133.

¹³⁹ GOÑI SEIN, José Luis. Palomeque López, Manuel-Carlos. **El respeto a la esfera privada del trabajador: un estudio sobre los límites del poder de control empresarial**. Madrid: Civitas, 1986. p. 39.

¹⁴⁰ PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 25 mai. 2017.

do tipo “sinto-me atraído por pessoas do mesmo sexo” e “nunca me entreguei a práticas sexuais fora do comum”¹⁴¹.

Obviamente os artigos 23.º e 24.º do Código de Trabalho proíbem expressamente este tipo de conduta, sendo considerando um caso de discriminação direta. Inclusive, o próprio artigo 17.º do Código de Trabalho determina o mesmo tipo de proibição¹⁴².

Deve-se ainda atentar-se ao fato de que a maneira como o trabalhador decide relacionar-se em sua vida privada não pode de forma alguma constituir uma informação relevante para o empregador, e, por essa razão, não pode ser considerada uma aptidão profissional necessária para a execução da prestação laboral. Por este motivo, qualquer modo de atuação do empregador que tente questionar sobre estes fatos, seja direta ou indiretamente, é ilícito, sendo completamente legítimo ao trabalhador ou candidato recusar-se a responder; quando, no caso, for mesmo relevante dar uma resposta, não precisará dar elementos, tendo em vista que a não prestação de dados que não são importantes para a celebração do contrato é lícita, porquanto se apresenta como uma das possíveis defesas dos seus direitos fundamentais.

Entretanto, a ausência de resposta irá envolver, algumas vezes, riscos acrescidos na medida em que poderá não ser contratado e, por esse motivo, o candidato poderá falsificar os dados, ou seja, mentir acerca da sua orientação sexual. Na realidade, não poderá o empregador posteriormente vir a invocar a invalidade do contrato de trabalho com o fundamento de que houve erro sobre as qualidades da pessoa ou sobre sua identidade, de acordo com disposto no art. 250.º do CC¹⁴³, se questionou abusivamente o trabalhador sobre fatos da vida privada e este mentiu. Caso o trabalhador tenha deveres específicos de informação em relação ao empregador, não tem, todavia, de lhe fornecer informações sobre fatos que não sejam diretamente pertinentes para verificar a sua aptidão ou idoneidade para o posto de trabalho em comento.

Como aponta Menezes Cordeiro:

¹⁴¹ Exemplos dados por JÁVEGA, Consuelo Chacartegui. op. cit. p. 99-100.

¹⁴² PORTUGAL. **Código do Trabalho**. Disponível em: <http://cite.gov.pt/pt/legis/CodTrab_LR1_002.html#L002S4>. Acesso em: 20 mai. 2017.

¹⁴³ PORTUGAL. **Código Civil**. Disponível em: <<http://www.codigocivil.pt/>>. Acesso em: 25 mai. 2017.

(...) no tocante à pessoa do declaratório, o erro pode reportar-se à sua identidade ou às suas qualidades. Em qualquer dos casos, ele só será relevante quando atinja um elemento concretamente essencial, sendo – ou devendo ser – essa essencialidade conhecida pelo declaratório, pela aplicação do artigo 247º.¹⁴⁴

Ainda há que se considerar que os deveres de informação pré-contratuais cabem para ambas as partes num contrato de trabalho. Logo, se de um lado, a boa-fé impõe uma conduta íntegra nos métodos de investigação e no desenvolvimento da negociação, por outra perspectiva, pleiteia que, na fase que precede a realização do contrato, as partes devem agir através de um comportamento honesto, probo, correto e leal. É no art. 227.º do CC¹⁴⁵ que está consagrado o princípio da culpa *in contrahendo*, que também encontra consagração no Código do Trabalho em seu artigo 102.¹⁴⁶

O aludido princípio constitui “um campo normativo muito vasto que permite aos tribunais a prossecução de fins jurídicos com uma latitude grande de movimentos”, trazendo os deveres de proteção, de lealdade e de informação. Grande relevância para este trabalho é encontrada no último grupo, o qual determina que as partes devem prestar todos os esclarecimentos necessários à conclusão honesta e decente do contrato.

Entretanto, no que tange ao Direito do Trabalho, os deveres de informação devem ser compreendidos com certa ressalva. Na realidade, o trabalhador não está obrigado a explicar espontaneamente circunstâncias que lhe possam acarretar algum prejuízo. Dessa forma, conforme aponta Teresa Coelho Moreira:

(...) considera-se que as obrigações de informação que incumbem ao candidato a trabalhador incluem a de responder clara, correta e veridicamente às questões relacionadas com a sua aptidão ou idoneidade para o trabalho, esclarecendo o empregador sobre todos aqueles erros ou falsas concepções que possam surgir nesta fase. Também devem comunicar, por sua própria iniciativa, todos os aspectos que não possam ser conhecidos pela contraparte utilizando uma diligência normal, isto é, os que possam escapar, pelo seu carácter oculto, extraordinário ou excepcional, do círculo normal de indagação do empregador¹⁴⁷.

¹⁴⁴ CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil português**. I Parte Geral, tomo I, 2. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 614.

¹⁴⁵ PORTUGAL. **Código Civil**. Disponível em: <<http://www.codigocivil.pt/>>. Acesso em: 25 mai. 2017.

¹⁴⁶ PORTUGAL. **Código do Trabalho**. Disponível em:

<http://cite.gov.pt/pt/legis/CodTrab_LR1_002.html#L002S4>. Acesso em: 20 mai. 2017.

¹⁴⁷ MOREIRA, Teresa Coelho. **Igualdade e não discriminação**. Coimbra: Almedina, 2013. p. 137.

Assim, não parece que exista qualquer outro tipo de dever de informação por parte do trabalhador. Somente no que diz respeito a estas situações é que se pode mencionar uma possível culpa *in contrahendo*. Nas demais situações, o candidato pode não responder; todavia, como a consequência mais comum da conduta omissiva é a exclusão do processo de seleção, pode mentir ou falsificar os dados.

Nesses casos, não há se falar em qualquer forma de quebra de boa-fé por parte do candidato, tendo em vista que quem agiu ilicitamente foi o empregador. Cabe salientar também que este só pode questionar sobre o que seja necessário, fundamental, imprescindível e diretamente correlato com a prestação laboral.

Além desta maneira de discriminação direta realizada por intermédio das questões expostas ao candidato acerca da sua orientação sexual, também são considerados como formas de discriminação deste tipo os casos da existência de benefícios sociais diferentes somente para casais do mesmo sexo, de oferta de um contrato de trabalho que seja menos favorável a indivíduos que apresentem uma orientação sexual específica ou, ainda, quando o término contratual de maneira ilícita seja fundado na orientação sexual dos trabalhadores.

A problemática que se levanta, entretanto, nestes casos, é o da prova, mas devendo sempre atender ao disposto art. 25.º, n.º 5, do CT¹⁴⁸, no que diz respeito à partilha do ônus da prova.

Pode haver também uma discriminação indireta e é com relação a esta que maiores problemas de prova se insurgem. A verdade, é que, sob o disfarce aparente de critérios neutros, o candidato é recusado pelo empregador para a contratação com fulcro na orientação sexual do primeiro. Esta forma de comportamento também é punida. O fato da consagração da vedação deste tipo de discriminação estabelece um alargamento da proteção, na medida que os indivíduos ficam protegidos contra o tratamento injusto, desonesto e ilícito, ainda no caso do tratamento não ser intencional.

Como o legislador europeu teve a sensibilidade de estar atento à grande dificuldade de comprovar os diversos tipos de situações, estabeleceu no art. 10.º da

¹⁴⁸ PORTUGAL. **Código do Trabalho.** Disponível em: <http://cite.gov.pt/pt/legis/CodTrab_LR1_002.html#L002S4>. Acesso em: 20 mai. 2017.

Diretiva 2000/78/CE¹⁴⁹ que houvesse uma forma de partilha do ônus da prova entre a parte demandante e a parte demandada, o que significa dizer que a responsabilidade de provar ou não a razão do processo é dividida entre ambas as partes.

Desse modo, o trabalhador ou candidato deve demonstrar primordialmente que os fatos apresentam consistência com o acontecimento da discriminação; e o empregador deve provar que não agiu de maneira injusta e, ainda, que há uma razão legítima para seu procedimento. Todavia, não apenas isso. A aludida Diretiva determina também, em seu art. 11.º, que os indivíduos que apresentarem queixa contra discriminação sejam protegidos e resguardados de forma adequada contra atos de retaliação ou represálias por parte do empregador, as quais, se não forem devidamente controladas, poderão impedir de exercer o seu direito de igualdade de tratamento¹⁵⁰.

Essa proteção também tem validade para testemunhas em processo de discriminação, como uma maneira de incentivá-las a testemunharem. Deve ser citada, ainda, como mais uma maneira de proteger as vítimas de discriminação, a proibição da “instrução no sentido de discriminar”, que ocorre sempre que alguém instrui outra pessoa no sentido de agir de forma discriminatória.

