

A prova da discriminação¹

Esperança Mealha,

Juíza Desembargadora - Tribunal Administrativo
Central (Norte), em comissão de serviço como
referendária do Tribunal Geral da União Europeia

Resumo: O célebre acórdão *Danfoss* (109/88) do Tribunal de Justiça da União Europeia criou, em 1989, uma regra especial de distribuição (subjéctiva) do ónus da prova nos casos de discriminação, que foi depois vertida nas sucessivas diretivas antidiscriminação. À luz dos desenvolvimentos jurisprudenciais posteriores, analisa-se essa regra especial que, num primeiro momento, atribui ao demandante o ónus de provar uma presunção de discriminação e, num segundo momento, atribui ao demandado o ónus de refutar a aparência de discriminação.

Palavras-chave: Princípio da igualdade e da proibição da discriminação; Diretivas antidiscriminação; Ónus da prova; Jurisprudência do TJUE; Presunção de discriminação; Elementos de facto que permitam presumir a existência de uma discriminação; Acesso à prova e às informações.

Índice: 1. Regras especiais sobre o ónus da prova; 2. Prova da presunção de discriminação; 2.1. Declarações públicas; 2.2. Dados estatísticos; 2.3. Elementos comparativos; 2.4. Trabalhadoras grávidas, puérperas ou lactantes; 2.5. *Standard* de

¹ O presente texto tem origem numa apresentação efetuada pela autora, na *Academy of European Law* (ERA), em dezembro 2024 (disponível em https://www.era-comm.eu/oldoku/SNLLaw/03_Burden_of_proof/124DV48_Mealha_EN.pdf).

prova; 3. Acesso à prova e divulgação de informações; 3.1. Inexistência de um direito absoluto de acesso a informações; 3.2. Falta de transparência e recusa de acesso; 4. Refutação da presunção de discriminação; 5. Notas finais.

1. Regras especiais sobre o ónus da prova

De acordo com as regras gerais de distribuição (subjéitiva) do ónus da prova, que vigoram no âmbito da União Europeia e na generalidade dos seus Estados-Membros, àquele que invocar um direito cabe fazer a prova dos factos constitutivos do direito alegado. Já a prova dos factos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito invocado compete àquele contra quem a invocação é feita. Mas, como é sabido, estas regras foram construídas a pensar em situações em que as partes estão numa posição de igualdade de armas.

Não é assim nos casos de discriminação, em que, normalmente, há uma desigualdade efetiva entre as partes. Assim, a parte que alega a discriminação (geralmente um trabalhador ou um consumidor) enfrenta uma dificuldade significativa para provar que foi tratada de forma desigual com base num critério proibido. Isso deve-se a vários fatores, tais como a dificuldade de aceder à prova (que, frequentemente, está na posse de quem é acusado de discriminação) ou à grande variedade de condutas discriminatórias, que quase nunca se manifestam de forma aberta ou facilmente identificável. É especialmente assim nas situações de discriminação indireta, que correspondem a práticas, disposições ou critérios que, sendo aparentemente neutros, colocam numa situação de desvantagem, uma ou mais pessoas com determinada característica protegida comparativamente com outras pessoas². Mas é também assim nas situações de discriminação direta, onde é raro encontrar-se uma declaração expressa que assuma que o tratamento diferenciado se baseia numa característica da vítima³.

² Sobre o conceito de discriminação indiretamente fundada no sexo, à luz da Diretiva 2006/54, ver, por último, os acórdãos de 8 de maio de 2019, *Villar Láziz* (C-161/18, n.º 37 e jurisprudência aí referida) e de 21 de janeiro de 2021, *INSS* (C-843/19, n.º 24).

³ Como exceção a esta regra, veja-se o caso que deu origem ao acórdão de 10 julho de 2008, *Feryn*, C- 54/07, a seguir mencionado (2.2 infra).

No âmbito das então Comunidades Europeias, o Tribunal de Justiça teve um papel pioneiro e decisivo na consagração de uma regra especial que veio reequilibrar a distribuição do ónus da prova nos casos de discriminação. Assim, no célebre acórdão de 17 outubro de 1989, *Danfoss* (109/88, n.º 14)⁴, em resposta a uma questão prejudicial colocada por um tribunal arbitral dinamarquês, o Tribunal de Justiça decidiu que a obrigação de prever meios eficazes para garantir o respeito do princípio da igualdade de remuneração entre homens e mulheres, estabelecida, à data, pela Diretiva 75/117⁵, implicava que as regras nacionais relativas ao ónus da prova deviam ser alteradas sempre que a distribuição tradicional do ónus da prova não permitisse garantir eficazmente o princípio da igualdade de remuneração⁶. O Tribunal conclui que “quando uma empresa aplique um sistema remuneratório caracterizado pela total falta de transparência, cabe ao empregador provar que a sua prática salarial não é discriminatória, sempre que o trabalhador feminino demonstre, em relação a um número relativamente elevado de assalariados, que a remuneração média dos trabalhadores femininos é inferior à dos trabalhadores masculinos” (n.º 16 e dispositivo).

Posteriormente, no acórdão de 27 de outubro de 1993, *Enderby* (C-127/92), num pedido de reenvio em que também estava em causa a igualdade de remunerações entre homens e mulheres, o Tribunal relembrou a sua jurisprudência *Danfoss* e afirmou que o ónus da prova da existência de uma discriminação baseada no sexo, que incumbe, em princípio, ao trabalhador que, considerando-se vítima de tal discriminação, atua judicialmente contra a sua entidade patronal, pode ser “deslocado”, quando necessário para não privar os trabalhadores aparentemente vítimas de discriminação de qualquer meio eficaz de fazerem respeitar o princípio da igualdade de remunerações (cf. nºs 13 e 14). Além disso, o Tribunal considerou que se os dados, nomeadamente os estatísticos, relevarem uma

⁴ Na origem do acórdão *Danfoss* (109/88), estava um processo instaurado por um sindicato dinamarquês, no qual era alegado que um grupo de trabalhadores femininos auferia, em média, menos 7% do que um grupo comparável de trabalhadores masculinos.

⁵ Diretiva 75/117/CE do Conselho, de 10 de fevereiro de 1975, relativa à aproximação das legislações dos Estados-Membros no que se refere à aplicação do princípio da igualdade de remuneração entre os trabalhadores masculinos e femininos, entretanto revogada pela Diretiva 2006/54/CE.

⁶ V. LENAERTS, KOEN/ GUTMAN, KATHLEEN / NOWAK, JANEK TOMASZ, *EU Procedural Law*, second edition, Oxford EU Law Library, 2023, 145.

“aparência de discriminação”, cabe à entidade patronal demonstrar que existem razões objetivas para a diferença de tratamento verificada (n.ºs 16 e 18).

O Tribunal de Justiça criou, assim, uma regra especial de distribuição do ónus da prova em duas fases: na primeira fase cabe ao demandante demonstrar uma situação de aparência de discriminação; na segunda fase, uma vez estabelecida a presunção, o ónus da prova é transferido para o demandado, a quem cabe refutar a aparência de discriminação, provando que não houve violação do princípio da igualdade de tratamento.

Esta regra especial de origem jurisprudencial foi depois consagrada na lei, primeiro, no artigo 4.º da Diretiva 97/80/CE e, atualmente, nas várias diretivas antidiscriminação, nomeadamente, nas Diretivas “Igualdade Racial” (artigo 8.º)⁷, “Igualdade no Emprego” (artigo 10.º)⁸, “Gender Goods and Services” (artigo 9.º)⁹ e “Igualdade Homens e Mulheres (Reformulação)” (artigo 19.º)¹⁰. Na linha da jurisprudência do Tribunal de Justiça, estas disposições preveem, em substância, que os Estados-Membros devem adotar regras que assegurem uma distribuição do ónus da prova de modo a caber, ao demandante, a apresentação de “elementos de facto que permitam presumir a existência de uma discriminação” (direta ou indireta) e, ao demandado, a prova de que não houve violação do princípio da igualdade de tratamento¹¹.

