

O princípio da igualdade de tratamento e a discriminação positiva

José Henriques*
jotahenriques@mail.telepac.pt

Resumo: O Direito Social Comunitário sofreu, depois do Tratado de Amesterdão, uma evolução não só ao nível dos Princípios (Direito Originário e Derivado) como também ao nível da Jurisprudência Comunitária. De uma dimensão económica avançou-se progressivamente para uma dimensão mais social da qual sobressaem tanto o princípio da não-discriminação sexual, bem como o da discriminação positiva, quer no âmbito dos objectivos do Tratado (art. 2º TUE - Tratado de Maastricht de 1992), do princípio genérico da não discriminação (art. 13º TUE), das políticas sociais (art. 137º TUE) como também do princípio da igualdade de oportunidades e de tratamento entre homens e mulheres (art. 141). Pretendendo-se, através da discriminação positiva, igualar o número de mulheres ao dos homens, quando estas estão em manifesta minoria em determinada actividade, é uma medida conforme ao Direito Comunitário. No entanto, um sistema de quota automática, sem atender ao mérito da pessoa, adoptado por um país, pode constituir uma medida contrária ao Direito Comunitário. Mesmo assim, não seria de todo impensável, para evitar, ainda que remotamente, a discriminação invertida, a possibilidade de fixar um prazo de prescrição para a discriminação positiva.

Palavras-chave: Igualdade de tratamento entre homens e mulheres, proibição de discriminação em função do sexo, orientação sexual, discriminação positiva, quotas e discriminação inversa

Abstract: After the Treaty of Amsterdam, the Social Community Law has developed not only at the level of its Principles (Primary and Secondary Legislation) but also at the level of Community Jurisprudence. Originally with a strong economic dimension it evolved more and more into the social, among which stand both the sexual non-discrimination and the positive discrimination principles. These developments materialized within the objectives of the Treaty (Article 2 TUE – Maastricht Treaty in 1992), of the general principle of non-discrimination (Article 13 TUE), of the social policies (Article 137 TUE) and also of the principle of equal opportunities and treatment between men and women (Article 141). In full agreement with the Community Law, the purpose of positive discrimination is to balance the opportunities for men and women in the fields where the latter are in evident minority. A system of automatic quotas without considering the merits of each individual, if implemented by a country, could be therefore against the Community Law. In addition and in order to avoid a possible consequent reversed discrimination, one could think of setting a time limit to end the positive discrimination.

Keywords: Equal treatment between men and women, ban of sexual discrimination, sexual orientation, positive discrimination, quotas and reverse discrimination.

* IPP – Instituto Politécnico do Porto e Advogado

1. A igualdade de tratamento e a não discriminação sexual

O Tratado de Amesterdão¹, que alterou o Tratado da União Europeia - TUE (Tratado de Maastricht de 1992), os Tratados que instituem as Comunidades Europeias e alguns Actos relativos a esses Tratados, reforçou a matéria “social” através de modificações substantivas, assim elevando o nível de prioridade dos fins ou objectivos sociais da Comunidade Europeia definidos na actual redacção do art. 2º².

A perspectiva social do Tratado de Amesterdão revelou-se, pois, de uma importância inovadora ao lado da perspectiva económica, até então prevalecente e exclusiva; recorde-se a própria designação originária de Comunidade Económica Europeia. São manifestações desta perspectiva social as modificações introduzidas no Tratado, na Parte I (Os Princípios) e na Parte III (As Políticas da Comunidade), nomeadamente no novo Título VIII dedicado ao Emprego e ainda no Título XI dedicado à Política Social, Educação, Formação Profissional e Juventude, com especial destaque para o Capítulo I (Disposições Sociais: art.s 136º a 143º).

É a partir do Tratado de Amesterdão que o Direito Social Comunitário experimenta uma mudança de orientação, abrangendo segundo SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA³ três grandes áreas, a saber: a do Direito “Constitucional” Social Comunitário (conjunto de princípios básicos e direitos fundamentais dos

¹ Aprovado em 02 de Outubro de 1997, entrou em vigor em 01 de Maio de 1999. Foi publicado no Diário da República, n.º 42/99, Série I-A, de 19 de Fevereiro de 1999, o Decreto do Presidente da República n.º 65/99, que ratificou o Tratado de Amesterdão, e a Resolução da Assembleia da República n.º 7/99, que aprovou o mesmo Tratado.