O ordenamento jurídico pátrio também transpôs a Diretiva nesta parte. Desta maneira, o n.º 5.º, do art. 25.º legitima a inversão do ônus da prova, regra já existente em nosso ordenamento jurídico, a propósito do princípio da igualdade em função do sexo. A referida inversão parece ser deveras positiva, dado que se torna muito dificultoso para o trabalhador e, ainda mais para o candidato, provar a existência da exclusão do trabalho ou do processo de seleção fundada em algum dos fatores de discriminação que constam no n.º 1.º, do art. 23.º.

A vedação geral de questionar acerca da conduta e da orientação sexual dos trabalhadores traz consigo algumas exceções nas organizações de tendência, sendo que as discriminações indiretas poderão então acontecer com uma maior frequência, posto que a linha que separa a liberdade de contratação do empregador e a vulneração de determinados direitos constitucionais é consideravelmente difundida.

¹⁴⁹ UNIÃO EUROPEIA. **Diretiva 2000/78/CE**. Disponível em: <<http://cite.gov.pt/imgs/directivas/Directiva%202000-78.pdf>>. Acesso em: 20 mai. 2017.

¹⁵⁰ UNIÃO EUROPEIA. **Diretiva 2000/78/CE**. Disponível em: <<http://cite.gov.pt/imgs/directivas/Directiva%202000-78.pdf>>. Acesso em: 20 mai. 2017.

Teve grande relevância o Direito da União Europeia no que diz respeito à consagração da proibição da discriminação dos trabalhadores por motivos de sua conduta e opção sexual, devendo referir-se o art. 21.º, n.º 1 da CDFUE¹⁵¹, que traz a previsão como um fator de interdição de discriminação a orientação sexual. Esta inclusão é de grande importância pois, até esta altura, tal razão para a discriminação não havia sido incluída numa norma de proteção dos direitos fundamentais. Cabe ressaltar que foi a Diretiva 2000/78/CE que inclui no art. 1.º a proibição de discriminação fundamentada na orientação sexual em todas as fases do contrato de trabalho, o que compreende não só os trabalhadores efetivados, mas também os candidatos.

A verdade é que o problema que se levanta é o de não existir uma definição de orientação sexual, o que abre margem para polêmicas no que se refere à identificação do grupo potencialmente discriminado. A referida Diretiva tentou também que houvesse uma participação mais eficiente dos interlocutores sociais ao nível da concertação social, na luta contra a discriminação e no controle acerca das práticas discriminatórias no acesso ao trabalho e no local de trabalho.

4.2 A ORIENTAÇÃO SEXUAL NA FASE DE EXECUÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO

A União Europeia tem desenvolvido um trabalho essencial no que diz respeito à legislação e à jurisprudência.

O princípio da não-discriminação ocupa lugar central, de extrema importância na União Europeia, como pode se verificar no art. 2.º, do Tratado de Lisboa:

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 mulheres¹⁵².

¹⁵¹ UNIÃO EUROPEIA. **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia**. Disponível em: <<http://www.fd.uc.pt/CI/CEE/pm/Tratados/Nice/Carta%20Direitos%20Fundamentais.htm>>. Acesso em: 24 mai. 2017

¹⁵² UNIÃO EUROPEIA. **Tratado da União Europeia**. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_2&format=PDF>. Acesso em: 24 mai. 2017.

O Tratado de Lisboa consolidou preceitos específicos sobre igualdade e não discriminação, tal como se extrai de seu art. 10.º, que assim dispõe: “Na definição e execução das suas políticas e ações, a União tem por objetivo combater a discriminação em razão do sexo, raça ou origem étnica, religião ou crença, deficiência idade ou orientação sexual”.

O referido artigo faz parte de um catálogo antidiscriminatório, na mesma linha de raciocínio do antigo art. 13.º do Tratado de Roma, posteriormente à sua modificação pelo Tratado de Amsterdã. Este art. 10.º do Tratado de Lisboa assume grande relevância, tendo em vista que alarga o conceito de *mainstreaming* não somente à discriminação em função do sexo, mas, também, a todas as outras maneiras de discriminação, incluindo-o nas políticas de emprego e nas relações externas. O elenco de fatores discriminatórios proibidos é restrito aos que estão previstos neste artigo; porém, deve ser necessariamente conciliado com o art. 21.º, n.º 1 da CDFUE, que prevê um catálogo antidiscriminatório mais abrangente e de caráter puramente exemplificativo, estabelecendo que:

É proibida a discriminação em razão, designadamente, do sexo, raça, cor ou origem étnica ou social, características genéticas, língua, religião ou convicções, opiniões políticas ou outras, pertença a uma minoria nacional, riqueza, nascimento, deficiência, idade ou orientação sexual¹⁵³.

Foi consolidado pelo Tratado de Lisboa, ainda, no art. 19.º, n.º 1 do TFUE, uma norma mais específica nesta matéria ao reconhecer que:

Sem prejuízo das demais disposições dos Tratados e dentro dos limites das competências que estes conferem à União, o Conselho, deliberando por unanimidade, de acordo com um processo legislativo especial, e após aprovação do Parlamento Europeu, pode tomar as medidas necessárias para combater a discriminação em razão do sexo, raça ou origem étnica, religião ou crença, deficiência, idade ou orientação sexual¹⁵⁴.

¹⁵³ UNIÃO EUROPEIA. **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia**. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A12012P%2FTXT>>. Acesso em: 24 mai. 2017.

¹⁵⁴ UNIÃO EUROPEIA. **Tratado da União Europeia**. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_2&format=PDF>. Acesso em: 24 mai. 2017.

Em contrapartida, o antigo art. 13.º do Tratado de Amsterdã poderia ser considerado como um verdadeiro ponto de dobramento nas políticas comunitárias acerca da discriminação em virtude de orientação sexual, uma vez que previu, pela primeira vez, a orientação sexual como razão de discriminação, não podendo se esquecer toda a importante função que as instituições europeias já vinham desenvolvendo para a denúncia deste tipo de práticas.

No ano de 1984, foi aprovada pelo Parlamento Europeu uma Resolução que versava acerca das discriminações sexuais nos locais de trabalho, comunicando que as discriminações concretizadas sobre as mais diversificadas maneiras contra homossexuais não seriam aceitas passivamente, em nenhuma hipótese, e nem tão pouco poderia haver omissão a respeito. Esta instituição se insurgiu claramente contra este tipo de discriminação, em homenagem ao princípio da dignidade e da liberdade do indivíduo e da justiça social, fazendo conexão desta ideia ao princípio da livre circulação de trabalhadores.

No intuito de remover os obstáculos que impedissem a igualdade entre os trabalhadores baseados na sua orientação sexual, o Parlamento Europeu solicitou à Comissão que, primeiramente, fosse retomada a iniciativa acerca dos despedimentos individuais, com a finalidade de encerrar a realização de decisões abusivas fundadas nestas razões; em segundo lugar, que se apresentassem algumas propostas com o escopo de evitar que, nos Estados Membros, os homossexuais fossem vítimas de discriminações não somente na contratação, mas também no estabelecimento das condições de trabalho; e, em terceiro lugar, que fosse a representante dos Estados Membros na OMS com o objetivo de retirar a homossexualidade da classificação internacional das doenças.

No ano de 1994, surgiu a Resolução do Parlamento Europeu sobre a igualdade de direitos entre homossexuais e as lésbicas da Comunidade Europeia. Com este ato normativo, o Parlamento se demonstrou favorável à igualdade de tratamento entre cidadãos e cidadãs, independentemente de sua orientação sexual, suplicando a todos os Estados Membros que abolissem o tratamento desigual das pessoas por motivo da sua orientação homossexual nas disposições jurídicas e administrativas, e, ainda, que,

juntamente com as organizações nacionais de lésbicas e de homossexuais, adotassem medidas e fizessem campanhas contra qualquer forma de discriminação social destes¹⁵⁵.

No ordenamento jurídico português, qualquer punição aplicada ao trabalhador baseada na sua orientação sexual irá ser ilícita por violar o princípio da igualdade, da não discriminação e da proteção da reserva da vida privada.

É um ponto de vista desta que sobrevive à análise de qualquer juízo de censura emitido pelo empregador. A orientação sexual do trabalhador é uma condição personalíssima que não afeta, em princípio, a sua capacidade e aptidão profissional, não integrando como um dos pressupostos necessários e fundamentais à celebração de um contrato de trabalho e, de modo consequente, não pode de forma alguma dar oportunidade a uma dispensa com justa causa, na medida que esta só pode basear-se num “comportamento culposos do trabalhador que, pela sua gravidade e consequências torne imediata e praticamente impossível a subsistência da relação de trabalho”, como disposto no artigo 351.º, n.º 1 do Código do Trabalho¹⁵⁶.

Uma despedida que tenha como fundamento algum destes motivos é completamente discriminatória e será ilícita, devendo o responsável arcar com todas aquelas consequências determinadas pela lei. A orientação sexual jamais será considerada um alvo de sanções, punições. A projeção desta sendo de forma negativa na relação de trabalho é que poderá ser punida.

Também não deverá haver nenhuma forma de tratamento discriminatória em relação às condições de trabalho, especialmente no que concerne à retribuição.