A regra especial sobre o ónus da prova nos casos de discriminação, tal como foi concebida pelo Tribunal de Justiça, tem características particulares.

⁷ Diretiva 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 (JO 2000, L 180, p. 22).

⁸ Diretiva 2000/78/CE do Conselho de 27 de novembro de 2000, que estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na atividade profissional (JO 2000, L 303, p. 16).

⁹ Diretiva 2004/113 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 (JO 2004, L 373, p. 37).

¹⁰ Diretiva 2006/54/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de julho de 2006, relativa à aplicação do princípio da igualdade de oportunidades e igualdade de tratamento entre homens e mulheres em domínios ligados ao emprego e à atividade profissional (Reformulação) (JO 2006, L 204, p. 23).

¹¹ Ver considerando 18 da Diretiva 97/80/CE, de 15 dezembro 1997, relativa ao ónus da prova nos casos de discriminação baseada no sexo (JO 1998, L 14, p. 6) e considerando 30 da atual Diretiva 2006/54/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de julho de 2006, relativa à aplicação do princípio da igualdade de oportunidades e igualdade de tratamento entre homens e mulheres em domínios ligados ao emprego e à atividade profissional (JO 2006, L 204, p. 23).

Primeiro, como já referido, afasta o critério geral (que onerava o demandante com o dever de provar todos os factos invocados) e introduz um critério de distribuição do ónus da prova em duas fases, a primeira, a cargo do demandante, a quem cabe demonstrar uma situação de aparência de discriminação e, a segunda, a cargo do demandado, a quem cabe refutar a aparência de discriminação.

Segundo, esta regra especial para a prova da discriminação é, por vezes, considerada como uma “inversão” do ónus da prova, mas não é evidente que assim seja. Por um lado, não se retira dos termos usados pelo Tribunal de Justiça que o ónus da prova deva ser “invertido”, mas sim que o ónus da prova deve ser “deslocado” [“déplacé(e)”, na versão do acórdão em língua francesa ou “shift”, na sua versão em língua inglesa] do demandante para o demandado¹². Por outro lado, afigura-se que o que está efetivamente em causa é uma “deslocação” de parte significativa do ónus do demandante para o demandado. Ou seja, uma “facilitação”¹³ do dever de prova do demandante que, no entanto, não fica totalmente isento de um dever de prova, ainda que o mesmo seja substancialmente “aligeirado”. Assim, a haver “inversão” do ónus da prova, esta só ocorre na segunda fase acima referida, quanto o demandante provou uma presunção de discriminação e consequentemente o ónus da prova se “desloca” para o demandado, a quem cabe refutar essa presunção. Em suma, há uma “partilha”¹⁴ do ónus da prova que, no entanto, não é igualitária: ao demandante cabe apenas demonstrar a presunção de discriminação, enquanto que o demandado tem o ónus, mais pesado, de refutar essa presunção.

Terceiro, tal como resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça, a necessidade de estabelecer uma regra especial sobre o ónus da prova nos casos de discriminação impõe-se à luz de um conjunto de princípios fundamentais do direito da União, a saber: o

¹² A título de exemplo, no n.º 14 do acórdão *Enderby*, C-127/92, lê-se que o ónus da prova pode ser “déplacé” ou “shift”, nas suas versões francesa e inglesa, respetivamente. Não obstante, a versão portuguesa do mesmo n.º 14 menciona que o ónus da prova pode ser “invertido”.

¹³ Para usar a expressão de CARVALHO, PAULO MORGADO DE, “Ónus da prova em caso de discriminação”, *Direito E Justiça*, n.3(Especial), 2015, 109-136, 115 (disponível em <https://doi.org/10.34632/direitojustica.2015.9959>).

¹⁴ Neste sentido v. AGÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA/CONSELHO DA EUROPA, *Manual sobre a legislação europeia antidiscriminação*, 2010, 136.

princípio da efetividade do direito da União¹⁵ e, em particular, a obrigação dos Estados-Membros de adaptarem o direito processual nacional a fim de garantirem a efetividade dos direitos protegidos pelo direito da União (cf. artigos 4.º/3 e 19.º/1 TUE e 47.º Carta)¹⁶; os princípios da tutela jurisdicional efetiva e da equidade processual (cf. artigos 41.º e 47.º Carta)¹⁷, que exigem uma distribuição equitativa do ónus da prova; os princípios da igualdade e da proibição da discriminação (consagrados, nomeadamente, nos artigos 20.º e 21.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia) e, em particular, a necessidade de garantir a sua efetividade.

Quarto, no que respeita à primeira fase de aplicação da regra especial do ónus da prova, não é totalmente claro qual é o *standard* de prova (limiar de certeza) que é exigido ao demandante na demonstração da presunção de discriminação. É quase inevitável que a resposta a esta questão não seja exatamente uniforme, na medida em que é influenciada pelos diferentes sistemas jurídicos (e respetivas culturas jurídicas) subjacentes às regras processuais que cada Estado-Membro tem autonomia para fixar, dentro dos limites acima referidos. A simples transposição para a lei nacional das disposições sobre o ónus da prova constantes das diferentes diretivas antidiscriminação depara-se, frequentemente, com barreiras linguísticas e redações não uniformes dos textos das próprias diretivas, consoante as suas diferentes versões linguísticas¹⁸.

Contudo, pode (ou deve) entender-se que há um limiar de certeza (*standard*) máximo

¹⁵ Em sentido próximo, BEALE, ANNA, *Proving discrimination: the shift of the burden of proof and access to evidence*, *Cloisters*, 2018, 4. Sobre a sujeição das regras processuais nacionais ao princípio da efetividade, LENAERTS, KOEN/ GUTMAN, KATHLEEN / NOWAK, JANEK TOMASZ, *EU Procedural Law...*, 123; sobre o princípio da efetividade, em geral, GORJÃO-HENRIQUES, MIGUEL, *Direito da União*, Almedina, 2014, 344.

¹⁶ No lendário acórdão de 9 de março de 1978, *Simmenthal* (106/77, n.ºs 21, 24), o Tribunal de Justiça salientou que os órgãos jurisdicionais nacionais têm o dever proteger direitos que o direito da União confere aos particulares, incluindo o de desaplicar normas direito interno que sejam contrárias ao direito da União. Mais recentemente, no acórdão de 6 de outubro de 2020, *La Quadrature du Net e.a* (C-511/18, Grande Secção, n.º 223), relembrou que as regras processuais nacionais para salvaguarda dos direitos dos particulares decorrentes do direito da União, não devem ser menos favoráveis do que as que regulam situações semelhantes submetidas ao direito interno (princípio da equivalência) e não devem tornar impossível na prática ou excessivamente difícil o exercício dos direitos conferidos pelo direito da União (princípio da efetividade).

¹⁷ Referindo-se a “fairness”, GROZDANOVSKI, LJUPCHO, “In Search of Effectiveness and Fairness in proving Algorithmic Discrimination in EU Law”, *Common Market Law Review*, 58, 2021, 99-136, 102.

¹⁸ Sobre discrepâncias linguísticas na transposição das diretivas antidiscriminação v. KAPOTAS, PANOS, “Reversing the Burden of Proof in Discrimination Cases: A Losing Battle”, *International Labor Rights Case Law*, 3, n.º 3, 2017, 442-448, 446 e obras citadas na nota de rodapé n.º 22.

quanto aos elementos que devem ser provados pelo demandante, limiar esse que, como a seguir veremos (ponto 2.5. infra), decorre da jurisprudência do Tribunal de Justiça e dos textos das diretivas antidiscriminação. Caberá, assim, aos órgãos jurisdicionais nacionais aplicar as disposições nacionais à luz diretivas antidiscriminação, tal como interpretadas pela jurisprudência do Tribunal de Justiça.

