

BREVÍSSIMOS APONTAMENTOS SOBRE A NÃO DISCRIMINAÇÃO NO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA

MARIANA CANOTILHO

Elegendo como objecto de reflexão o princípio da não discriminação, a autora começa por delimitá-lo face ao princípio da igualdade, percorrendo os mais relevantes posicionamentos doutrinários sobre o tema e acabando por reconhecer ao primeiro uma maior operatividade prática sobre o segundo, em especial no contexto da determinação das distinções lícitas e ilícitas entre indivíduos num Estado de direito democrático.

No quadro do actual direito da União, a autoria identifica distintas fontes normativas pertinentes à problemática da discriminação, destacando o papel do Tribunal de Justiça da União Europeia na definição e densificação do princípio, em particular nos domínios da não discriminação em razão da nacionalidade e do sexo, bem como no plano do desenvolvimento dos conceitos de discriminação indirecta e das eventuais causas de justificação.

Quer no âmbito da distinção que opõe os conceitos de discriminação directa e discriminação indirecta, quer no domínio das possibilidades de justificação legal de tratamentos discriminatórios, a autora conclui no sentido de que o Tribunal de Justiça tem sabido manter uma construção relativamente coerente e que esta não pode deixar de constituir um elemento de referência para os juízes nacionais.

Nature hath made men so equal, in the faculties of the body, and mind; so that though there be found one man sometimes manifestly stronger in body, or quicker in mind than another; yet when all is reckoned together, the difference between man, and man, is not so considerable, as that one man can thereupon claim to himself any benefit, to which another can not pretend, as well as he.

Thomas Hobbes, Leviathan

I — QUADRO TEÓRICO

Neste trabalho pretendemos falar de não discriminação. Não é tarefa de pouca monta. Não o é, tanto mais, porque queremos falar de não discriminação sem falar aprofundadamente de igualdade, já que esta nos levaria muito mais longe do que o tempo e o espaço aqui nos permitem. Teremos, pois, como pressuposto de compreensão do nosso discurso o princípio da igualdade, tal como ele é hoje lido e densificado pelo pensamento jurídico no quadro de um Estado de direito democrático.

A primeira questão que se coloca quando falamos de não discriminação é a da autonomia estrutural do princípio, face ao princípio da igualdade. Nesta matéria, a doutrina tende a dividir-se entre a consideração da não discriminação como mera *dimensão negativa* da igualdade ou um entendimento daquela como um *princípio* com, pelo menos, um *certo grau de autonomia*.

No plano prático, ensina Catherine Barnard¹ que o princípio da não discriminação nos permite preencher o vazio resultante do princípio da igualdade enquanto princípio formal (que nos diz que todos os indivíduos devem ser tratados como iguais, mas não nos fornece critérios que permitam determinar qual o elemento de comparação relevante — em suma, não nos permite determinar *a quem* é que os indivíduos devem ser tratados como iguais). Neste sentido, *o princípio da não discriminação distingue critérios válidos e inválidos de distinção entre pessoas e situações*. Todavia, segundo a mesma autora, este entendimento da não discriminação revela-se como manifestamente insuficiente. Há muito que a doutrina vem afirmando a necessidade de consideração de um *conceito substancial de igualdade*, já que a mera igualdade formal, muitas vezes, perpetua as desigualdades reais. Esta exigência poderá mesmo implicar formas de acção positiva, ou verdadeiras discriminações positivas, para atingir a igualdade a longo prazo. Nesta outra dimensão, defende, será desejável uma verdadeira reconceptualização da ideia de igualdade, a fim de construir um modelo de discriminação centrado no conceito de *desvantagem*, mais do que no conceito de *diferença*. Esta nova concepção permitiria um teste muito mais adequado para a determinação das situações em que se justificam medidas de discriminação positiva, para combater discriminações negativas. Efectivamente, a simples referência à diferença não chega, já que a diferença reside, muitas vezes, na própria natureza das coisas (nenhum homem será jamais semelhante a uma mulher, em determinados aspectos, tal como os diversos grupos étnicos manterão sempre um certo número de características distintas). Pelo contrário, atender à questão da *posição desvantajosa*, permite tomar em devida conta a realidade social e distinguir as medidas que verdadeiramente contribuem para uma efectiva igualdade substancial.