Caso haja o despedimento de um transexual, alguns problemas poderão ser colocados, levando-se à indagação de aferir se a forma com que o trabalhador se comporta, tendo em vista que no momento de sua contratação possuía um determinado sexo e que no decurso da relação contratual foi alterado, na ausência de aviso ao empregador. Poderá, desta forma, ser considerado uma quebra da boa-fé contratual, dando embasamento suficiente ao despedimento.

¹⁵⁵ JÁVEGA, Consuelo Chacartegui. op. cit. p. 39-45.

¹⁵⁶ PORTUGAL. **Código do Trabalho.** Disponível em: <http://cite.gov.pt/pt/legis/CodTrab_LR1_002.html#L002S4>. Acesso em: 20 mai. 2017.

Será discriminatório o despedimento que tenha por base apenas a mudança de sexo, sem qualquer outro motivo, seja porque o trabalhador não possui a obrigação de manifestar suas decisões e circunstâncias pessoais ou sociais anteriores à contratação, seja porque, em princípio, a transexualidade não afeta a sua capacidade profissional.

Como regra, seja qual for o comportamento discriminatório, ele irá ter como fundamentos juízos morais e preconceitos que não possuem relação alguma com a capacidade profissional. Ainda que o intuito seja findar o contrato com fundamento na inaptidão para o trabalho, não deverá ser, na maior parte dos casos, promovido; aceitar o contrário, significaria aceitar que há cargos de trabalhos para homens e cargos de trabalhos para mulheres. Entretanto, situações de excepcionalidade podem acontecer em que, para o posto de trabalho contratado, o sexo é determinante.

Desta maneira, imagine-se uma situação em que um homem é contratado para interpretar um personagem masculino em uma telenovela ou filme, ou ainda, uma mulher é contratada para ser modelo de uma marca de roupas de banho femininas. São situações claras em que a ocorrência de uma mudança de sexo tornaria inviável a execução do contrato de trabalho por incontestável inaptidão do trabalhador. Em casos como estes, parece que, tendo preenchido todos os pressupostos, o contrato de trabalho poderá ter seu término decretado por caducidade, na medida em que se estará diante de uma impossibilidade superveniente, absoluta e definitiva. Entretanto, salvo raríssimas exceções, tal como as mencionadas acima, não há que se considerar que possa o contrato de trabalho ser extinto com fundamento neste fato.

O despedimento baseado na discriminação pela orientação sexual apresenta uma questão muito delicada, qual seja, a comprovação da sua eventual prova, podendo ser dificultosa a confirmação do real motivo do empregador. Porém, existem raras situações em que o empregador tenha feito alguma referência na nota de culpa ou exteriorizado de qualquer outra maneira que esse era o motivo, algo bem difícil na prática. Caso isso não ocorra, é praticamente inviável que o trabalhador comprove que sua dispensa se fundamentou nestas circunstâncias. Assim, toda e qualquer punição aplicada com base exclusiva na sua orientação sexual será ilícita (salvo raríssimas exceções), pois é matéria da esfera mais íntima do trabalhador, e possui caráter irrenunciável e indisponível.

5 O ÔNUS DA PROVA EM CASOS DE DISCRIMINAÇÃO

Para a noção de Justiça, a ideia da necessidade da existência de um ônus da prova é essencial, considerando-se que quem alega um fato deve prová-lo. Outra opção a esta situação seria privilegiar, de forma injusta, o simples ato de acusação e encorajar queixas frívolas ou até mesmo vingativas.

Direito algum irá se efetivar se, ao respectivo titular, não for dada a possibilidade de o invocar em juízo e, especialmente, de provar sua violação, haja vista ser essencial tratar da prova neste campo. De uma maneira geral, matéria de direito probatório é a de quem alega um fato constitutivo de um direito que invoca devendo prová-lo.

Cabe aos Tribunais nacionais e ao TJUE uma abordagem distinta, no que se refere aos casos de discriminação, uma vez que este princípio do ônus da prova não pode atuar da mesma forma, sobretudo na discriminação no emprego.

Deve-se salientar que as relações de trabalho são um exemplo paradigmático de que as relações privadas desiguais existem não somente no plano factual, mas também no plano jurídico. Na realidade, no que concerne ao plano factual, os sujeitos contraentes (trabalhador e empregador) não dispõem da mesma liberdade no que tange à celebração do contrato nem à estipulação de cláusulas contratuais, acarretando o surgimento de um desequilíbrio contratual que se agrava em níveis altos de desemprego generalizado como, lamentavelmente, acontece nos dias atuais.

No âmbito jurídico, a ulatimação do contrato de trabalho posiciona o trabalhador em uma situação de subordinação frente ao empregador. Dessa maneira, evidenciando-se o domínio econômico e social de uma parte, não se pode apelar, sem mais, o princípio da liberdade contratual, para se poder escolher arbitrariamente a contraparte, isto é, o trabalhador.

Nos referidos casos, justifica-se uma intervenção legal no sentido de proteger o empregado, vez que é a parte mais fraca se considerado ao empregador na relação contratual, onde este último pode abusar dos seus poderes.

Grande parte das pessoas, e nesse rol estão incluídos os empregadores, possui a consciência de que a discriminação não pode acontecer e, por esse motivo, caso cometam qualquer tipo de tratamentos discriminatórios, não irão confessar com facilidade o ato. Desta maneira, a discriminação torna-se muito complicada de se comprovar, tendo em vista que existe uma tendência para camuflar a natureza discriminatória das suas ações e decisões, evitando explicações escritas, testemunhas, dentre outros.

Quando se fala em desigualdades estruturais no que tange à organização de rotinas diárias de uma sociedade, isso origina em muitos casos, efeitos discriminatórios concretos. Dessa forma, tendo como exemplo uma sociedade que pensa que o cuidado das crianças e dos menores deve ser tarefa precípua dos pais, conciliado com uma divisão do trabalho por sexos e o cuidado não pago dos filhos, faz com que inúmeras mulheres deixem de trabalhar transitoriamente ou, até, definitivamente, no momento em que o seu primeiro filho nasce, o que é umas das causas diferenciais entre homens e mulheres.

A discriminação não ocorre intencionalmente em algumas situações, todavia terá somente como base a ideia de que aquele indivíduo não se sentirá bem ou não se adequará ou não se adaptará bem. Ou, ainda, eventualmente, pode até existir uma boa razão para o tratamento menos favorável.

Todavia, deve-se lembrar que a intenção não é um elemento necessário para que a discriminação aconteça no âmbito da legislação acerca da igualdade.

Dessarte, nem o motivo, nem a intenção, nem a razão subjetiva que deram origem a uma determinada pessoa ter sido colocada numa posição menos favorável são significativos.

Continua a acontecer a discriminação e esta representa um problema significativo ao nível da União Europeia. A discriminação em razão da etnia é a mais disseminada, com cerca de 59% (cinquenta e nove por cento); em seguida tem-se a discriminação em virtude da idade^{157 158}.

¹⁵⁷ No que diz respeito ao ano de 2009, vale a análise da Special Eurobarometer 317, p. 4. Disponível em: <http://ec.europa.eu/commfrontoffice/publicopinion/archives/ebs/ebs_317_en.pdf>. Acesso em: 25 mai. Vale conferir também o texto de BRINK, Marjolein Van Den. GRAVEN, Marije. **Proving discrimination:**

A discriminação é praticada, grande parte das vezes, de maneira velada, trazendo sérios problemas econômicos, sociais e políticos. Ela possui variadas causas, inclusive vinculadas com fatores históricos, culturais e até mesmo sociais, econômicos e políticos que se correlacionam entre si e estão, na maioria das vezes, interrelacionados, assentando-se, em inúmeros casos, em preconceitos pré-estabelecidos, os quais estão grande parte das vezes presentes, mas quase sempre invisíveis.

No comento de Matteo Bonini-Baraldi, pode-se dizer que a defesa da não discriminação assenta num “cruzamento dos bens mais queridos e controversos da nossa sociedade”¹⁵⁹. Ou, ainda, na imagem de Michel Miné:

(...) o direito da discriminação pode ser comparado a uma árvore: tem raízes nos valores que tal direito defende (a dignidade da pessoa); um tronco comum com regras comuns a todas as discriminações (o regime probatório); e ramos que dizem respeito a cada motivo discriminatório específico (discriminação em função do sexo, racial, em função da idade, etc.)¹⁶⁰.

Se atento a esta onipresença e invisibilidade simultânea da discriminação, a prova no processo judicial não pode seguir os modelos clássicos do ônus da prova. Deve-se modificar a regra de atuação do ônus da prova, para que se assegure às vítimas o direito efetivo à justiça, primordialmente nos casos onde os autores da ação não possuem acesso à informação e aos dados para provar o seu caso, principalmente na fase de acesso e informação do contrato de trabalho.

É de fácil entendimento que a questão da prova, no que diz respeito à discriminação, reveste importância crucial para a sua proibição. Se a discriminação de maneira clara é obviamente proibida, a questão agrava-se quando aqueles que são responsáveis pela proibição a fazem de tal maneira que dificulta muito detectá-la,

the mitigated burden of proof in EC equality law. p. 4. Disponível em: <http://www.era-comm.eu/oldoku/Adiskri/03_Burden_of_proof/2009_Van_den_Brink_EN.pdf>. Acesso em: 25 mai. 2017.