Quinto, no que respeita ao âmbito de aplicação da regra especial sobre o ónus da prova, cumpre salientar que ela apenas aplica à prova do facto da discriminação (direta ou indireta). A prova de outros factos, tais como o dano eventualmente causado pela discriminação rege-se pelo critério geral de distribuição do ónus da prova, cabendo àquele que invoca o dano fazer a prova do mesmo. Além disso, como expressamente previsto nas disposições das várias diretivas antidiscriminação, as regras especiais sobre o ónus da prova não se aplicam, em princípio, nos processos-crime, e os Estados-Membros podem decidir não as aplicar em processos em que a averiguação dos factos incumbe ao tribunal ou à instância competente.

Sexto, no que respeita à margem de atuação que é deixada aos Estados-Membros nesta matéria, estes podem sempre estabelecer regras mais favoráveis sobre o ónus da prova nos casos de discriminação, podendo ainda modelar as regras mínimas que decorrem das diretivas, no âmbito da sua autonomia processual. Assim, a título de exemplo, a questão de saber que tipos de provas são considerados admissíveis perante os órgãos jurisdicionais nacionais é matéria da competência dos Estados-Membros¹⁹. No entanto, a autonomia dos Estados-Membros na consagração das regras processuais nacionais está limitada pelos princípios da equivalência e da efetividade do direito da União, como decorre, entre muitos outros, do citado acórdão *La Quadrature du Net e.a* (C- 511/18).

¹⁹ A título de exemplo, a apresentação, como prova, de registos áudio ou vídeo não autorizados é permitida em alguns Estados-Membros, enquanto em muitos noutros é ilícita, constituindo mesmo uma infração criminal – v. FARKAS, LILLA/ O'FARRELL, ORLAGH, *Reversing the burden of proof – Practical dilemmas at the European and national level*, European Commission, Publications Office, 2015, 74 (disponível em <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/a763ee82-b93c-4df9-ab8c-626a660c9da8/language-en>).

2. Prova da presunção de discriminação

A regra especial de distribuição do ónus da prova prevê que, numa primeira fase, cabe ao demandado apresentar “elementos de facto que permitam presumir a existência de uma discriminação”, segundo a expressão usada nas diversas disposições sobre o ónus da prova consagradas nas diretivas antidiscriminação.

A transposição desta expressão para o direito interno dos Estados-Membros (e a sua subsequente interpretação pelos órgãos jurisdicionais nacionais) não é uniforme. Segundo um relatório elaborado no âmbito da Comissão Europeia em 2015, certas legislações nacionais apenas exigiam a “demonstração de razões para presumir” (Suécia) de “factos indicadores” (Polónia) ou a “introdução de factos a partir dos quais se possa inferir a discriminação” (Chipre), mas a grande maioria exigia ao demandante “estabelecer ou substanciar factos” (Áustria, Grécia, Itália, Países-Baixos, Portugal, entre outros)²⁰. Além disso, em alguns Estados-Membros é (ou era) exigida a prova da característica protegida, o que pode colocar dificuldades significativas ao demandante, nomeadamente, em casos que não se encaixem de forma nítida num dos tipos clássicos de discriminação²¹.

Como já referido, os Estados-Membros podem sempre adotar um regime probatório mais favorável à parte demandante, nos termos previstos nas próprias diretivas antidiscriminação. Se, pelo contrário, a legislação nacional estabelecer um *standard* de prova muito elevado, fica comprometido o objetivo – que resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça e foi consagrado nas ditas diretivas – de aliviar o ónus da prova do demandante.

Resulta, ainda, de jurisprudência constante do Tribunal de Justiça (relembrada em vários considerandos das diversas diretivas antidiscriminação) que a apreciação dos factos que estabelecem a presunção de discriminação incumbe aos órgãos jurisdicionais nacionais, em conformidade com o direito nacional (cf., mais recentemente, o acórdão de 29 de julho 2024, *KfH Kuratorium für Dialyse und Nierentransplantation*, C-184/22, nº 58

²⁰ Ver FARKAS, LILLA/ O'FARRELL, ORLAGH, *Reversing the burden of proof ...*, 75.

²¹ FARKAS, LILLA/ O'FARRELL, ORLAGH, *Reversing the burden of proof ...*, 75, mencionam este problema em relação à Alemanha, Polónia e Portugal. Para uma apreciação crítica da legislação portuguesa v. COELHO MOREIRA, TERESA, *Igualdade e Não Discriminação – Estudos de Direito do Trabalho*, 2013, Almedina, 118.

e jurisprudência referida).

No entanto, uma vez que, em sede de reenvio prejudicial, o Tribunal de Justiça tem sido frequentemente chamado a pronunciar-se sobre o conceito de “elementos de facto que permitam presumir a existência de uma discriminação” (no sentido em que o mesmo vem consagrado das várias diretivas antidiscriminação), a sua jurisprudência contém indicações valiosas sobre a interpretação deste conceito e, portanto, sobre a extensão do ónus probatório que cabe ao demandante. Aliás, com alguma frequência, a margem de apreciação do órgão jurisdicional nacional na decisão do caso que deu origem ao pedido de reenvio fica significativamente reduzida face às consequências que se impõe retirar das respostas do Tribunal de Justiça às questões prejudiciais.

Veremos a seguir um conjunto de acórdãos do Tribunal de Justiça sobre o conceito de “elementos de facto que permitam presumir a existência de uma discriminação” (ou seja, elementos que permitem transferir o ónus da prova do demandante para o demandado), que optámos por organizar a partir do tipo de elementos em causa, independentemente de estarem em causa situações de discriminação direta ou indireta.

No final, procuraremos tirar uma conclusão sobre o *standard* de prova exigido ao demandante a fim de demonstrar uma presunção de discriminação.

2.1. Declarações públicas

No processo que deu origem ao acórdão de 10 julho de 2008, *Feryn* (C-54/07) estavam em causa declarações públicas do diretor da sociedade belga Feryn (sociedade especializada na instalação de portões de garagem), que, depois de a sociedade ter publicado uma oferta de emprego, declarou publicamente que não podia empregar “não autóctones”, porque os seus clientes estavam relutantes em dar-lhes acesso às suas residências privadas para efetuar os trabalhos. No âmbito de uma ação intentada, contra a dita sociedade, por um organismo belga cuja missão é agir em juízo em casos de discriminação, um tribunal de trabalho belga colocou ao Tribunal de Justiça seis questões prejudiciais, quatro das quais estavam relacionadas com as exigências de prova

necessárias para estabelecer a presunção de discriminação, ou seja, a discriminação *prima facie*. Tratava-se, nomeadamente, de saber se as declarações públicas acima referidas podem ser constitutivas de discriminação (direta), na falta de um queixoso identificável que alegue ter sido vítima dessa discriminação.

O Tribunal de Justiça decidiu, além do mais, que as declarações públicas pelas quais uma entidade patronal anuncia que, no âmbito da sua política de contratação, não empregará trabalhadores assalariados de determinada origem étnica ou racial são suficientes para presumir, na aceção do artigo 8.º/1, da Diretiva 2000/43, a existência de uma política de contratação diretamente discriminatória [cf. n.º 34 e ponto 2) do dispositivo do acórdão *Feryn*, C-54/07].