² Art. 2º do Tratado que instituiu a Comunidade Europeia: “A Comunidade tem como missão, através da criação de um mercado comum e de uma união económica e monetária e da aplicação das políticas ou acções comuns a que se referem os artigos 3º e 4º, **promover**, em toda a Comunidade, o desenvolvimento harmonioso e *sustentável* das actividades económicas, um elevado nível de emprego e de protecção social, **a igualdade entre homens e mulheres**, um crescimento sustentável e não inflacionista, um alto grau de *competitividade* e de convergência dos comportamentos das economias, um *elevado nível de protecção e de melhoria da qualidade do ambiente*, o aumento do nível e da qualidade de vida, a coesão económica e social e a solidariedade entre os Estados-Membros (em itálico estão as alterações introduzidas pelo Tratado de Amesterdão; o destaque é nosso).

³ SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Yolanda, “*El principio de no discriminación sexual en el Derecho Social Comunitario: avance “sustancial” del Tratado de Amsterdam?*”, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea, II, Madrid, 1999, p. 364.

trabalhadores), a do Direito do Emprego Comunitário (o emprego e o seu fomento ocupam progressivamente um papel central na atenção comunitária virada para o trabalho) e a da Política Social Comunitária (conjunto de medidas relacionadas com os direitos sociais).

Na sequência da nova missão da Comunidade, enunciada no supra referido art. 2º, de promover a igualdade entre homens e mulheres, os Estados-Membros reforçaram a igualdade de tratamento de ambos os sexos noutras disposições do Tratado, como é o caso do art. 13º onde é consagrado o “*princípio geral de não discriminação*”⁴. Ainda no seguimento de políticas de emprego, cuja promoção vem consagrado na al. i) do art. 3º⁵, foi introduzido um n.º 2 a este mesmo artigo do Tratado pelo qual a Comunidade “...*terá por objectivo eliminar as desigualdades e promover a igualdade entre homens e mulheres*”. Daqui se conclui que ora na formulação do denominado Princípio de Igualdade de Tratamento, ora, na do Princípio da Não Discriminação, não deixaremos de estar, no âmbito do Direito

⁴ Seguindo a mesma lógica do Tratado de Amesterdão, a Lei Constitucional n.º 1/97, de 20.09, que procedeu pela 4ª vez à Revisão da Constituição da República Portuguesa de 02 de Abril de 1976, introduziu uma nova alínea no art. 9º, a al. h), a qual passou a declarar que são tarefas fundamentais do Estado Português “*promover a igualdade entre homens e mulheres*”. Aliás e por meio da Lei n.º 23/80, de 26.07, que ratificava a Convenção das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, já Portugal há muito se tinha vinculado a eliminar discriminações fundadas no sexo. Segundo ALMEIDA LOPES, “*até ao Tratado de Amesterdão, competia aos Estados-Membros lutar contra qualquer forma de discriminação em razão do sexo, raça ou origem étnica, religião ou crença, deficiência, idade ou orientação sexual. Mas a partir do novo Tratado, essa competência passa a pertencer, também, à União Europeia*” – Cfr. LOPES, J.J. Almeida, “*Tratados Europeus Explicados*”, Vislis Editores, Lisboa, 1999, p. 27.

Ao art. 13º introduzido pelo Tratado de Amesterdão, foi-lhe dada nova redacção pelo Tratado de Nice (assinado em Nice em 26 de Fevereiro de 2001 e publicado no JOCE (Jornal Oficial das Comunidades Europeias) n.º C 80 de 10 de Março de 2001) segundo o qual o parágrafo único passou a n.º 1 e foi aditado o n.º 2. Diz agora o n.º 1 do referido art. 13º: “*Sem prejuízo das demais disposições do presente Tratado e dentro dos limites das competências que este confere à Comunidade, o Conselho, deliberando por unanimidade, sob proposta da Comissão e após consulta ao Parlamento Europeu, pode tomar as medidas necessárias para combater a discriminação em razão do sexo, raça ou origem étnica, religião ou crença, deficiência, idade ou orientação sexual*” (destaque nosso).

De resto, o “*princípio da igualdade*” vem consagrado também no art. 13º da Constituição da República Portuguesa, cujo n.º 2 foi recentemente alterado pelo art. 4º da Lei Constitucional n.º 1/2004, de 24.07: “*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*” (a expressão destacada constitui inovação introduzida pela sobredita Lei n.º 1/2004, conformando, assim, este n.º 2 com aquele n.º 1 do equivalente art. 13º do TUE).

⁵ Art. 3º, al. i): “*A promoção de uma coordenação entre as políticas de emprego dos Estados-Membros, com o objectivo de reforçar a sua eficácia, mediante a elaboração de uma estratégia coordenada em matéria de emprego*”.

Originário, perante um princípio orientador e constitutivo da perspectiva social da Comunidade e que aparece com novas e profundas implicações no âmbito das relações laborais.