¹⁵⁸ Podem se verificados, ainda, dados recentes referentes a diversos tipos de discriminação no Relatório Anual da FRA – European Union Agency for Fundamental Rights, **Fundamental rights: challenges and achievements in 2011**, Luxemburgo, 2012, p. 128 e ss. Disponível em: <<http://fra.europa.eu/mwg-internal/de5fs23hu73ds/progress?id=py1Y2CytHO4GhCH626Q8n2TeyceX1-VwB7li7ITgwpU,>>. Acesso em: 25 mai. 2017.

¹⁵⁹ BONINI-BARALDI, Matteo. **The burden of proof in discrimination cases:** elements for a conceptualisation from a private law perspective. Disponível em: <<http://www.era-comm.eu/anti-discrimi/TheBurdenofproof.html>>. Acesso em: 02 jun. 2017.

¹⁶⁰ MINÉ, Michel. **Le regime probatoire de la discrimination.** Disponível em: <<http://www.era-comm.eu/anti-discrimi/TheBurdenofproof.html>>. Acesso em: 02 jun. 2017.

especialmente quando a omitem através de práticas, critérios e disposições que, nada obstante, ao que tudo indicam, não serem discriminatórios, são realizados de tal maneira que produzem o mesmo tipo de exclusão que os de uma discriminação que ocorre de maneira visível.

Dessa maneira, a eficácia de uma legislação antidiscriminatória irá depender rigorosamente do seu regime probatório, estando este, com as suas regras procedimentais, a serviço da eficiência do direito contra a discriminação.

5.1. ANÁLISE DO ÔNUS DA PROVA EM CASO DE DISCRIMINAÇÃO

Constitui um direito universal o direito à igualdade e à proibição da discriminação, tendo seu reconhecimento pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, pela Convenção das Nações Unidas sobre a eliminação de toda e qualquer maneira de discriminação contra as mulheres, pelos pactos internacionais das Nações Unidas sobre os Direitos Civis e Políticos e sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, e pela convenção para a proteção dos direitos do homem e das liberdades fundamentais, de que Portugal é signatário. Sob outra perspectiva, a Convenção n.º 111, da Organização Internacional do Trabalho veda a discriminação em matéria de emprego e atividade profissional.

A União Europeia, durante muito tempo, fez defesa à proibição da discriminação como uma maneira de tentar conseguir um mercado interno mais sólido. É possível defender que hoje em dia existe uma forte proteção a este nível contra a discriminação, tendo em vista que esta não acontece somente ao nível individual, mas também, coletivo pelo fato de ser dirigida inúmeras vezes contra grupos ou comunidades¹⁶¹.

¹⁶¹ FARKAS, Lilla. **How to Present a Discrimination Claim**: Handbook on seeking remedies under the EU Non-discrimination Directives. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2011. p. 7. Cumpre destacar que o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos e a Agência da União Europeia para os Direitos Fundamentais, em 2010, lançaram o **Manual sobre a legislação europeia antidiscriminação**. Luxemburgo: Serviços das Publicações da União Europeia, 2010. Disponível em: <<http://fra.europa.eu/en/publication/2011/handbook-european-non-discrimination-law>>. Acesso em: 03 jun. 2017.

5.2 CONCEITOS FUNDAMENTAIS

No linguajar cotidiano, a palavra discriminação é, com certa frequência, empregada como sinônimo de injustiça, desigualdade ou uma falta de oportunidades iguais e, de certa forma, o conceito de discriminação correlaciona-se com estes conceitos morais e filosóficos. Entretanto, ao nível da União Europeia, o conceito é entendido de maneira muito mais restrita no âmbito legal. A discriminação não quer dizer injustiça ou violação de direitos humanos, sendo a proteção contra a discriminação somente limitada em casos onde estão presentes características específicas legalmente protegidas.

Porém, a lei tem o condão de estabelecer regras que possam parecer injustas ou até mesmo alguns tratamentos desiguais podem apresentar justificativas, o que complementa o fato de a discriminação poder ser justificada em algumas ocasiões nas quais a imagem imoral ou injusta pode vir a ser ultrapassada pelo simples fato de ser legal.

Perante estas possibilidades, assume especial relevância verificar-se quando é que se está realmente diante de uma discriminação.

5.3 EVOLUÇÃO HISTÓRICA EM RELAÇÃO AO ÔNUS DA PROVA EM CASO DE DISCRIMINAÇÃO

Refutar a discriminação nos tribunais é uma maneira bem efetiva para terminar com os casos de discriminação. Entretanto, na prática, existem inúmeras dificuldades e desafios em um caso de discriminação. Primeiramente, deve-se destacar que a discriminação é muito difícil de ser comprovada, tendo em vista que, na maioria das vezes, é realizada de forma escondida ou disfarçada. E para um indivíduo que é posto de frente com uma situação de discriminação, torna-se muito difícil, senão impossível, conseguir provar o caso. Deste modo, como exemplo, um candidato a trabalho pode ter tido a impressão de que foi recusado devido à sua etnia, mas será extremamente complicado conseguir levar para o tribunal os dados do processo de seleção a que se referem esse fator discriminatório como o motivo para a sua não contratação.

Em observação dessas razões, e partindo da evolução em matéria de discriminação em razão do sexo, ambas as Diretivas de 2000 fazem referência à igualdade e não-discriminação, além de consagrarem normativos específicos relativamente à repartição do ônus da prova¹⁶².

5.4 O ÔNUS DA PROVA NAS DIRETIVAS 2000/78/CE E 2000/43/CE E NO CÓDIGO DO TRABALHO

O legislador comunitário teve em foco demonstrar a grande dificuldade destes tipos de situações e, por conseguinte, estabeleceu nas Diretivas uma forma de partilha do ônus da prova¹⁶³ entre as partes demandante e demandada, o que quer dizer que a responsabilidade de provar ou não o motivo do processo é compartilhado entre as duas partes. Dessa maneira, o trabalhador ou candidato deve asseverar, primeiramente, que os fatos são coerentes com o acontecimento de discriminação e o empregador deve provar que não procedeu de forma injusta e que há uma causa legítima para o seu procedimento. Ainda é imposto pelas Diretivas, que os indivíduos que retratem queixas por discriminação sejam protegidos de forma adequada contra atos de retaliação ou represálias que, caso não sejam controlados, as poderiam impossibilitar o exercício do direito de igualdade de tratamento. A referida proteção também tem validade para testemunhas em processos de discriminação como um modo de incentivá-las a depor. Como outra forma de proteção às vítimas de discriminação tem também, a proibição da instrução no intuito de discriminar, que ocorre no momento em que alguém instrui outra pessoa para que ela atue de maneira discriminatória¹⁶⁴.

¹⁶² Cf. BLANPAIN, Roger. **European Labour Law**. 12. ed. Wolters Kluwer – Kluwer Law International, Netherlands, 2010. p. 522 e ss.

¹⁶³ Segundo a advogada-geral Juliane Kokott: “(...) com o regime de inversão do ônus da prova em todas as diretivas antidiscriminação, o legislador escolheu uma solução que mantém um equilíbrio justo entre os interesses da vítima da discriminação e aqueles do seu respectivo adversário processual. Em particular, este regime não elimina completamente o ônus da prova da alegada vítima de discriminação, apenas o altera”. INFOCURIA. **Processo C-394/11**. 20 set. 2012. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=127265&doclang=PT>>. Acesso em: 03 jun. 2017.

¹⁶⁴ Nesse aspecto, esclarecedor o artigo Instruction to Discriminate, de Irene Asscher-Vonk, publicado em **European Gender Equality Law Review**, n. 1, p. 4-12. Disponível em: <http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/files/law_reviews/egelr_2012-1_final_web_en.pdf>. Acesso em: 03 jun. 2017.

A inversão do ônus da prova não faz com que o empregador deva provar que não incorreu em qualquer prática discriminatória, na medida em que ele não tem de destruir a presunção, porém, antes, demonstrar de maneira concreta e minuciosa a existência de uma causa lícita que justifique a diferenciação, ou qual critério, prática ou regra aplicada está objetivamente justificado¹⁶⁵.

Dessa forma, o procedimento referente a esta partilha do ônus da prova é bem mais brando do que uma real inversão do ônus, tendo em vista que o que existe é uma partilha e uma alteração do ônus no que concerne àqueles elementos que são pertencentes a cada uma das partes. Não há uma total mudança dos procedimentos normais, em caso de prova que estabelecem que cabe ao demandante a prova dos fatos, dado que aqui ele deve carrear fatos que deem origem à dúvida e determinem a presunção de um tratamento discriminatório. E, na realidade, trata-se de uma presunção já que até aqui o demandante apenas apresentou fatos a partir dos quais pode inferir-se que aconteceu uma diferença de tratamento. Somente se o demandado, ou seja, o empregador, não conseguir provar que a medida não é ilegal e desproporcional é que a presunção irá se tornar uma evidência e irá estabelecer que verdadeiramente efetuou-se uma discriminação.