No acórdão de 25 de abril de 2013, *Asociația Accept* (C-81/12) estavam em causa declarações públicas que excluía a contratação de um futebolista apresentado como sendo homossexual, declarações essas proferidas por pessoa que não tinha, nos termos legais, capacidade jurídica de vincular ou representar o clube de futebol. O Tribunal de Justiça decidiu que os artigos 2.º/2, e 10.º/1, da Diretiva 2000/78 “devem ser interpretados no sentido de que factos como os que estão na origem do litígio no processo principal são suscetíveis de serem qualificados de ‘elementos de facto constitutivos da presunção de discriminação’ relativamente a um clube de futebol profissional, quando as declarações em causa sejam de uma pessoa que se apresenta e é vista, nos media e na sociedade, como sendo o principal dirigente desse clube, sem, no entanto, dispor necessariamente da capacidade jurídica de o vincular ou de o representar em matéria de recrutamento” [n.º 53 e ponto 1) do dispositivo do acórdão *Accept*, C-81/12].

O Tribunal considerou, assim, que são relevantes para estabelecer uma presunção de discriminação as declarações públicas de alguém que não é representante legal da sociedade, mas que exerce um papel importante na mesma. Em casos futuros, pode colocar-se a questão de saber qual o valor probatório de declarações proferidas em nome de uma sociedade, por alguém com um papel menos influente²².

²² Neste sentido v. BEALE, ANNA, *Proving Discrimination...*, 8.

No acórdão *Accept* (C-81/12) o Tribunal esclareceu, ainda, que a repartição do ónus da prova prevista no artigo 10.º/1, da referida diretiva é igualmente aplicável num litígio iniciado por uma associação, sem que esta atue em nome de um determinado queixoso ou sem que exista um queixoso identificável (n.ºs 37-38).

No acórdão de 23 de abril de 2020, *NH* (C-507/18), o Tribunal de Justiça, relembrando a sua jurisprudência *Accept*, analisou a existência de umnexo “não hipotético” entre determinadas declarações de um advogado e a política de recrutamento da respetiva sociedade de advogados. As declarações em causa, proferidas na rádio, tinham teor homofóbico, mas não se encontravam relacionadas com um concreto procedimento de recrutamento (em curso ou futuro) para a dita sociedade de advogados²³.

Em suma, o Tribunal de Justiça decidiu que as declarações homofóbicas constituem uma discriminação no emprego e na atividade profissional, quando são proferidas por uma pessoa que tem, ou se pode considerar que tem, uma influência determinante na política de recrutamento de um empregador; que o direito nacional pode prever que uma associação tem o direito de agir em juízo para obter o ressarcimento dos danos, mesmo que nenhuma pessoa lesada seja identificável; e que são relevantes as declarações homofóbicas de um advogado na rádio sobre a política de recrutamento da sua empresa, mesmo que proferidas fora do contexto de qualquer procedimento, desde que o nexoe entre essas declarações e as condições de acesso ao emprego ou à atividade profissional nessa empresa não seja hipotético (n.ºs 43 a 46 e dispositivo do acórdão *NH*, C-507/18).

No acórdão de 16 julho 2015, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria* (C-83/14), as declarações públicas do demandado foram apenas um dos elementos que o Tribunal de Justiça considerou pertinentes para a prova da discriminação *prima facie*.

Estava em causa a prática da empresa de eletricidade búlgara de instalar os contadores de eletricidade a uma altura de seis a sete metros (alegadamente a fim de prevenir

²³ Para maiores desenvolvimentos sobre os acórdãos citados, v. KULAK, MACIEJ, “Does the Feryn-Accept-NK doctrine enhance a common level of protection against discrimination in the EU? A reflection on the procedural aspects of the CJEU’s concept of discriminatory speech”, *European Law Review*, 46(4), 2021, 551-563.

manipulações dos contadores de eletricidade e ligações ilegais, que ocorreriam quando os contadores eram colocados à altura normal) unicamente em bairros onde a maioria dos habitantes eram cidadãos búlgaros de origem *roma*. O Tribunal de Justiça considerou que são indícios pertinentes para estabelecer uma discriminação *prima facie*, nos termos do artigo 8º da diretiva 2000/43, os seguintes elementos:

– o facto, não contestado, de que a prática controvertida foi instituída apenas nos bairros urbanos que são notoriamente habitados, na sua maioria, por cidadãos búlgaros de origem Roma (nº 81);

– as afirmações da empresa demandada, no âmbito de diversos processos, segundo as quais os atos de deterioração e as ligações ilegais eram levados a cabo principalmente por cidadãos de origem *roma*. Segundo o Tribunal, tais afirmações podem sugerir que a prática controvertida assenta em estereótipos ou preconceitos de ordem étnica, combinando-se, assim, os motivos raciais com outros motivos (nº 82);

– a circunstância de a demandada se ter limitado a sustentar que as alegadas deteriorações e manipulações não autorizadas dos contadores são factos públicos e notórios, sem ter apresentado provas a esse respeito (nº 83);

– a perceção segundo a qual os habitantes do bairro em causa, na sua maioria cidadãos búlgaros de origem *roma*, eram considerados, na sua globalidade, potenciais autores de comportamentos ilícitos, perceção que resulta do carácter obrigatório, generalizado e duradouro da prática controvertida, que foi alargada a todos os habitantes do bairro, independentemente da sua identidade ou de se apurar se os respetivos contadores de eletricidade foram objeto de deteriorações ou manipulações não autorizadas, prática que se mantém cerca de um quarto de século após ter sido instituída (nº 84).

O Tribunal decidiu, ainda, que a referida prática poderia constituir uma “discriminação em razão da origem étnica” na aceção da Diretiva 2000/43, independentemente de essa prática afetar pessoas de uma certa origem étnica ou as que, sem terem essa origem, sofrem, juntamente com as primeiras, o tratamento menos favorável (nº 60).

Embora as declarações alegadamente discriminatórias da empresa de eletricidade tenham sido um dos elementos tidos em conta, este caso difere dos acima citados porque, por um lado, não estavam claramente identificados os autores dessas declarações e, por outro, são apenas um dos elementos tidos em conta. O que aqui parece ser aqui decisivo é a constatação de um tratamento diferente, menos favorável, que se infere a partir dos vários elementos acima mencionados e que caracterizava uma prática duradoura, que visava unicamente bairros maioritariamente habitados por uma certa etnia.

2.2. Dados estatísticos

Resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça que os dados estatísticos são suscetíveis de demonstrar que o “grupo protegido” é afetado de uma forma negativa e desproporcionada face a outros em situação semelhante, nomeadamente, quando uma percentagem particularmente elevada das pessoas afetadas pelo efeito negativo é constituída por indivíduos que pertencem a esse “grupo protegido”.

Em particular, retira-se dos acórdãos de 3 de outubro de 2019, *Schuch-Ghannadan* (C-274/18, n.ºs 46 e 47 e jurisprudência referida) e de 29 de julho de 2024, *KfH Kuratorium für Dialyse und Nierentransplantation* (C-184/22, n.ºs 58 e 59 e jurisprudência referida), que, para que uma medida aparentemente neutra constitua uma discriminação indireta, deve ter como resultado, na prática, prejudicar de maneira particular as pessoas de um sexo relativamente às pessoas do outro sexo. Nestes arestos, o Tribunal lembrou que a apreciação dos factos constitutivos da presunção de discriminação indireta incumbe à instância jurisdicional nacional, em conformidade com o direito nacional e/ou as práticas nacionais que podem prever, em especial, que a discriminação indireta pode ser demonstrada por quaisquer meios, incluindo através de dados estatísticos. No que respeita aos dados estatísticos, o Tribunal lembrou que compete ao juiz nacional apreciar em que medida estes dados que lhe foram apresentados e podem ser tomados em consideração, isto é, nomeadamente, se esses dados “não são expressão de fenómenos puramente fortuitos ou conjunturais e, de um modo geral, se são significativos”.