Por outro lado, há que ter em consideração a circunstância para a qual chamam a atenção Juan Ubillos e Fernando Martinez², a propósito da questão da discriminação. Dizem-nos estes autores que “a discriminação (...) é um fenómeno social, antes de jurídico. Não estamos diante de episódios isolados de tratamento desigual, mas sim diante de uma prática sistemática,

¹ Cfr. Catherine Barnard, “Gender Equality in the EU”, in *The EU and Human Rights*, edited by Philip Alston, Oxford University Press, 1999.

² Cfr. Juan Maria Bilbao Ubillos e Fernando Rey Martinez, “Veinte anos de Jurisprudência sobre la Igualdad Constitucional”, in *La Constitución y la Práctica del Derecho*, n.º 4, 2.º semestre, 1999.

generalizada, que muitas vezes não é imposta por uma norma jurídica, mas o resultado de um padrão de conduta social implícito, de estereótipos muito arraigados, como o da inferioridade da mulher ou de certas etnias”. Assim, acrescentam “de pouco serve acabar com a discriminação diante da lei, ou imputar essa obrigação aos poderes públicos em geral, se não se ataca a raiz do problema, que é o preconceito social. A razão de ser desta interdição [de discriminação] não é simplesmente fixar um limite à acção do legislador. A explícita referência a motivos concretos de discriminação constitui *um diagnóstico do constituinte de certos fenómenos sociais de segregação que devem erradicar-se*”. Parece-nos ser esta uma análise muito precisa do objectivo da previsão constitucional de proibição de discriminação num Estado de direito.

Ainda nesta linha, escreve Gwénaele Calvès³ que o princípio da não discriminação se deve entender com dois sentidos distintos. Ele é, por um lado, *uma técnica* (relativa) e, por outro, *um valor* (absoluto). Neste sentido, afirma que o princípio da não discriminação designa uma técnica de controlo, (desenvolvida, em grande medida, por via jurisprudencial), que permite tornar operativo um princípio constitucional de conteúdo fortemente indeterminado: o princípio da igualdade. Ele será, deste modo, uma forma aperfeiçoada e mais realista deste último. Além disso, o princípio contém ainda um valor absoluto, uma proibição de distinções que, em função do critério de diferenciação sobre o qual assentam, são *a priori* arbitrárias, odiosas ou ilegítimas.

Poderíamos continuar a discutir a problemática do conteúdo do princípio da não discriminação, mas não é esse o objectivo deste trabalho. No entanto, podemos, desde já, desenhar algumas conclusões. Em primeiro lugar, a conceptualização da não discriminação não é fácil, assim como o não é a sua distinção da ideia de igualdade (para os que a julgam possível). Todavia, cremos poder afirmar que este princípio está dotado de uma maior operatividade prática do que o da igualdade, (que é mais abrangente e indeterminado). Assim, e mesmo não havendo lugar a uma real autonomia dogmática do princípio da não discriminação, vemos que ele é susceptível de fornecer critérios decisórios importantes. Permite, mais ainda se tivermos em consideração as modernas propostas de reconceptualização da discriminação em torno da ideia de *desvantagem*, determinar quais as distinções lícitas e ilícitas entre indivíduos num Estado de direito democrático. Além disso, chamamos a atenção para a necessidade de consideração da realidade jurídica e, acima de tudo, da realidade social que enquadra determinada medida, para a avaliação da sua consonância com o próprio princípio da igualdade.

³ Cfr. Gwénaele Calvès, *L’Affirmative Action dans la Jurisprudence de la Cour Suprême des États-Unis*, L.G.D.J., 1998.

II — DA NÃO DISCRIMINAÇÃO NO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA

A não discriminação tem sido, desde há muito, uma preocupação presente e patente no direito da União Europeia. Por um lado, a construção da própria União e a necessidade de aprofundar o processo da integração originam uma bem fundamentada preocupação das instituições comunitárias em relação à discriminação em razão da nacionalidade, procurando-se uma progressiva igualdade de tratamento e de direitos entre os cidadãos europeus, independentemente do Estado-Membro em que se encontrem. Por outro lado, desde cedo foram colocados ao Tribunal de Justiça problemas relacionados com a igualdade e a não discriminação (em particular quanto à discriminação em razão do sexo e da raça). Inicialmente, e à semelhança do que sucedeu com outros direitos fundamentais, estas questões foram entendidas como um factor de distorção da concorrência no seio do mercado comum e, mais tarde, com o desenvolvimento de um direito comum (comunitário) nesta matéria, como temas autónomos de direito e política da União.