Em primeiro lugar, deve-se verificar quem pode intentar a ação no Tribunal. Assim, desde já, o candidato a emprego ou, se já existir uma relação laboral, o trabalhador, podem, por si mesmos, exercer em juízo os direitos advindos do direito à igualdade de oportunidades e de tratamento.

Porém, a legislação portuguesa, no seguimento do previsto nas Diretivas, vai mais além e determina que também as associações sindicais dispõem de legitimidade para o efeito, nos termos do art. 443.º, n.º 1, alínea “d”, do Código do Trabalho. Desse modo, podem representar nos casos de discriminação indireta em que esteja em causa um grupo de indivíduos ou de interesses coletivos que aqueles representam, nos termos do art. 5.º, n.º 1, do CPT¹⁶⁶. Contudo, também lhes assiste legitimidade para, em representação e substituição de trabalhadores seus associados, que o autorizem,

¹⁶⁵ CARVALHO, Catarina de Oliveira. Considerações sobre o estatuto jurídico-laboral da mulher. In. MOREIRA, António. (org.). **IV Congresso Nacional de Direito do Trabalho: memórias**. Coimbra: Almedina, 2002. p.140.

¹⁶⁶ PORTUGAL. **Código do Trabalho**. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=487&tabela=leis>. Acesso em: 02 jun. 2017.

invocarem em juízo direitos individuais destes e violados com caráter de generalidade, nos moldes do art. 5.º, n.º 2, alínea c) do CPT.

O demandante da ação em Tribunal deve estabelecer fatos a partir dos quais a presunção de discriminação se origina, ou seja, deve estabelecer uma conduta, à primeira vista, discriminatória. E este estabelecimento de fatos deve ocorrer tanto nos casos de discriminação direta, como nos de discriminação indireta, para impedir ou prevenir, por parte das pessoas, casos de acusação injustificados ou inexistentes de discriminação.

Esse estabelecimento dos fatos releva do papel do juiz, que deve atender a todas as indicações dadas pelo juiz comunitário, com o intuito de dar um efeito útil às diretivas, tendo o juiz um papel fundamental na condução de todo este processo.

Entretanto, este estabelecimento dos fatos é diferente ainda que se trate de uma discriminação indireta

No que diz respeito aos casos de discriminação direta, o demandante deve apresentar fatos que evidenciem a presunção de que ele foi tratado menos favoravelmente do que “aquele que é, tenha sido ou possa vir a ser dado a outra pessoa em situação comparável”. Isso exige, tal como já mencionado em momento anterior, que se tenha um comparador concreto ou o demandante fica incumbido de tornar plausível que, em determinadas situações, não seja fundamental a existência de um comparador.

Os fatos que o demandante apresenta no Tribunal devem criar a dúvida ou a suspeita de que o comportamento em questão poderá ser discriminatório com base na lei que exista nessa matéria.

Deve ser estabelecido pelo demandante que a tomada da decisão fundamentada no método discriminatório é considerada aceitável, fazendo surgir uma dúvida para o juiz, levando em consideração que a situação não é racional na sua totalidade, havendo uma anomalia que incita a dar continuidade à pesquisa, ou seja, passar à segunda fase do processo e inquirir o empregador.

Dessa maneira, a apreciação do juiz interno é essencial e determinante para dizer a partir de que momento os fatos acerca de uma disparidade de situação são considerados como estabelecidos.

Reforce-se que estes fatos podem ser de diversas naturezas, tais como progressão de carreira, diferenças de remuneração, acesso à formação profissional e escolha dos indivíduos para um despedimento coletivo.

Além disso, os fatos expostos devem ser categóricos, no intuito de alterar o princípio do ônus da prova. As diretivas da União Europeia e a lei portuguesa somente autorizam uma inversão do ônus no momento em que, à primeira vista, tenha sido determinado um tratamento discriminatório. Se somente afirmações desse gênero fossem suficientes, qualquer indivíduo poderia queixar-se de sentir-se injustiçado a todo e qualquer tempo. Dessa forma, o demandante deve determinar fatos que geram uma suspeição, ou seja, a presunção, que há uma conexão entre a desvantagem ou o tratamento desigual e o particular campo protegido pela legislação antidiscriminatória.

Percebe-se que, no ordenamento jurídico português, a jurisprudência vem sendo bastante restritiva, não reforçando a regra da inversão do ônus da prova mencionado no Código do Trabalho.

Atendendo à sua noção, no caso da prova na discriminação indireta, não se pode procurar a intenção do seu autor, não sendo esta um elemento constitutivo de prova.

Nesses casos, a prova acarreta uma análise dos efeitos da prática, da disposição ou do critério em questão, partindo da análise dos efeitos discriminatórios sobre pessoas ou um grupo de pessoas. O processo probatório, no caso da discriminação indireta, invoca uma análise do grupo, recorrendo inúmeras vezes aos dados quantitativos e às estatísticas, que devem ser significativas e com o relevo sociológico no litígio em causa. Vale ressaltar, no entanto, que o recurso a estes dados quantitativos é somente uma possibilidade e não uma obrigação tendo em vista que a dimensão estatística não irá ser a melhor opção para presumir uma discriminação indireta referente às pessoas discriminadas em virtude da sua deficiência, da sua orientação sexual ou, por exemplo, da sua etnia.

CONCLUSÃO:

Os princípios da igualdade de tratamento bem como o da não discriminação estão no centro do modelo social europeu. Constituem a pedra angular dos direitos e valores fundamentais subjacentes à União Europeia dos dias atuais.

Todas as conquistas realizadas no âmbito da igualdade de tratamento e da não discriminação é motivo de orgulho.

Em um curto espaço de tempo, muito foi conseguido, desde que os Estados-Membros entraram num consenso no que diz respeito à necessidade de uma ação concertada no plano europeu no combate à discriminação. A legislação europeia reforçou de modo significativo o nível de proteção contra a discriminação em toda a União Europeia. E apesar disso, ainda são fundamentais esforços acrescidos no intuito de garantir a efetividade da aplicação do princípio da não discriminação no âmbito da União Europeia. Pois infelizmente, a discriminação permanece sendo uma realidade quotidiana para inúmeros cidadãos que lá vivem e trabalham.

Tem se tornado cada vez mais notórias e passíveis de discussão as diferenças de tratamento em virtude da idade. E esta não está apenas restrita às diferenças de tratamento diretas, mas também às indiretas.

Todos os Estados membros, os parceiros sociais, os empregadores e todos aqueles que determinam as condições de emprego e de trabalho são obrigados pelo Direito da União Europeia a reverem as distinções em virtude da idade.

No ordenamento jurídico comunitário o princípio da não discriminação em virtude da idade elevou-se a nível de princípio fundamental. A ação comunitária é conexas à exigência de combater qualquer forma de discriminação, gerando um favorecimento num nível grande de ocupação e inclusão social, por meio de uma ligação com as diferentes políticas nacionais.

Entretanto, não se pode deixar de analisar que esta maneira de discriminação não se parece com as outras e, de quando em quando, é realmente dificultosa a compreensão e gestão dada a sua própria natureza e ao fato de certas divergências entre grupos serem justificadas caso elas permitam alcançar metas legítimas de política social.

O TJUE tem atuado de forma bem ativa na tentativa de elucidar a interpretação que deve ser realizada da Diretiva no que diz respeito às medidas que os Estados membros podem adotar em referência ao estabelecimento de discriminações diretas em virtude da idade fundadas em razões de política social.

Porém, consideramos que o rumo que tem trilhado, por vezes, não tem acontecido do melhor jeito.

A discriminação em função da idade é, de maneira geral, proibida, todavia, inúmeras são as derrogações permitidas. E uma das questões basilares é a de saber como essas derrogações previstas no direito comunitário se associam às leis nacionais.

Desta maneira, parece que o Tribunal de Justiça tem vindo a esclarecer aspectos como a reforma e a ideia como uma característica essencial e determinante para a atividade profissional em comento, e concordamos que este entendimento mais restrito que tem vindo a ser realizado é o mais acertado.

Em contrapartida, o TJUE tem tentado fornecer orientações para elucidar o que são os objetivos legítimos, idade máxima de recrutamento, idade de reforma, limites nas escolhas dos Estados membros relativamente às medidas adotadas, mesmo que com uma margem de manobra, que por vezes parece, exagerada e responsável por diversas disparidades entre os mesmos Estados.

O TJ ainda não descreveu uma conjuntura acerca da idade em termos de uma vida mais longa e num contexto do envelhecimento de toda a população, bem como assumiu a idade como um elemento que pode ser aceite para discriminações diretas atinentes à uma redução na capacidade, optando pela adoção de assunções gerais em lugar de testar as capacidades individuais. Porém, referente a este aspecto, parece ser mais relevante saber o que é a idade para cada atividade e parar com determinados preconceitos e estereótipos acerca dos trabalhadores com idade mais avançada.

É de grande relevo inserir no discurso e na racionalidade jurídica elementos que permitam a todos os trabalhadores, especialmente os mais idosos, defender os seus interesses fundamentais diante de uma população que tente ao envelhecimento.