No referido acórdão *KfH Kuratorium für Dialyse und Nierentransplantation* (C- 184/22,

n.º 64 e jurisprudência referida), o Tribunal salientou que “os dados estatísticos constituem apenas um elemento entre outros a que o juiz pode recorrer e ao qual o Tribunal de Justiça se refere, quando existam, com vista a caracterizar a existência de uma discriminação indireta no âmbito da aplicação do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres. Assim, segundo jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, a existência dessa particular desvantagem pode ser demonstrada, designadamente, se se provar que uma regulamentação nacional afeta negativamente uma proporção significativamente maior de pessoas de um dos sexos do que do outro.

Essa “proporção significativamente maior” já tinha sido tida em conta, por exemplo, no acórdão de 23 de outubro de 2003, *Schönheit* (C-4/02 e C-5/02), onde se constatou que no universo de pessoal que trabalhava em regime de tempo parcial (regime que determinava, segundo a lei alemã, uma redução do montante da pensão), entre 87.9% e 92.05% eram mulheres (n.º 35).

Também no acórdão de 27 junho de 1990, *Kowalska* (C-33/89) o Tribunal de Justiça decidiu, além do mais, que o então artigo 119.º do Tratado CEE (atualmente, artigo 157.º do TFUE) deve ser interpretado no sentido de que se opõe à “aplicação de uma disposição de uma convenção coletiva, relativa aos serviços públicos nacionais, que permite às entidades patronais excluir os trabalhadores a tempo parcial do benefício de um subsídio temporário no caso de cessação da relação de trabalho, quando se verifica que, de facto, a percentagem de homens que trabalham a tempo parcial é consideravelmente inferior à das mulheres, a menos que a entidade patronal demonstre que a referida disposição se justifica por fatores objetivos e estranhos a qualquer discriminação em razão do sexo [ponto 1) do dispositivo].

Já no acórdão de 9 de fevereiro de 1999, *Seymour-Smith e Perez* (C-167/97), o Tribunal de Justiça constatou que os dados estatísticos apresentados, que indicavam que 77,4% de trabalhadores masculinos e 68,9% de trabalhadores femininos preenchiam o critério que estava em causa, não demonstravam, à primeira vista, que a percentagem de mulheres fosse consideravelmente inferior à dos homens (n.ºs 63-64). Contudo, neste acórdão o Tribunal também salientou que uma aparente discriminação baseada no sexo pode

resultar de dados estatísticos que revelem “uma diferença menos importante, mas persistente e relativamente constante durante um longo período entre os trabalhadores masculinos e os trabalhadores femininos” (n.ºs 60 e 61).

Note-se a este respeito, que o artigo 2.º/2, da Diretiva 97/80 (que, contudo, não era a diretiva em causa no citado acórdão) exigia, a propósito do conceito de discriminação indireta baseada no sexo, que a prática visada afetasse uma “proporção consideravelmente mais elevada de pessoas de um sexo”. Tal exigência não consta hoje do artigo 2.º/1-b), da Diretiva 2006/54.

2.3. Elementos comparativos

O princípio geral da igualdade proíbe o tratamento diferente de situações comparáveis, a menos que essa diferenciação seja objetivamente justificada (v., entre outros, o acórdão de 26 de junho de 2001, *Brunnhöfer* (C-381/99, n.º 29 e jurisprudência referida).

Assim, podem ser extraídos indícios pertinentes para estabelecer a presunção de discriminação a partir de uma comparação, real ou hipotética, entre a situação do demandante e a situação de outra pessoa (ou grupo de pessoas) que, não partilhando a característica protegida, se encontre em circunstâncias similares e tenha recebido um tratamento mais favorável.

Nos casos em que está em causa a igualdade de remuneração entre homens e mulheres, o demandante, a fim de estabelecer a presunção de discriminação, tem que provar que o trabalho em causa é comparável e que existe uma diferença remuneratória.

Assim, em princípio, cabe ao demandante o ónus de provar que o trabalho é comparável, não estando o empregador obrigado a demonstrar que as atividades dos trabalhadores em causa são distintas (cfr. acórdão *Brunnhöfer*, C-381/99, n.º 57 a 59).

A fim de se apreciar se certos trabalhadores exercem um mesmo trabalho ou um trabalho a que pode ser atribuído um valor igual, o Tribunal de Justiça já declarou várias vezes que há que ter em conta “um feixe de elementos de facto”, como a natureza das

atividades efetivamente confiadas aos trabalhadores em causa, as condições de formação exigidas para o seu exercício e as condições de trabalho em que essas atividades são realmente efetuadas (v. acórdão *Brunnhofner*, C-381/99, n.ºs 43 e 48 e acórdão de 28 de fevereiro de 2013, *Kenny e.o.*, C-427/11, n.ºs 27-28).

Resulta ainda do acórdão *Brunnhofner* (C-381/99) que uma vez que a autora comprove que os critérios relativos à existência de uma diferença de remuneração entre um trabalhador feminino e um trabalhador masculino, bem como de um trabalho comparável, se encontram satisfeitos, haverá uma “aparência de discriminação” e incumbirá, nesse caso, ao empregador provar que não houve violação do princípio da igualdade de remuneração (n.º 60).

Situações diferentes, que veremos a seguir a propósito do acesso à prova (ponto 3. infra), são as criadas por um sistema de remuneração “opaco”, de onde resulte a impossibilidade de comparar os diferentes componentes remuneratórios, ou por uma recusa de informação por parte do demandado que possa privar de efeito útil os objetivos prosseguidos pelas diretivas antidiscriminação. Nestes casos, o ónus da prova quanto à desigualdade salarial e/ou quanto à comparabilidade do trabalho pode ser transferido para o demandado.

2.4. Trabalhadoras grávidas, puérperas ou lactantes

A gravidez pode ser, por si só, um elemento decisivo no estabelecimento de “elementos de facto que permitam presumir a existência de uma discriminação”.

Assim, no acórdão de 8 de Novembro de 1990, *Dekker* (C-177/88), o Tribunal de Justiça decidiu, pronunciando-se sobre a interpretação de disposições da Diretiva 76/207, que “uma recusa de contratação por motivo de gravidez só pode ser feita às mulheres e constitui, assim, uma discriminação direta em razão do sexo”. Ora, uma recusa de contratação devida às consequências financeiras de uma ausência por motivo de gravidez deve considerar-se baseada essencialmente no facto da gravidez. Essa discriminação não pode ser justificada por razões baseadas no prejuízo financeiro sofrido pelo empregador

em caso de contratação de uma mulher grávida, durante o período da sua licença por maternidade (cf. n.º 12).

Além disso, o Tribunal salientou que a resposta à questão de saber se a recusa de contratar uma mulher constitui uma discriminação direta ou indireta depende da razão dessa recusa. Quando essa razão resida na circunstância de a interessada estar grávida, a decisão está diretamente ligada ao sexo do candidato, mesmo num caso em que não existiam candidatos masculinos (nº 17).

No caso que deu origem ao acórdão de 19 de outubro de 2017, *Otero Ramos* (C- 531/15), uma trabalhadora lactante queixa-se de discriminação baseada no sexo, por lhe ter sido recusada a emissão de uma declaração, com vista à atribuição de uma prestação pecuniária por risco, que atestasse que as funções inerentes ao seu posto de trabalho, como enfermeira no serviço de urgências, apresentavam um risco para a amamentação do seu filho.