No quadro do actual direito da União, podemos encontrar múltiplas referências à problemática da discriminação, em distintas fontes normativas. Em primeiro lugar, na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, cujas normas se tornaram juridicamente vinculativas por força do artigo 6.º do Tratado da União Europeia (TUE), na redacção que resultou do Tratado de Lisboa. Assim, o artigo 21.º, n.º 1, da Carta afirma um princípio geral de não discriminação, redigido nos seguintes termos: “*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 sexual*”⁴. Além disso, estatui o artigo 23.º, n.º 1, da Carta, uma obrigação jurídica específica, para os poderes públicos, de garantir “*a igualdade entre homens e mulheres em todos os domínios, incluindo em matéria de emprego, trabalho e remuneração*”.

Por outro lado, no âmbito do direito derivado, encontramos, além da extensa jurisprudência de que seguidamente daremos conta, vários instrumentos normativos fundamentais: a Directiva 2000/43/CE⁵, sobre a proibição da discriminação racial ou étnica, a Directiva 2000/78/CE⁶, que estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na actividade profes-

⁴ Norma, aliás, muito semelhante à consagrada no artigo 13.º, n.º 2, da CRP: “Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual”.

⁵ Directiva 2000/43/CE do Conselho, de 29 de Junho de 2000, que aplica o princípio da igualdade de tratamento entre as pessoas, sem distinção de origem racial ou étnica.

⁶ Directiva 2000/78/CE do Conselho, de 27 de Novembro de 2000, que estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na actividade profissional.

sional e a Directiva 2004/113/CE⁷, que implementa o princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no acesso a bens e serviços e seu fornecimento. Além destas, há que assinalar a Directiva 2010/41/UE⁸, relativa à aplicação do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres que exerçam uma actividade independente, e dar conta de que a Comissão Europeia apresentou também uma iniciativa, ainda em curso, para aprovação de uma proposta de directiva do Conselho que aplica o princípio da igualdade de tratamento entre as pessoas, independentemente da sua religião ou crença, deficiência, idade ou orientação sexual⁹.

Por seu turno, o Tribunal de Justiça da União Europeia tem tido um papel de grande relevo na definição e densificação do princípio da não discriminação. Dando especial atenção às questões da não discriminação em razão da nacionalidade e em razão do sexo, tem procurado fornecer critérios operativos, que permitam a utilização do referido princípio como fundamento das suas decisões.

Em primeiro lugar¹⁰, o Tribunal procurou realçar a distinção e a estreita ligação existentes entre igualdade e não discriminação. Assim, em numerosos acórdãos, afirmou-se o princípio da não discriminação como uma *expressão particular, específica* do princípio da igualdade, verdadeiro instrumento operativo ao serviço da realização efectiva deste último. Todavia, apesar desta dificuldade de distinção entre os dois princípios, a doutrina não deixa de chamar a atenção para as importantes dimensões de autonomia da noção de não discriminação em relação à de igualdade. Autonomia relativa, é certo, mas ainda assim com importantes consequências. Neste sentido, note-se que enquanto a igualdade é uma exigência fundamental caracterizada, em boa medida, pela indefinição, traçando um mero quadro de interpretação para o julgador, já a *não discriminação exige um duplo controlo*: (1) comparação das situações em questão e (2) análise das eventuais causas justificativas da diferença de tratamento. Como é visível, os dois conceitos não intervêm no mesmo plano; se toda a discriminação implica necessariamente uma ruptura da igualdade, o inverso não é verdadeiro. Pode haver rupturas de igualdade (diferenciações) justificadas, enquanto que a noção de discriminação pressupõe a ilicitude, a impossibilidade de justificação de uma determinada distinção.