Princípio este quer “entendido como interdição aos poderes públicos e à prática social da manutenção de determinadas distinções não só desvantajosas, como contrárias à dignidade da pessoa” mas também e sobretudo como “princípio ou direito fundamental social não no sentido de ser um direito só detido pelos trabalhadores, isto é, limitado ao âmbito social, mas no sentido de ser um direito que, se do ponto de vista laboral não é inato, tem enorme transcendência no âmbito das relações laborais”⁶. Importa, por isso, referir que o chamado, umas vezes, princípio da igualdade de tratamento e, outras vezes, princípio da não discriminação é entendido, mais estritamente, na vertente de *discriminação sexual*, enquanto acolhe “o princípio de proibição ou interdição de qualquer tratamento menos favorável de um trabalhador em frente a outro com base ou relacionado com o sexo, exclusiva ou essencialmente”⁷.

Este tema, de importância relevante⁸, tornou cada vez mais crescente o interesse dos poderes públicos na regulação do trabalho da mulher resultante da contínua evolução do papel por si desempenhado na realidade sócio-económica, designadamente na intervenção da mulher no mercado de trabalho (não só como agente económico, mas também como membro da família e da sociedade)⁹. Tradicionalmente, as mulheres incorporaram-se num “mundo do trabalho fortemente masculinizado”¹⁰, onde os seus salários foram vistos como complementares do dos chefes de família (os homens), numa situação de discriminação, não somente ao nível dos salários e das condições de trabalho mas inclusivamente de acesso ao emprego.

O Direito do Trabalho fez prova, enquanto fazendo parte do seu corpo doutrinal, desta situação que teve evolução mais célere fora do caso português: tomando por figura central da relação contratual de trabalho subordinado, um

⁶ SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Yolanda, *ob.cit.*, p. 366.

⁷ *Ibidem*.

⁸ CABEZA PEREIRO, Jaime, “*Directiva 97/81, del Consejo, relativa al Acuerdo Marco sobre el trabajo a tiempo parcial, concluido por la UNICE, el CEEP y la CES*”, *Actualidad Laboral*, Mayo de 2000, n.º 20, p. 341: “Talvez seja esta a questão que mais preocupou a doutrina científica e judicial”.

⁹ Cfr. SILVA, Maria Manuela Maia da, “*A discriminação sexual no mercado de trabalho – uma reflexão sobre as discriminações directas e indirectas*”, Q.L. (Questões Laborais) Ano VII-2000, n.º 15, p. 84.

¹⁰ Expressão utilizada por CASAS BAAMONDE, cit. apud GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, “*Situación de embarazo y principio de igualdad de trato: la regulación comunitaria y su jurisprudencia*”, REDT (Revista Española de Derecho del Trabajo), 1999, n.º 97, p. 730, nota 7.

trabalhador masculino, do sector industrial, primeiro a tempo inteiro, progressivamente de duração indeterminada e responsável pelo sustento económico de uma família¹¹.

As transformações produtivas e tecnológicas conduziram a uma incorporação progressiva e crescente e cada vez mais massiva¹², a partir dos anos 70, da mão-de-obra feminina nos mercados de trabalho (e também nos meios culturais e universitários¹³), o que constitui uma das mais importantes mutações estruturais conhecidas no mercado de trabalho europeu, aliada à convergência de diversos fenómenos, também europeus, como a heterogeneidade crescente das estruturas familiares, as famílias monoparentais, as mães solteiras, etc.¹⁴.

O legislador comunitário, tal como os nacionais, entraram numa voragem de regulamentação, entre trabalhadores e trabalhadoras¹⁵, que não parece ter fim e que tornou praticamente impossível abarcar o sistema normativo que regula o regime jurídico da prestação de trabalho feminina. O objectivo era claro: tratava-se, segundo SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA¹⁶, de tornar a irrelevância do sexo, no âmbito das relações laborais onde se pretende a equiparação pela via do progresso das condições de vida e de trabalho, um princípio ou direito fundamental do Direito Social Comunitário. A proibição da discriminação sexual consolidada no Tratado de Amesterdão, foi retractada tradicionalmente na dicotomia homem-mulher,

¹¹ RAMALHO, Maria do Rosário Palma, “O Direito do Trabalho numa sociedade em mutação acelerada e o problema da igualdade de tratamento entre trabalhadores e trabalhadoras”, *“Estudos do Direito do Trabalho”*, Almedina, Coimbra, 2003, p. 217: “Em termos jurídicos, o acesso das mulheres ao mercado de trabalho traduz-se em novas exigências ao direito laboral, que passam não só pela garantia efectiva do tratamento não discriminatório entre os trabalhadores dos dois sexos, mas também pela procura de igualização de oportunidades em termos positivos e pela previsão de formas de organização do trabalho que facilitem a conciliação entre a vida profissional e familiar” e na p. 218 onde aborda a configuração sociológica típica do trabalhador subordinado.