Todo ser humano possui direito a desfrutar de uma velhice em condições dignas e é nesse sentido que tanto o TJ como os tribunais nacionais, devem se

manifestar. Entretanto, os direitos dos trabalhadores têm sido postergados em bastantes situações em detrimento do interesse público ou socioprofissional, impondo-lhes uma noção de bem comum que não é obrigatoriamente a deles.

No que diz respeito à deficiência, programas, ações de sensibilização e apoio social são fundamentais para modificar a maneira como a sociedade funciona e para desfazer as barreiras que atrapalham os indivíduos portadores de deficiência de cooperar de forma plena na sociedade. Ademais, é importante dar oportunidades às pessoas com deficiência para que participem integralmente da sociedade e com os devidos meios para reivindicação dos seus direitos.

Tanto a discriminação em função da deficiência como a proteção das pessoas portadoras de deficiência evoluíram bastante muito pouco tempo. A inserção de inúmeros princípios proibitivos, relacionados a este tipo de discriminação, e também a introdução de um verdadeiro dever de adaptação razoável para providenciar direitos substantivos às pessoas com deficiência, aumentou consideravelmente a proteção frente à discriminação.

Ultimamente, tem ocorrido uma mudança de paradigma não apenas em comportamentos e atitudes, mas também na abordagem da questão da tutela contra a discriminação em virtude da deficiência. A convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com deficiência teve um papel de grande relevância nesse sentido.

Os portadores de deficiência não mais são vistos como objetos de caridade e com exigência de tratamento médico e proteção social, mas passam a ser considerados verdadeiros sujeitos de direitos, perfeitamente aptos a tomarem decisões para as suas vidas com base no seu livre consentimento livre, transformando-se em verdadeiros membros ativos da sociedade. Dessa maneira, os valores da autonomia, participação e solidariedade coadunam-se, produzindo um novo paradigma nos direitos humanos que poderá servir de molde para conquistas futuras no que concerne aos direitos substantivos dos indivíduos com deficiência.

Referente ao recrutamento e contratação de pessoas portadoras de deficiência, é importante que seja passada a mensagem de que essas pessoas trazem um valor acrescido à empresa, bem como aos seus produtos e serviços.

Os empregadores podem, individualmente, apresentar vantagens com este valor acrescido, especialmente por meio de ajudas financeiras, benefícios fiscais, promoção da imagem da empresa, bem como uma melhoria nos seus serviços tendo em vista que os trabalhadores portadores de deficiência irão poder conhecer melhor as necessidades de eventuais clientes, também eles deficientes, que representam cerca de 15% da totalidade do mercado.

Com relação à Diretiva, traz um espírito inovador no que diz respeito ao conceito de adaptação razoável, ao posicioná-lo como eixo central da igualdade de tratamento das pessoas portadoras de deficiência.

A União Europeia impõe um dever do direito no intuito de que haja uma adaptação razoável das pessoas com deficiência no mercado de trabalho e isso constitui um passo de grande relevância na consagração dos direitos das pessoas portadoras de uma deficiência ou doença crônica e a sua inserção no mercado de trabalho. Entretanto, as limitações que são impostas acerca deste dever, se não suficientemente concretizadas, ameaçam reter o progresso da norma, mesmo que a interpretação mais atual do TJUE possa inverter de alguma forma este quietismo.

Entendemos que um Tribunal com proatividade nestas questões pode assegurar o desenvolvimento de políticas antidiscriminatórias e preterir restrições ampliadas em questão de adaptação razoável por parte dos Estados membros.

A noção de encargo desproporcionado não pode de forma alguma ser entendida com o objetivo de manter a ideia de que os indivíduos com deficiência são custosos para o empregador, mas sim, que podem angariar benefícios para os outros trabalhadores, para a própria empresa e também para os clientes desta.

As pessoas portadoras de deficiência permanecem em situação desvantajosa no mercado de trabalho, não obstante os recentes desenvolvimentos econômicos nesta matéria. E mais, é recorrente o fato de continuarem desempregados ou terem um emprego que seja menos exigente e onde se requisitem menores conhecimentos.

A sua taxa de desemprego é superior e as mulheres portadoras de deficiência, na maioria dos países, estão numa posição de desvantagem em relação os homens, tendo, comumente, uma menor porcentagem de participação no mercado de trabalho, taxas de desemprego mais elevadas e um menor nível de educação frente aos homens.

As políticas de apoio encontram maior facilidade em sua implementação a nível local, sendo fundamental a participação dos parceiros sociais para uma real modificação no modo como a sociedade e o mundo de trabalho realizam a inclusão de pessoas com deficiência. Os parceiros sociais são de extrema importância para auxiliar e conferir a responsabilidade social das empresas e o diálogo social. O envolvimento de todas as partes é necessário para se conseguir uma melhoria na integração ou reintegração de pessoas portadoras de deficiência, doença crônica ou capacidade de trabalho reduzida, já que os parceiros sociais estão em uma melhor posição para dialogar com os empregadores, bem como implementar melhores políticas de integração a nível local.

Assim, é de grande relevância delimitar um sistema que faça a conexão entre medidas ativas e passivas de maneira a estimular a participação dos cidadãos no mercado de trabalho, dado que a participação dos parceiros sociais na propagação de leis e boas práticas sobre a vedação da discriminação em função da deficiência tem um papel indispensável e insubstituível.

No que concerne à orientação sexual, faz parte do âmbito mais íntimo e reservado do indivíduo e o trabalhador não pode de forma alguma ser discriminado por isso seja na fase de acesso, seja na fase de execução do contrato de trabalho.

O empregador não pode indagar os candidatos acerca de sua orientação sexual na fase de formação do contrato de trabalho. Como faz parte da esfera privada dos trabalhadores, são dados indisponíveis e irrevogáveis, e se porventura aqueles forem interrogados, poderão omitir a resposta ou, se tal for necessário, falsificá-las. E agir de forma contrária, seria admitir ocorrências de estigmatizações de determinados grupos sociais.

Com relação à proteção da orientação sexual na fase de execução do contrato de trabalho, deve ser analisado com muita atenção o trajeto de suma importância que a União Europeia tem realizado por meio das Diretivas, recomendações.

Qualquer forma de punição aplicada ao trabalhador baseada na sua orientação sexual será ilícita por violação ao princípio da igualdade, da não discriminação e da proteção da esfera privada. Estes comportamentos não afetam a sua capacidade ou aptidão laboral e nem podem ser considerados como pressupostos fundamentais para a

correta execução da atividade profissional. Em alguns casos, de maneira excepcional, o comportamento sexual poderá ser pertinente, como na situação em que determinada conduta sexual pode acarretar prejuízos para o bom ambiente de trabalho, produzindo reflexos negativos na organização.

A discriminação é considerada imoral pois estabelece um ataque direto à dignidade humana e, concomitantemente, é economicamente danoso. Desse modo, deve-se conseguir conceder uma proteção efetiva à dignidade humana dado que ela é atacada não somente pela discriminação, mas, inclusive, pelo assédio que os trabalhadores ou candidatos são vítimas.

Uma adequada proteção à dignidade humana deve ser agraciada pela lei, concedendo uma indenização à vítima por todos os danos patrimoniais e não patrimoniais abastadamente real que também desempenhe uma função desaconselhável na pessoa que pratica a discriminação, o que traz o pensamento de que só altos níveis de compensação asseguram o fim da discriminação. Dessa forma, a indenização deve ser eficaz, proporcional e dissuasiva.

Do mesmo modo que o TJUE, a legislação europeia, nesse tema, inseriu mecanismos processuais que conseguiram determinar um melhor equilíbrio entre os diversos interesses em confronto em situações de discriminação. A dificuldade em provar a discriminação se torna mais branda pela possibilidade de inversão do ônus da prova presente em diversas Diretivas e transposta para o nosso ordenamento jurídico.

É de fácil compreensão que a parte que possui acesso à maioria das informações, como geralmente ocorre no caso do empregador, deve ter uma maior responsabilidade e um maior ônus para refutar a presunção de discriminação do que a parte que não possui acesso a nenhuma informação.

Os diversos casos do TJUE, bem como os dos Tribunais nacionais, evidenciam que não basta uma mera declaração de fatos por parte do demandante para que o ônus da prova se inverta. O demandante deve carregar fatos e circunstâncias que façam presumir a existência de uma discriminação. Posteriormente a esta construção é que o demandado será chamado para provar que não realizou este ato específico e discriminatório.

É exatamente pelo fato de, em circunstâncias específicas, o demandante ir adiante das exigências feitas pelas Diretivas, tendo não só de demonstrar, à primeira vista, uma discriminação como também provar a própria inversão ou, ainda, em algumas situações, estabelecer um número significativo de elementos diante do Tribunal, que nos parece que o sistema vigente não é completamente satisfatório. A primeira parte, que é de responsabilidade do demandante, não deveria constituir uma obstrução para as vítimas ou para os seus representantes interporem ações em Tribunal e que, a nível nacional, a jurisprudência deveria ser menos restritiva no que se refere a este tema.