⁷ Directiva 2004/113/CE do Conselho, de 13 de Dezembro de 2004, que aplica o princípio de igualdade de tratamento entre homens e mulheres no acesso a bens e serviços e seu fornecimento.

⁸ Directiva 2010/41/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de Julho de 2010, relativa à aplicação do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres que exerçam uma actividade independente.

⁹ Veja-se a Resolução legislativa do Parlamento Europeu, de 2 de Abril de 2009, sobre a referida proposta de directiva do Conselho que aplica o princípio da igualdade de tratamento entre as pessoas, independentemente da sua religião ou crença, deficiência, idade ou orientação sexual (COM(2008) 0426 — C6-0291/2008 — 2008/0140(CNS)).

¹⁰ Cfr. Rémy Hernu, *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes*, L.G.D.J., 2003.

Nas palavras de Rémy Hernu¹¹, *discriminação, desigualdade e diferença de tratamento não são noções completamente assimiláveis*. O Tribunal de Justiça da União Europeia tem vindo a acolher esta ideia, fazendo um esforço de distinção dos vários conceitos. Um bom exemplo desta linha jurisprudencial é o Acórdão *Grant*¹², no qual se distinguem claramente discriminações e diferenças de tratamento fundadas na orientação sexual. Estava em causa um litígio que opunha L. Grant à sua entidade patronal, devido à recusa de atribuição por esta última de reduções no preço dos transportes ao parceiro de sexo feminino de L. Grant, ao mesmo tempo que tal benefício era atribuído ao cônjuge e pessoas a cargo dos outros trabalhadores. O TJUE entendeu que tal recusa não constituía uma discriminação proibida, precisamente por não se tratar de uma “*discriminação directamente baseada no sexo*”, embora comportasse uma “*diferenças de tratamento baseadas na orientação sexual*” que, no entanto, à data, e face ao grau de desenvolvimento do direito comunitário na época, não podia ser considerada inválida.

No entanto, o contributo mais importante da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia é, quanto a nós, o desenvolvimento do conceito de *discriminação indirecta*, bem como das eventuais *causas de justificação*. Este é um critério de decisão recorrentemente utilizado pelo Tribunal, que tem chamado a atenção para a importância da *consideração dos resultados concretos dos preceitos normativos*. O Tribunal de Justiça tem tido também um papel de relevo na *sugestão de etapas do processo probatório* nos casos de discriminação. Neste sentido, veja-se, com Marie-Thérèse Lanquetin¹³, a relevância das suas propostas de consideração dos dados estatísticos (nas comparações a que procede, o Tribunal de Justiça remete sempre para a percentagem de indivíduos de cada grupo afectados por uma determinada medida), do relevo dado à dimensão sociológica (o Tribunal tem tratado as questões individuais a partir de um exame da situação do grupo a que pertence o indivíduo afectado) e da elaboração de listas de justificações tidas como objectivamente legítimas e ilegítimas para afastar a proibição de discriminação.

a) Discriminação directa e indirecta

Como acima referimos, uma distinção fundamental, nomeadamente devido às suas consequências na aplicação do direito, é aquela que opõe os conceitos de *discriminação directa* e *discriminação indirecta*. Vulgarizada pelo direito comunitário, em particular pela sua frequente aplicação por parte do Tribunal de Justiça da União Europeia, podemos dizer que a mencionada distinção se baseia na *visibilidade* da discriminação. Assim,

¹¹ Cfr. *Príncipe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes*, pág. 250.

¹² Cfr. Acórdão do TJUE *Grant*, de 17 de Fevereiro de 1998, processo C-249/96.

¹³ Cfr. Marie-Thérèse Lanquetin, «La preuve de la discrimination, l'apport du droit communautaire», in *Droit Social*, n.º 5, Maio de 1995.

a *discriminação directa* consiste no facto de determinada medida se fundar directamente e sem justificação num critério interdito pela ordem jurídica. Alguns autores consideram ainda que ela será sempre uma discriminação *ostensiva, manifesta*. A este conceito correspondem os exemplos mais comuns de discriminação, como é o caso das leis que prevêem diferentes tratamentos para indivíduos em situação semelhante, em função da raça ou do sexo.