O Tribunal de Justiça decidiu que o artigo 19.º/1, da Diretiva 2006/54 deve ser interpretado no sentido de que, numa situação como a que estava em causa no processo principal, cabe à trabalhadora demonstrar factos que possam sugerir que a avaliação dos riscos que apresenta o seu posto de trabalho não foi efetuada em conformidade com as exigências da Diretiva 92/85 (relativa às trabalhadoras grávidas, puérperas ou lactantes) e que permitam assim presumir que existe uma discriminação direta baseada no sexo. Por consequência, caberá à parte demandada provar que a referida avaliação dos riscos foi efetuada em conformidade com as exigências desta disposição e que não houve, portanto, violação do princípio da não discriminação.

Apesar de ter indicado que incumbe ao órgão jurisdicional de reenvio verificar o cumprimento do ónus da prova, o Tribunal de Justiça não deixou de mencionar que a carta apresentada pela demandante, assinada pela sua superior hierárquica direta, parece indicar, de maneira fundamentada, que o posto de trabalho desta última apresenta riscos físicos, químicos, biológicos e psicossociais para a amamentação, e parece, assim, contradizer os resultados da avaliação dos riscos apresentados pelo demandado (nº 71). Assim, *a priori*, a carta constitui um elemento de prova suscetível de demonstrar que a

avaliação dos riscos que o seu posto de trabalho apresenta não incluía um exame específico que tomasse em consideração a sua situação individual e não era, pois, conforme com as exigências da Diretiva 92/85. Incumbirá, no entanto, ao órgão jurisdicional de reenvio verificar se é esse efetivamente o caso.

Também no acórdão de 19 de setembro de 2018, *Gonzalez Castro* (C-41/17, n.º 75), o Tribunal de Justiça considerou que a trabalhadora em causa deve apresentar, perante o órgão jurisdicional de reenvio ou qualquer outra instância competente do Estado-Membro em causa, factos ou elementos de prova que permitam demonstrar que a avaliação dos riscos apresentados pelo seu posto de trabalho, prevista na regulamentação nacional que transpõe, nomeadamente, os artigos 4.º e 7.º da Diretiva 92/85 para o direito interno, não comportou um exame específico que tomasse em consideração a sua situação individual e que, conseqüentemente, foi discriminada.

Pode extrair-se dos citados acórdãos *Otero Ramos* (C-531/15) e *Gonzalez Castro* (C-41/17) que a trabalhadora grávida, puérpera ou lactante pode provar a aparência discriminação se demonstrar que a avaliação dos riscos por parte do empregador não comportou um exame específico que tomasse em consideração a sua situação individual e os elementos específicos que forneceu a esse respeito²⁴.

2.5. Standard de prova

Resulta do texto das disposições das diretivas antidiscriminação sobre ónus da prova, consagradas na linha da jurisprudência do Tribunal de Justiça, que na primeira etapa do ónus da prova, o encargo do demandante consiste em apresentar “elementos de facto que permitam presumir a existência de uma discriminação”.

No entanto, estas disposições não definem qual o *limiar de certeza* (“threshold of certainty”) que é exigido para presumir a existência de uma discriminação.

Vários autores têm defendido que o ónus da prova exigido ao demandante é limitado à demonstração de elementos de facto *prima facie*, a partir dos quais se possa presumir

²⁴ Neste sentido, v. GROZDANOVSKI, LJUPCHO, “In Search of Effectiveness and Fairness ...”, 117.

uma discriminação direta ou indireta²⁵. Ou seja, o demandante deve estabelecer um caso *prima facie* de discriminação, convencendo o tribunal da verosimilhança ou da probabilidade de uma situação de discriminação. Os elementos de facto demonstrados pelo queixoso devem permitir extrair, de forma objetiva e com base nas regras da experiência, uma probabilidade de discriminação²⁶. Ao demandante caberá apenas apresentar “basic facts” (*indicia*) a partir dos quais a discriminação possa ser presumida, ou seja, cabe-lhe provar uma discriminação de forma plausível e não de forma concludente²⁷. Ao demandante cabe, então, apresentar “factos que sejam suscetíveis de causar a suspeição (a presunção) de que existe uma conexão entre a desvantagem ou o tratamento desigual e a [característica protegida]”²⁸.

Afigura-se que este entendimento é o mais compatível com a regra especial sobre a distribuição do ónus da prova, tal como foi gizada pelo Tribunal de Justiça desde o acórdão *Danfoss* (109/88).

O Tribunal de Justiça tem repetidamente afirmado que ao demandante cabe provar uma “aparência” de discriminação (acórdãos *Danfoss*, 109/88, *Enderby*, C-127/92, *Brunnhofner*, C-381/99, n.º 60), ou seja, “provar factos que permitam presumir a existência de uma discriminação” (*Coleman*, C-303/06, 2008, n.ºs 53 e 54). No mesmo sentido, no acórdão de 19 de abril de 2012, *Meister* (C-415/10, n.º 42) o Tribunal refere que incumbe ao órgão jurisdicional de reenvio ter em conta “todas as circunstâncias da causa no processo principal, a fim de determinar se existem indícios suficientes para que os factos dos quais se possa deduzir que houve [uma] discriminação sejam considerados provados”.

Além disso, como acima referido (ponto 1 supra), as regras especiais do ónus da prova criadas pela jurisprudência do Tribunal de Justiça têm a sua razão de ser no

²⁵ V., entre outros, GROZDANOVSKI, LJUPCHO, “In Search of Effectiveness and Fairness ...”, 117; POPOSKA, ZANETA, “Shift in the Burden of Proof – Mechanism to Ensure Enforcement of Anti-Discrimination Legislation”, *Balkan Social Science Review*, 2, 2013, 133-150, 137; HENRARD, KRISTIN, “The effective Protection against Discrimination and the Burden of Proof: Evaluationg the CJEU’s Guidance Through the Lens of Race”, *EU Anti-Discrimination Law Beyond Gender*, BELAVUSAU, ULADZISLAU/ HENRARD, KRISTIN, (ed), Bloomsbury Publishing, 2019, 95-118.

²⁶ MARTINOVIC, ADRIJANA, “Applying the Burden of Proof Rules in Gender Discrimination Cases: The Croatian Experience”, *EU and Comparative Law Issues and Challenges Series*, 1, 275-291, 278.

²⁷ GROZDANOVSKI, LJUPCHO, “In Search of Effectiveness and Fairness ...”, 113, 115.

²⁸ CARVALHO, PAULO MORGADO DE, “Ónus da prova...”, 121.

reconhecimento de uma real dificuldade de provar o facto da discriminação e na necessidade de garantir a efetividade dos princípios da igualdade e da não discriminação consagrados no direito da União. Seria, por isso, contrário a estes objetivos onerar excessivamente o demandante com a prova da discriminação.

Acresce que no âmbito do mecanismo de distribuição do ónus da prova gizado pelo Tribunal de Justiça (que, relembre-se, é composto de duas fases, a primeira destinada à demonstração de uma presunção discriminação e, a segunda, à contestação dessa presunção), o ónus da prova é transferido para a parte demandada antes de o julgador poder formar uma convicção final sobre a questão de saber se o tratamento menos favorável é efetivamente discriminatório. Tal só poderá acontecer quando, após a transferência do ónus da prova para o demandado, se constatar que este não provou que o tratamento menos favorável foi fundado em fatores objetivamente justificados e estranhos a qualquer discriminação.

Assim, nas conclusões da Advogada-Geral Kokott de 20 setembro 2012, *Belov* (C-394/11, nº 94), a propósito da interpretação do artigo 8.º/1 da Diretiva 2000/43, defende-se que é suficiente que as pessoas que se considerem lesadas pela não aplicação, no que lhes diz respeito, do princípio da igualdade de tratamento, “expose de manière plausible des faits créant l’apparence d’une discrimination” (apresentem, de forma plausível, factos que criam a aparência de uma discriminação).