Cabe aos Tribunais nacionais o papel fundamental de realizar as avaliações das provas apresentadas pela entidade patronal, e com o intuito de ilidir essa presunção, devendo, portanto, considerar que o tribunal nacional deve aplicar as normas processuais convenientes, contanto que, primeiramente, essas normas não sejam menos favoráveis do que aquelas que regulam ações correspondentes de natureza interna (princípio da equivalência) e, em segundo lugar, não impossibilitem ou tornem extremamente dificultoso, na prática, o exercício dos direitos concedidos pela ordem jurídica comunitária (princípio da efetividade).

Esta partilha do ônus da prova consolida um mecanismo bem preciso e com amplos poderes para o juiz nacional, revestindo um papel fundamental para as partes, porquanto o estabelecimento, à primeira vista, de um tratamento discriminatório é de extrema relevância e que, apesar de não poder nem dever ser considerado como uma facilidade, também não se deve colocar dificuldades em excesso para que aquelas potenciais vítimas possam recorrer ao Tribunais.

Toda a eficácia de uma legislação que veda o tratamento discriminatório irá depender da aptidão de todos os intervenientes para executarem os mecanismos legais, saberem ir mais além dos tradicionais meios judiciais e consentirem que o demandante possa aceder a todos os meios de prova. E esta partilha do ônus da prova constitui uma forma de tentar reduzir as dificuldades que as potenciais vítimas de discriminação devem provar em um caso como este. Dessa maneira, tal como em outras situações, torna-se primordial a atuação de todos os que operam com estas matérias, sendo fundamental a evolução das mentalidades para a operatividade prática destes princípios.

BIBLIOGRAFIA:

ALMEIDA, Joana. Do artigo 348.º do Código do Trabalho à luz do Direito Comunitário, **Revista de direito e de estudos sociais**. Ano 50, n. 3-4. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

AMADO, João Leal. **Contrato de trabalho**. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

ÁNGEL MALO, Miguel; PAGÁN, Ricardo. Diferencias salariales y discapacidad en Europa: ¿discriminación o menor productividad? **Revista Internacional del Trabajo**, v. 131, n. 1-2.

ARAÚJO, Denise. CÔRTE, Beltrina. Como a mídia, no Brasil, apresenta o mercado de trabalho para pessoas com 60+?. **O envelhecimento ativo e seus fundamentos**. Org. Suzana Carielo da Fonseca. São Paulo: Portal Edições, 2016.

ARISTÓTELES. **A Política**. Livro VII. São Paulo: Martins Claret, 2002.

ASSCHER-VONK, Irene. Instruction to Discriminate. **European Gender Equality Law Review**. n. 1. Disponível em: <http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/files/law_reviews/egelr_2012-1_final_web_en.pdf>. Acesso em: 03 jun. 2017.

BARBERA, Marzia. Le discriminazioni basate sulla disabilità. **Il nuovo diritto antidiscriminatori**: Il quadro comunitario e nazionale. Marzia Barbera (Org.). Milan: Giuffrè Editore, 2007.

BLANPAIN, Roger. **European Labour Law**. 12. ed. Wolters Kluwer – Kluwer Law International, Netherlands, 2010.

BONINI-BARALDI, Matteo. **The burden of proof in discrimination cases**: elements for a conceptualisation from a private law perspective. Disponível em: <<http://www.era-comm.eu/anti-discri/TheBurdenofproof.html>>. Acesso em: 02 jun. 2017.

BOTELHO, Catarina Santos. Algumas reflexões sobre o princípio da paridade retributiva. **Liberdade e compromisso: estudos dedicados ao professor Mário Fernando de Campos Pinto**. v. II. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2009.

BRINK, Marjolein Van Den. GRAVEN, Marije. **Proving discrimination: the mitigated burden of proof in EC equality law**. p. 4. Disponível em: <http://www.era-comm.eu/oldoku/Adiskri/03_Burden_of_proof/2009_Van_den_Brink_EN.pdf>. Acesso em: 25 mai. 2017.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**. v. 1, 4ª ed. rev. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

CARLI Gerson Correia *et al.* Efeito da idade relativa no futebol. **Revista brasileira de ciência e movimento**. v. 17, n. 3, p. 25-31. 2009. Disponível em: <http://universidadedofutebol.com.br/wp-content/uploads/2017/01/EIR_Futebol_Carli_2009.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2017.

CARVALHO, Catarina de Oliveira. **Da dimensão da empresa no direito do trabalho: consequências práticas da dimensão da empresa na configuração das relações laborais individuais e colectivas**, Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

_____. Considerações sobre o estatuto jurídico-laboral da mulher. In. MOREIRA, António. (org.). **IV Congresso Nacional de Direito do Trabalho: memórias**. Coimbra: Almedina, 2002.

CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil português**. I, Parte Geral, tomo I, 2. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

COUTINHO, Maria Luiza Pinheiro. **Discriminação no trabalho: Mecanismos de Combate à Discriminação e Promoção de Igualdade de Oportunidades**. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/discrimination/pub/oit_igualdade_racial_05_234.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2017.

DIÁRIO DE NOTÍCIA. **Portugueses ganham mais de dois anos de esperança de vida numa década.** 29. mai. 2017. Disponível em: <<http://www.dn.pt/sociedade/interior/portugueses-ganham-mais-de-dois-anos-de-esperanca-de-vida-numa-decada-8515609.html>>. Acesso em: 29 mai. 2017. Disponível em: <<https://www.eeoc.gov/eeoc/history/35th/thelaw/ada.html>>. Acesso em: 10 mai. 2017.

DRAY, Guilherme Machado. **O princípio da igualdade no direito do trabalho:** sua aplicabilidade no domínio específico da formação de contratos individuais de trabalho. Coimbra: Almedina, 1999.

ECONOMIAS. **Idade da reforma em Portugal.** 20. jan. 2017. Disponível em: <<https://www.economias.pt/idade-da-reforma-em-portugal/>>. Acesso em: 19 mai. 2017.

EMENS, Elizabeth F. Integrating Accommodation. **University of Pennsylvania Law Review.** v. 156, n. 4, abr. 2008.

FARIA, Paulo Ramos. Velhos São os Trapos: discorrendo por analogia sobre o Acórdão Palacios de La Vila, **Questões laborais**, Ano XVI, n. 34.

FARKAS, Lilla. **How to Present a Discrimination Claim:** Handbook on seeking remedies under the EU Non-discrimination Directives. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2011.

FERNANDES, António Monteiro. Observações sobre o “Princípio da Igualdade de Tratamento” no Direito do Trabalho. **Estudos em homenagem ao Prof. doutor A. Ferrer Correia.** Boletim da Faculdade de Direito. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1990.

FRA – European Union Agency for Fundamental Rights, **Fundamental rights: challenges and achievements in 2011**, Luxemburgo, 2012, p. 128 e ss. Disponível em: <http://fra.europa.eu/mwg-internal/de5fs23hu73ds/progress?id=py1Y2CytHO4GhCH626Q8n2TeyceXl-VwB7li7ITgwpU,>>. Acesso em: 25 mai. 2017.

GOÑI SEIN, José Luis. Palomeque López, Manuel-Carlos. **El respeto a la esfera privada del trabajador: un estudio sobre los límites del poder de control empresarial**. Madrid: Civitas, 1986.

GOMES, Júlio Manuel Vieira. **Direito do trabalho**. v. 1. Relações Individuais de Trabalho. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

GUBBELS, André. **The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities as a new tool for addressing Discrimination on grounds of Disability**. Disponível em: http://www.era-comm.eu/oldoku/Adiskri/07_Disability/2011_04_Gubbels_EN.pdf>. Acesso em: 16 mai. 2017.

HACKING, Ian. **The social construction of what?** Cambridge: Harvard University Press, 1999.

HENDRIKS, Aart. **Reasonable Accommodation: a new concept?** Disponível em: http://www.era-comm.eu/oldoku/Adiskri/07_Disability/2009_Hendriks_EN.pdf>. Acesso em: 10 mai. 2017.

INFOCURIA. **Processo C-17/05**. 18. mai. 2006. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=65387&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=448503>>. Acesso em: 21 mai. 2017.

INFOCURIA. **Processo C-144/04**. 22 nov. 2005. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=56134&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=445950>>. Acesso em: 21 mai. 2017.

_____. **Processo C-388/07**. 5 mar. 2009. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=77505&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=447262>>. Acesso em: 21 mai. 2017.

_____. **Processo C-394/11**. 20 set. 2012. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=127265&doclang=PT>>. Acesso em: 03 jun. 2017.

_____. **Processo C-411/05**. 16 out. 2007. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=70359&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=447679>>. Acesso em: 21 mai. 2017.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTATÍSTICA (INE). **Mantém-se o agravamento do envelhecimento demográfico, em Portugal, que só tenderá a estabilizar daqui a cerca de 40 anos**. 29. mar. 2017. Disponível em: <https://www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine_destaques&DESTAQUESdest_boui=277695619&DESTAQUESmodo=2&xlang=pt>. Acesso em: 15 mai. 2017.