De facto, encontramos exemplos de discriminação directa em situações como as analisadas recentemente pelo Tribunal de Justiça nos Acórdãos *Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL*¹⁴ e *Pensionsversicherungsanstalt contra Christine Kleist*¹⁵. No primeiro aresto, o Tribunal declarou inválida, face ao princípio fundamental da igualdade entre homens e mulheres, a possibilidade de manutenção sem limite temporal de uma derrogação à regra dos prémios de seguro e prestações unissexo, que parecia resultar do artigo 5.º, n.º 2, da Directiva 2004/113/CE sobre igualdade de tratamento no acesso a bens e serviços e seu fornecimento. Na segunda decisão, o TJUE afirmou que uma regulamentação nacional que, com a suposta finalidade de promover o acesso ao emprego de pessoas mais jovens, permite a uma entidade patronal despedir os trabalhadores que adquiriram o direito à reforma constitui uma discriminação directa em razão do sexo proibida, quando esse direito é adquirido pelas mulheres numa idade inferior em cinco anos à idade em que o referido direito é adquirido pelos homens. O Tribunal lembrou mesmo que a aplicação do princípio da igualdade de tratamento no que respeita às condições de despedimento implica a ausência de qualquer discriminação directa ou indirecta em razão do sexo nos sectores público ou privado.

Todavia, não devemos ignorar que poderá também haver discriminação directa devido à aplicação de idêntico tratamento a indivíduos em situações objectivamente diferentes. Por seu turno, a *discriminação indirecta* refere-se a medidas que, no plano estritamente formal, são indistintamente aplicáveis, no que respeita aos critérios de diferenciação proibidos pela ordem jurídica, mas que, de um ponto de vista prático e material, têm um *efeito equivalente* ao das discriminações directas. Há, pois, discriminação indirecta, sempre que determinada medida ou regulamentação, tendo por base critérios aparentemente neutros, se revela *in concreto* como susceptível de colocar em situação de desvantagem um determinado grupo de indivíduos, protegido pela proibição de discriminação. Deste modo, configuram situações de discriminação indirecta a utilização de critérios distintivos de efeitos análogos aos que resultariam da aplicação de critérios juridicamente inválidos, bem como o estabele-

¹⁴ Cfr. Acórdão do Tribunal de Justiça *Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL*, processo C-236/09, de 1 de Março de 2011.

¹⁵ Cfr. Acórdão do Tribunal de Justiça *Pensionsversicherungsanstalt contra Christine Kleist*, Processo C-356/09, de 18 de Novembro de 2010.

cimento de uma distinção puramente formal de casos diferentes, aos quais se aplica, na prática, tratamento idêntico.

Caso típico de discriminação indirecta é o analisado no Acórdão Voß¹⁶. Estava então em causa legislação alemã sobre contratos de trabalho em funções públicas que determinava pagamentos distintos para horas extraordinárias, conforme o trabalhador em causa tivesse um contrato a tempo inteiro ou a tempo parcial. O Tribunal fundou a sua decisão não apenas nos argumentos de facto e de direito apresentados pelas partes, mas também, e como factor tido por muito relevante, nos dados estatísticos disponíveis, que demonstravam mais de 80% dos funcionários contratados a tempo parcial para as funções em causa eram mulheres. Não considerando, porém, esta análise suficiente para determinar a decisão final, o TJUE remeteu uma análise estatística mais aprofundada para o órgão nacional de reenvio, chamando a atenção para o facto de que uma legislação nacional em matéria de remuneração dos funcionários, que determina a remuneração de horas extraordinárias de tal forma que os funcionários a tempo parcial recebem uma remuneração inferior à dos funcionários a tempo inteiro relativamente às horas que prestam para além do seu horário individual, deve ser julgada contrária ao direito comunitário quando entre os trabalhadores sujeitos à referida legislação, for afectada uma percentagem consideravelmente mais elevada de trabalhadores femininos que masculinos e a diferença de tratamento não possa ser justificada por factores objectivos e estranhos a qualquer discriminação baseada no sexo.