Parece poder concluir-se que, para estabelecer um caso *prima facie* de discriminação, o demandante deve provar:

- (i) uma característica protegida (sexo, origem racial ou étnica, idade, orientação sexual ou outra);
- (ii) um tratamento menos favorável (ou os efeitos menos favoráveis de uma certa medida) comparativamente a outra(s) pessoa(s) que não partilhe(m) essa característica; e
- (iii) umnexo de causalidade (aparente ou presumido) entre o tratamento menos favorável e a característica protegida, ou seja, uma “aparência de discriminação”.

3. Acesso à prova e divulgação de informações

Os elementos que permitem estabelecer a presunção de discriminação podem não estar acessíveis ao demandante e, pelo contrário, encontrar-se na posse do demandado. Vejamos em que medida aquele pode ter acesso a essa informação e quais as consequências de uma eventual recusa de acesso à mesma.

3.1. Inexistência de um direito absoluto de acesso a informações

Parece extrair-se da jurisprudência do Tribunal de Justiça que as disposições das diretivas antidiscriminação que consagram as regras especiais sobre o ónus da prova não conferem, ao demandante, um direito generalizado de acesso a prova ou informações na posse do demandado.

No citado acórdão *Meister* (C-415/10) estava em causa o direito de uma candidata a um posto de trabalho a aceder à informação sobre se o empregador contratou outro candidato, num caso em que a candidata alegava de forma plausível que preenchia os requisitos indicados num anúncio de recrutamento e cuja candidatura tinha sido rejeitada, por duas vezes²⁹. Interpretando as disposições sobre o ónus da prova previstas nas Diretivas 2000/43/CE, 2000/78/CE e 2006/54/CE, o Tribunal de Justiça decidiu que estas não preveem o direito de uma pessoa, que se encontre na situação daquela candidata, de aceder à informação sobre se o empregador, no final de um processo de recrutamento, contratou outro candidato. Contudo, como veremos a seguir (ponto 3.2. infra), o Tribunal retirou consequências da recusa de acesso à informação, quando esta é necessária para a demonstração da presunção de discriminação.

No acórdão de 21 de julho de 2011, *Kelly* (C-104/10), estava em causa o acesso de um candidato a uma formação profissional às informações relativas às qualificações dos

²⁹ A adequação do nível de qualificação da demandante e a circunstância de não ter sido convocada para uma entrevista de emprego nem ter sido convocada no âmbito de um novo processo de seleção de candidatas foram considerados elementos a ter em conta para a demonstração da presunção de discriminação (v. *Meister*, C-415/10, n.ºs 43 a 45).

outros candidatos³⁰. O Tribunal de Justiça entendeu que o “artigo 4.º/1, da Diretiva 97/80 deve ser interpretado no sentido de que não prevê o direito de um candidato a um curso de formação profissional, que considera que lhe foi negado o acesso a essa formação devido à não aplicação do princípio da igualdade de tratamento, de aceder a informações detidas pelo organizador dessa formação e relativas às qualificações dos outros candidatos, a fim de poder apresentar ‘elementos de facto constitutivos da presunção de discriminação direta ou indireta’” (n.º 38)³¹.

Alguns autores, observam que o direito de acesso à prova continua a ser um problema em aberto³², que tal acesso deve considerar-se como decorrente do princípio da efetividade e defendem que as vítimas de discriminação devam, em geral, beneficiar de um direito de acesso à prova e a informações³³.

Em qualquer caso, a adequada apreensão da jurisprudência do Tribunal de Justiça nesta matéria exige ter ainda em consideração as consequências que, em termos do ónus da prova da discriminação, o Tribunal retira da falta de transparência ou da recusa de acesso a informações por parte do demandado.

3.2. Falta de transparência e recusa de acesso

Resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça que a falta de transparência das práticas empresariais ou a recusa (mesmo que legítima) de facultar acesso a elementos de prova ou informações pertinentes para estabelecer a presunção de discriminação podem determinar a transferência do ónus da prova do demandante para o demandado.

Neste sentido, o Tribunal de Justiça já considerou que cabe à empresa empregadora a prova de que a sua prática salarial não é discriminatória, quando aplica um sistema de

³⁰ O candidato em causa, do sexo masculino, tinha apresentado queixa por discriminação em razão do sexo, alegando que possuía melhores qualificações do que o candidato do sexo feminino menos qualificado que tinha sido selecionado, por uma universidade irlandesa, para participar na referida formação profissional.

³¹ Para um comentário ao acórdão Kelly (C-104/10), v. MENDOZA NAVAS, NAVIDAD/ SERRANO GARCIA, JUANA MARÍA, “Inversión de la carga de la prueba y confidencialidad ante el incumplimiento del principio de no discriminación por razón de sexo”, *Revista de Derecho Social*, n.º 55, 2011, 141-149.

³² KAPOTAS, PANOS, “Reversing the Burden of Proof ...”, 443.

³³ GROZDANOVSKI, LJUPCHO, “In Search of Effectiveness and Fairness...”, 114.

remuneração consistente num mecanismo de majorações aplicadas às remunerações de base caracterizado por uma total falta de transparência, que impossibilita a comparação dos diferentes componentes dos vencimentos em causa e, assim, a impossibilidade de se verificar se há um tratamento discriminatório dos trabalhadores femininos (acórdão *Danfoss*, 109/88, nºs 10, 13 e 15).

Também no citado acórdão *Meister* (C-415/10, nº 47 e dispositivo), o Tribunal considerou que a recusa de acesso a informação por parte do demandado, mesmo num caso onde o demandante não tinha um direito a essa informação, pode constituir um dos elementos a ter em conta no âmbito da demonstração dos factos que permitem presumir a existência de uma discriminação, direta ou indireta.

No mesmo sentido, em *Kelly* (C-104/10, n.º 39) o Tribunal salientou que não se pode excluir que, no âmbito da demonstração dos “elementos de facto constitutivos da presunção de discriminação direta ou indireta”, a recusa de informação por parte da demandada possa comprometer a realização do objetivo prosseguido pela regra especial do ónus da prova consagrada, no caso, no artigo 4.º/1 da Diretiva 97/80, e assim privar esta disposição do seu efeito útil, incumbindo ao órgão jurisdicional de reenvio verificar se é esse o caso no processo principal.

Cumprir notar que, tanto em *Kelly* (C-104/10, n.ºs 35-36), como em *Meister* (C- 415/10, n.º 40) e, mais recentemente, no acórdão de 3 de outubro de 2019, *Schuch Ghannadan* (C-274/18, n.º 55), o Tribunal salientou que era necessário verificar se a recusa de informação por parte do demandado não criava o risco de comprometer a realização dos objetivos prosseguidos pelas diretivas antidiscriminação, privando-as de efeito útil, e lembrou que, nos termos do artigo 4.º/3, do TUE, os Estados-Membros “tomam todas as medidas gerais ou específicas adequadas para garantir a execução das obrigações decorrentes dos Tratados ou resultantes dos atos das instituições da União”³⁴.

A transparência de critérios não é exigida apenas às entidades privadas, mas é também,

³⁴ No sentido de que estas apreciações revelam a necessidade de alterar certas regras processuais nacionais, que ponham em causa a efetividade das disposições das diretivas antidiscriminação v. *BEALE, ANNA, Proving Discrimination...*, 22.

e desde logo, imposta aos Estados-Membros. É disso exemplo a ação de incumprimento intentada pela Comissão contra a República Francesa, que teve origem num litígio respeitante ao sistema de recrutamento para a função pública francesa e deu origem ao acórdão de 30 de junho de 1988, *Comissão/França (C-318/86)*. Neste aresto, o Tribunal de Justiça considerou que a exceção ao princípio da igualdade de tratamento, respeitante às atividades profissionais para cujo desempenho o sexo constitui uma condição determinante, deve possuir uma certa transparência, que permita um controlo útil quer pela Comissão, quer pelos órgãos jurisdicionais nacionais ou pelos indivíduos lesados por medidas discriminatórias.