JÁVEGA, Consuelo Chacartegui. **Discriminación y orientación sexual del trabajador**. Valladolid, Editorial Lex Nova, 2001.

KAYESS, Rosemary; FRENCH, Philip. Out of darkness into Light? Introducing the Convention on the Rights of Persons with Disabilities. **Human Rights Law Review**. Oxford, v. 8, n. 1, jan. 2008.

LANG, Raymond. The United Nations convention on the right and dignities for persons with disability: a panacea for ending disability discrimination? **ALTER. European Journal of Disability Research**, n. 3, 2009.

LAURENT, Sylvain. Discrimination, le plan d'action européen en faveur des personnes handicapées. **Droit social**, Librairie technique et économique, n. 5, 2008.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. Formas de Cessação do Contrato de Trabalho e Procedimentos, **Temas laborais. Estudos e pareceres**, Coimbra, Almedina, 2006.

LEITE, Jorge. O princípio da igualdade salarial entre homens e mulheres no direito português. **Compilação de elementos para uma consulta especializada sobre igualdade de remuneração entre mulheres e homens**. Estudos, n. ° 3. Comp. Ana Paula Salada. Lisboa: DGEEP, CID, 2004.

MACHADO, Susana Sousa. **Contrato de Trabalho a Termo – A Transposição da Directiva 2999/70/CE para o Ordenamento Jurídico Português: (In)compatibilidades**. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

MAGALHÃES, Maria Lúcia Cardoso de. A discriminação do trabalhador idoso – Responsabilidade social das empresas e do estado. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**. Belo Horizonte, v. 48, n. 78, p. 31-43, jul./dez. 2008.

MARTINEZ, Pedro Romano. **Direito do Trabalho**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2010.

MARTINS, Pedro Furtado. **Cessação do contrato de trabalho**. 2. ed. Cascais: Principia, 2002.

MÉGRET, Frédéric. The Disabilities Convention: Human Rights of Persons with Disabilities or Disability Rights? **Human Rights Quaterly**, v. 30, 2008.

MENDES, Carla Sofia Faria. **Monitorizar os direitos humanos das pessoas com deficiência**: análise de dados do Projecto Disability Rights Promotion International na Cidade de Toronto, Canadá. Dissertação (Mestrado em Política Social), Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, Universidade Técnica de Lisboa, Lisboa, 2012. Disponível em: <<https://www.repository.utl.pt/bitstream/10400.5/4678/2/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20Mestrado.pdf>>. Acesso em: 22 mai. 2017.

MINÉ, Michel. **Le regime probatoire de la discrimination**. Disponível em: <<http://www.era-comm.eu/anti-discrimi/TheBurdenofproof.html>>. Acesso em: 02 jun. 2017.

MORAES FILHO, Evaristo de Moraes. A mão-de-obra dos maiores de 40 anos. **Temas atuais de trabalho e previdência**. São Paulo: LTr, 1976.

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. 1 e 2, 2012.

_____. **Igualdade e não discriminação**. Coimbra: Almedina, 2013.

O'BRIAN, Nick. **Disability and Reasonable Accommodation**. Disponível em: <http://www.era-comm.eu/oldoku/Adiskri/07_Disability/2008_OBrien_EN.pdf>. Acesso em: 10 mai. 2017.

OIT. **Convenção n. 159**. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/node/505>>. Acesso em: 15 mai. 2017.

_____. **Recomendação n. 168**. Disponível em: <<http://www.faders.rs.gov.br/legislacao/6/43>>. Acesso em: 15 mai. 2017.

OMS, Banco Mundial. **World Report on Disability**. Disponível em: <http://www.who.int/disabilities/world_report/2011/report.pdf>. Acesso em: 13 mai. 2017.

_____. ICF. **Towards a Common Language for Functioning, Disability and Health**. Genebra, 2002. Disponível em: <<http://www.who.int/classifications/icf/icfbeginnersguide.pdf> >. Acesso em: 12 mai. 2017.

ONU. **Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência**. Disponível em: <<http://www.inr.pt/uploads/docs/direitosfundamentais/convencao/ConvTxtOfPort.pdf>>. Acesso em: 15 mai. 2017.

_____. **Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos (IDCP)**. Disponível em: <http://www.cne.pt/sites/default/files/dl/2_pacto_direitos_civis_politicos.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2017.

_____. **Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 20 mai. 2017.

_____. **Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência**. Disponível em: <<http://www.inr.pt/uploads/docs/direitosfundamentais/convencao/ConvTxtOfPort.pdf>>. Acesso em: 15 mai. 2017.

PLATÃO. **A República**. Livro IV. São Paulo: Martins Claret, 2009.

PIMENTA, Margarida Lamy. O conceito de discriminação indireta: um caso de *cross-fertilization* in Scientia Iuridica, **Revista de Direito Comparado**, n. 334, Tomo LXIII, jan./abr., 2014.

PORTUGAL. **Código Civil**. Disponível em: <<http://www.codigocivil.pt/>>. Acesso em: 25 mai. 2017.

PORTUGAL. **Código do Trabalho.** Disponível em:
<http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=487&tabela=leis>.
Acesso em: 02 jun. 2017.

_____. **Constituição da República Portuguesa.** Disponível em:
<<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>
. Acesso em: 25 mai. 2017.

_____. **DL 187/2007.** Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/75095585/201705130233/exportPdf/normal/1/cacheLevelPage?_LegislacaoConsolidada_WAR_drefrontofficeportlet_rp=indice>. Acesso em: 23 mai. 2017.

_____. **DL 290/2009.** Disponível em: <<https://dre.pt/pesquisa/-/search/491685/details/normal?l=1>>. Acesso em: 24 mai. 2017.

_____. **Lei n.º 46/2006.** Disponível em:
<http://www.inr.pt/bibliopac/diplomas/lei_46_2006.htm>. Acesso em: 24 mai. 2017.

PROVEDOR DE JUSTIÇA EUROPEU. **Discriminação com base na idade de intérpretes freelance.** Disponível em:
<<https://www.ombudsman.europa.eu/pt/cases/summary.faces/pt/3776/html.bookmark>>.
Acesso em: 20 mai. 2017.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Tratado de direito do trabalho.** Parte II – Situações Laborais Individuais. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2012.

RIOS, Roger Raupp. A Discriminação por Gênero e por Orientação Sexual. **Série Cadernos do CEJ**, v. 24, Seminário Internacional As Minorias e o Direito, 2003.

SACADURA, Inês OOm de. O lado B da discriminação no mercado de trabalho. A igualdade - salarial ou outra - deve aferir-se por muito mais do que um mero estudo

analítico de dados e números. **Público**. 6 mar. 2016. Disponível em: <<https://www.publico.pt/2016/03/06/economia/noticia/o-lado-b-da-discriminacao-no-mercado-de-trabalho-1725366>>. Acesso em: 20 mai. 2017.

STACEY, Mary. **Disability: EU jurisprudence and the UM Convention on the Rights of Persons with Disabilities**. Disponível em: <http://www.era-comm.eu/oldoku/Adiskri/07_Disability/2012_June_stacey_EN.pdf>. Acesso em: 15 mai. 2017.

SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Griggs v. Duke Power Co.** (1971). Disponível em: <<http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/401/424.html>>. Acesso em: 25 mai. 2017.

TEYSSIE, Bernard. **Droit européen du travail**. 4. ed. Paris: LITEC, 2010.

UNIÃO EUROPEIA. **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia**. Disponível em: <<http://www.fd.uc.pt/CI/CEE/pm/Tratados/Nice/Carta%20Direitos%20Fundamentais.htm>>. Acesso em: 20 mai. 2017.

_____. **Decisão 2010/48/CE**. 26 nov. 2009. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2010.023.01.0035.01.POR&toc=OJ:L:2010:023:TOC>. Acesso em: 23 mai. 2017.

_____. **Diretiva 1999/70/CE**. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A31999L0070>>. Acesso em: 23 mai. 2017.

_____. **Diretiva 2000/78**. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32000L0078>>. Acesso em: 11 mai. 2017

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. Agência de Direitos Fundamentais da União Europeia. **Manual sobre a legislação europeia antidiscriminação**. Luxemburgo: Serviços das Publicações da União Europeia, 2010. Disponível em: <<http://fra.europa.eu/en/publication/2011/handbook-european-non-discrimination-law>>. Acesso em: 03 jun. 2017.

_____. **Special Eurobarometer 317**. Disponível em: <http://ec.europa.eu/commfrontoffice/publicopinion/archives/ebs/ebs_317_en.pdf>. Acesso em: 25 mai.

_____. **Tratado da União Europeia**. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_2&format=PDF>. Acesso em: 24 mai. 2017.

VALDÉS ALONSO, Alberto. **Despido y protección social del enfermo bipolar**: una contribución al estudio del impacto de la enfermedad mental em la relación de trabajo. Madrid: Editorial Reus, 2009.

WADDINGTON, Lisa; LAWSON, Anna. **Disability and non-discrimination law in the European Union: an analysis of disability discrimination law within and beyond the employment field**, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2009.

XAVIER, Bernardo Lobo. **Curso de direito do trabalho**. Lisboa: Verbo, 1993.