Outro exemplo de discriminação indirecta é o tratamento diferenciado, em matéria de fiscalidade, de cidadãos residentes e não residentes analisado pelo Tribunal de Justiça no Acórdão *Gerritse*¹⁷. O Sr. Gerritse, um baterista holandês que prestava serviços na Alemanha e na Bélgica, considerava-se tratado de forma desigual e injustificada pela administração fiscal alemã, em relação aos contribuintes aí residentes. O Tribunal de Justiça deu-lhe razão, estabelecendo que uma regulamentação nacional que recusa aos não residentes, em sede de tributação, a dedução de despesas profissionais, ao invés concedida aos residentes, corre o risco de funcionar principalmente em detrimento dos nacionais de outros Estados-Membros e comporta, portanto, uma discriminação indirecta em razão da nacionalidade.

Nas palavras de Augusto Cerri¹⁸, trata-se aqui de saber se a lei não só *pode*, como *deve* considerar os efeitos diversificados de uma norma formalmente igual. Sabendo que, em não poucas hipóteses, os “efeitos diversificados” de certa norma igual resultam em “fenómeno fisiológico”, numa sociedade não homogénea, são inaceitáveis efeitos que se reconduzam às

¹⁶ Cfr. Acórdão do tribunal de Justiça Voß, Processo C-300/06, de 6 de Dezembro de 2007.

¹⁷ Cfr. Acórdão do Tribunal de Justiça *Gerritse*, Processo C-234/01, de 12 de Junho de 2003.

¹⁸ Cfr. Augusto Cerri, “Eguaglianza, giustizia ed azioni positive”, in *Studi Parlamentari e di Politica Costituzionale*, n.º 123, ano 32, 1.º trimestre, 1999.

tradicionais “classificações suspeitas” (sexo, raça, etc.) e marcadamente subjectivizadas.

Andrés Ollero¹⁹ fala, a este propósito em abandono da distinção nítida entre norma jurídica e factos sociais, típica do normativismo jurídico, e em consideração de uma *dimensão consequencialista do teleológico*. O mesmo autor refere-se ainda, nesta matéria à *capacidade extensiva dos princípios*, à consideração de leituras amplas dos princípios, que forçam o julgador a ir além da mera constatação empírica e da positivação formal, para fazer uma análise mais profunda da realidade.

Por último, gostaríamos de salientar que, como nos dá conta Sandra Fredman²⁰, esta distinção tem uma outra consequência relevante: a de nos levar a reconhecer que, além da igualdade de tratamento em relação a cada indivíduo em particular, há que ter em conta, na avaliação de medidas normativas, o impacto causado nos indivíduos *enquanto membros de determinado grupo social*. Neste sentido, e apesar das dificuldades metodológicas desta avaliação, a consideração da discriminação indirecta enquanto dimensão da não discriminação poderá ser importante como forma de tutela das minorias, em sociedades pluricompreensivas, permitindo salientar e conservar identidades de grupo.

Aliás, a análise das decisões judiciais que levam em conta estes dois tipos de discriminação é prova mais do que convincente da sua relevância metodológica. De facto, encontramos em tal jurisprudência, como se verifica pelos casos acima referidos, exemplos de normas que, submetidas ao mero crivo da utilização dos critérios de distinção proibidos, seriam consideradas válidas à luz do direito. Todavia, quando analisadas as suas consequências, é fácil perceber que estas são particularmente desvantajosas para um determinado grupo (vejam-se, por exemplo, como acima se referiu, os efeitos de determinadas normas acerca do trabalho a tempo parcial, que afectam em muito maior número as mulheres do que os homens; baseadas num critério neutro, as normas que distinguem trabalhadores a tempo parcial e completo têm, na prática, efeitos idênticos aos de uma distinção em razão do sexo, critério de diferenciação proibido no quadro de um Estado de direito democrático).

b) Justificação de tratamentos discriminatórios?

Questão muito discutida, em particular pela doutrina juscomunitarista, é a da *possibilidade de justificação legal de tratamentos discriminatórios*, nomeadamente das discriminações indirectas. Este é um aspecto importante da problemática que vimos a tratar. De facto, se as discriminações directas são, segundo

¹⁹ Cfr. Andrés Ollero, *Discriminación por razón de sexo*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999.