4. Refutação da presunção de discriminação

A regra especial sobre o ónus da prova prevê que, numa segunda fase, uma vez estabelecida a presunção de discriminação, cabe ao demandado refutar essa presunção.

Resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça que, a fim de refutar a presunção de discriminação, o demandado não pode limitar-se a negar a discriminação. Antes tem que apresentar provas de que o tratamento menos favorável foi motivado por fatores objetivamente justificados e estranhos a qualquer discriminação.

Poder-se-ia pensar que este é um ónus quase impossível de cumprir porque exigiria a prova de factos negativos. No entanto, na maioria dos casos o que será exigido ao demandado é que prove factos positivos, nomeadamente, que a medida visada, por um lado, foi fundada em fatores objetivamente justificados e, por outro lado, é proporcionada, adequada e necessária para atingir esses objetivos.

Neste sentido, resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça que uma determinada prática laboral, que se aplica independentemente do sexo do trabalhador, mas que na realidade atinge mais mulheres do que homens, pode ser justificada pelo empregador com base em “razões económicas objetivamente justificadas” e desde que a prática em causa seja necessária e proporcionada e responda a objetivos legítimos da entidade patronal.

A este respeito, no acórdão de 31 de março de 1981, *Jenkins (96/80)*, o Tribunal

considerou que, numa situação em que o trabalho a tempo parcial é assegurado de forma exclusiva ou predominante por mulheres, o facto de se atribuir uma remuneração horária menos elevada para o trabalho a tempo parcial do que para o trabalho a tempo inteiro não infringirá o princípio da igualdade de remunerações, desde que a diferença de remuneração seja explicada por fatores objetivamente justificados e estranhos a qualquer discriminação fundada no sexo (n.ºs 9 a 11). Este pode ser o caso quando o empregador, ao atribuir uma remuneração horária menos elevada ao trabalho a tempo parcial, visa, por “razões económicas objetivamente justificadas”, encorajar o trabalho a tempo inteiro, independentemente do sexo do trabalhador (n.º 12).

E, no acórdão de 14 de maio de 1986, *Bilka* (C-170/84), em que estava em causa uma sociedade de grandes armazéns que concedia o benefício de uma pensão de empresa apenas aos trabalhadores a tempo inteiro, com exclusão dos trabalhadores a tempo parcial (entre os quais, a maioria eram mulheres), o Tribunal de Justiça conclui que a sociedade pode justificar a concessão desse benefício, mostrando que o mesmo tem por objetivo empregar o menor número possível de trabalhadores a tempo parcial e que tal objetivo pode eventualmente considerar-se objetivamente justificado e estranho a qualquer discriminação em razão do sexo (n.ºs 31 e 32).

Por último, importa referir um caso ainda pendente, em que estão em causa duas convenções coletivas de trabalho que estabelecem montantes diferentes de ajudas de custo diárias para, por um lado, os pilotos, e, por outro, os membros da tripulação de cabina (sendo estes, na sua maioria, mulheres). Nas conclusões do Advogado-Geral Szpunar, de 6 de junho de 2024, *Air Nostrum* (C-314/23), começa por se salientar que seria possível considerar que a desigualdade de tratamento decorreria da aplicação de duas convenções coletivas distintas, o que poderia constituir, por si só, um fundamento suficiente (fundado num objetivo de autonomia dos parceiros sociais) para justificar uma diferença de tratamento em razão do sexo e que esta justificação poderia, conjuntamente com outros critérios, contribuir para a formação de um motivo justificativo objetivo e alheio a qualquer discriminação em razão do sexo, à luz da Diretiva 2006/54 (n.ºs 92 e 93). Contudo, para assim ser, o Advogado-Geral Szpunar considera que não basta que o empregador faça referência ao facto de ter havido duas negociações coletivas distintas,

incumbe-lhe provar concretamente que as prioridades de cada grupo eram diferentes e que foram negociadas de forma real e independente. Considera importante que o órgão jurisdicional de reenvio verifique que o grupo que foi, *a priori*, colocado em desvantagem, tendo pleno conhecimento das diferenças relativas aos montantes das ajudas de custo diárias em causa e aceitou essas diferenças dando prioridade, em contrapartida, a outros elementos relativos, nomeadamente, às condições de trabalho (n.º 96).

No entanto, no acórdão de 4 de outubro de 2024, o Tribunal de Justiça não seguiu as conclusões do Advogado Geral. O Tribunal considerou que a questão submetida pelo tribunal de reenvio assentava numa premissa segundo a qual as ajudas de custo em causa no processo principal não constituíam parte da remuneração dos pilotos e da tripulação de cabine, mas eram abrangidas pelas condições de trabalho dos trabalhadores em causa. De seguida, o Tribunal entendeu que lhe cabia reformular a questão submetida, a fim de dar uma resposta útil ao órgão de reenvio (n.ºs 23-27). A este respeito, o Tribunal considerou que as referidas ajudas de custo integravam o conceito de remuneração, na aceção do artigo 2/1-e) da Diretiva 2006/54 (relembrando que este é um conceito autónomo do direito da União). Consequentemente, na medida em que o trabalho desempenhado pelos trabalhadores em causa não era igual, o Tribunal de Justiça concluiu que a diferença de tratamento indireta não podia ser qualificada de discriminação indireta em razão do sexo (n.ºs 38, 43).

5. Notas finais

A jurisprudência do Tribunal de Justiça foi pioneira a estabelecer a tão necessária regra especial sobre o ónus da prova nos casos de discriminação. Esse aligeiramento do ónus da prova a favor do demandante ajudou a equilibrar as hipóteses em casos de discriminação, onde, frequentemente, seria muito difícil, ou mesmo impossível, que a vítima de discriminação pudesse cumprir o critério geral de distribuição do ónus da prova, devido à natureza intangível da discriminação.

É, no entanto, um trabalho inacabado. Por um lado, deve continuar a trabalhar-se no sentido de uma maior uniformidade na aplicação, ao nível dos Estados-Membros, das

disposições sobre o ónus da prova consagradas nas diretivas antidiscriminação, que, no fim do dia, têm sempre que ser interpretadas no sentido de não comprometer a realização dos objetivos prosseguidos pelas ditas diretivas, privando-as de efeito útil.

Por outro lado, as disposições sobre o ónus da prova, sendo um instrumento essencial para a efetividade dos princípios da igualdade e da proibição da discriminação, não são a solução mágica para o problema da discriminação. Infelizmente, os casos de discriminação mantêm toda a atualidade, como se depreende das estatísticas sobre igualdade e não discriminação na União Europeia, publicadas este ano pelo Eurostat, que revelam que, por exemplo, a diferença global de remunerações entre homens e mulheres elevava-se, em 2018, a 36,2% (por outras palavras, as mulheres em idade ativa ganhavam 36,2 % menos do que os seus homólogos masculinos) ou que, em 2021, 5,8% das mulheres com idades compreendidas entre os 20 e os 64 anos na UE sentiam que eram vítimas de discriminação no seu emprego atual, em comparação com 3,5 % dos trabalhadores homens³⁵.

Às dificuldades da prova da discriminação originada em atuações humanas, acrescem agora as inerentes à prova de discriminação “praticada” por algoritmos ou modelos de inteligência artificial³⁶ que, certamente, vão trazer novos desafios na interpretação e aplicação das disposições sobre o ónus da prova da discriminação.

³⁵ *Statistics on equality and non-discrimination in the EU*, Eurostat, 2024 edition, 34 e 44.

³⁶ Sobre o tema, v. GROZDANOVSKI, LJUPCHO, “In Search of Effectiveness and Fairness...”, 136.