²⁰ Cfr. Sandra Fredman, “Combating Racism with Human Rights: The Right to Equality”, in *Discrimination and Human Rights — The case of Racism*, edited by Sandra Fredman, Oxford University Press, 2001.

muitos autores, *sempre injustificáveis* (a não ser que estejam previstas derrogações expressas a um determinado critério proibido de distinção, que deverão ser bem fundamentadas), o mesmo não acontecerá relativamente às disposições normativas que tenham como consequência prática colocar em situação de desvantagem um determinado grupo de indivíduos. De facto, precisamente por não terem por base critérios de distinção proibidos, muitas destas normas não terão uma intenção discriminatória e poderão mesmo configurar a melhor solução possível para atingir um determinado fim, constitucionalmente desejável. Além disso, e ao contrário das discriminações directas, há que ter aqui em conta a necessária margem de conformação do legislador na ordenação social.

Neste sentido, dizem-nos diversos autores²¹, acompanhando a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, que, no caso de discriminações indirectas, a conduta poderá ser objectivamente justificada. Tem-se mesmo sugerido um *teste* para as soluções normativas cuja legitimidade seja contestada. Assim, elas deverão corresponder: (1) a uma necessidade real, (2) serem apropriadas para a prossecução de determinado objectivo e (3) necessárias para atingir esse fim. Corresponde este teste, no fundo, à compreensão abrangente que, entre nós, se faz do princípio da proporcionalidade (abrangendo o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, da necessidade e da adequação).

Tendo em conta a gravidade das consequências das discriminações proibidas, ainda que indirectas, e a verdadeira obrigação de protecção que o Estado tem, nesta matéria, em relação aos cidadãos, autores como Catherine Barnard²² fizeram sucessivos apelos no sentido de “apertar” as exigências de justificação das medidas indirectamente discriminatórias, propondo uma verdadeira inversão do ónus da prova, passando a caber aos poderes públicos (ou à entidade interessada na manutenção da medida) a demonstração de que esta corresponde ao *meio menos gravoso possível* para atingir determinado objectivo, e da inexistência de meios alternativos não (ou menos) discriminatórios, que permitissem alcançá-lo.

Isto mesmo veio afirmar a ser estabelecido pelo direito comunitário, tal como reconheceu o Tribunal de Justiça, por exemplo, no Acórdão *Nikoloudi*²³. Estava então em causa uma típica situação de alegada discriminação indirecta — uma regulamentação grega relativa a contratos de trabalho a tempo parcial que excluía a possibilidade de integração nos quadros de uma empresa dos trabalhadores contratados nesse regime, sendo esses trabalhadores, por força da mesma regulamentação, exclusivamente mulheres. O Tribunal declarou então que sempre que incida sobre uma percentagem muito mais elevada de trabalhadores femininos do que de trabalhadores masculinos, a exclusão do trabalho a tempo parcial do cálculo da antiguidade constitui uma discriminação

²¹ Cfr. Catherine Barnard, “Gender Equality in the EU”, in *The EU and Human Rights*, pág. 239.

²² Catherine Barnard, “Gender Equality in the EU”, in *The EU and Human Rights*, pág. 244.

²³ Cfr. Acórdão do Tribunal de Justiça *Nikoloudi*, Processo C-196/02, de 10 de Março de 2005.

indirecta em razão do sexo, contrária ao direito comunitário, a menos que essa exclusão se explique por factores objectivamente justificados e estranhos a qualquer discriminação em razão do sexo. Compete ao órgão jurisdicional nacional verificar se é esse o caso. No entanto, acrescenta o Tribunal de Justiça, quando um trabalhador afirma que o princípio da igualdade de tratamento foi violado em seu detrimento e apresenta factos que permitam presumir a existência de uma discriminação directa ou indirecta, as normas da União Europeia relativas ao ónus da prova nos casos de discriminação baseada no sexo devem ser interpretada no sentido de que incumbe à parte demandada provar que não houve violação do referido princípio.

Como tivemos oportunidade de observar, o Tribunal de Justiça tem sabido manter uma construção relativamente coerente, que não pode deixar de constituir um elemento de referência para os juízes nacionais, especialmente devido ao rigor da sua formulação. Efectivamente, a jurisprudência do Tribunal, que analisou já questões que vão para além da simples não discriminação em razão do sexo e da nacionalidade, trouxe uma preocupação de transparência e clareza nestas decisões, que constitui um bom modelo a seguir.