¹² *Ibidem*.

¹³ Jornal PÚBLICO: *Taxas altas de raparigas nas universidades escondem desigualdades no trabalho*. 05.Mai.2004, p. 32, citando Teresa Pinto no Seminário Evocativo do I Congresso Feminista e da Educação em Portugal, em Lisboa: “Apesar de haver actualmente mais mulheres habilitadas com diplomas de ensino superior do que homens, as oportunidades sociais e profissionais não reflectem aquela realidade”.

¹⁴ Commission européenne – Rapport final, *“Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe”*, Emploi & affaires sociales, juin 1998, p. 78.

¹⁵ RAMALHO, Maria do Rosário Palma, “O Direito do Trabalho numa sociedade...”, p. 215: “A temática da igualdade de tratamento entre mulheres e homens no domínio do trabalho é hoje um problema incontornável para os juslaboralistas, sendo sabido que um dos domínios em que se verificam mais problemas de discriminação em razão do género é o do domínio das relações de trabalho”.

¹⁶ SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Yolanda, *ob.cit.*, p. 366.

passando a englobar, paulatinamente e por via das Directivas e Jurisprudência comunitárias, seguramente mais por influência desta do que daquelas, a proibição da discriminação em função da identidade sexual e a proibição da discriminação em função da orientação sexual¹⁷.

O princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres e da não discriminação, numa perspectiva mais ampla, abarcará, pelo menos, três áreas de interesse:

a) O acesso ao emprego: se se trata de desterrar a discriminação, resulta como objectivo prioritário acabar de vez com a segregação laboral feminina¹⁸; a diferente repartição do trabalho constitui ainda um problema pendente de solução tanto no ordenamento interno como comunitário, sem embargo o interesse cada vez maior manifestado na busca de solução para os problemas mais acutilantes, nomeadamente a necessária conciliação da vida laboral e familiar (a denominada “dupla jornada”), o reconhecimento de medidas de acção positiva¹⁹ ou a luta contra a discriminação indirecta²⁰; tanto os poderes públicos como os agentes sociais devem assumir a tarefa de acabar de vez com a “masculinização” e a “feminização” de funções, origem de uma distribuição sexual do trabalho que perpetua modelos anacrónicos e confina o papel da mulher a remunerações normalmente inferiores; uma real igualdade de oportunidades passa pela “misticidade” das tarefas; neste âmbito, também haveria que acabar com a precariedade laboral baseada no sexo.

b) As condições de trabalho: aqui, também, a diferença de tratamento, uma vez constituída a relação laboral, encontra aspectos importantes; nomeadamente no que diz respeito à retribuição, às licenças, dispensas ou suspensões do contrato. O problema não está tanto nas normas mas na mentalidade²¹ dos homens e das

¹⁷ Cfr. nota 4, supra.

¹⁸ CABEZA PEREIRO, Jaime, “*El derecho de la mujer a trabajar en igualdad: apuntes sobre el estado de la cuestión*”, REDT, 2001, 104, p. 195: “... a mulher, sob o ponto de vista do trabalhador arquétipo, deve considerar-se como atípica, já que as suas especiais circunstâncias a situam numa posição desfavorável em relação ao trabalhador homem”.

¹⁹ Cfr. art. 141º, n.º 4 do TUE.

²⁰ Directiva 2002/73/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Setembro de 2002.

²¹ Cfr. CAMPOS, Júlia, “Igualdade e não-discriminação no Direito do Trabalho”, *IV Congresso Nacional do Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2002, p. 321. RAMALHO, Maria do Rosário Palma, “O Direito do Trabalho numa sociedade...”, p. 224: “... quase não há acções colocadas perante os tribunais portugueses sobre esta matéria (ao contrário do que sucede noutros países)... como é do conhecimento público perpetuam-se situações práticas de discriminação no acesso ao emprego, e no desenvolvimento da relação laboral nas mais diversas áreas...”. É caso para dizer que o direito português é muito bonito mas pouco efectivo. E, continua a Autora na p. 225: “Nesta como noutras matérias, a evolução de mentalidades é essencial...”.

mulheres, melhor, da sociedade. As medidas legislativas destinadas a proteger as mulheres grávidas, ou em período de amamentação ou aleitação, a proteger a segurança e a saúde da criança podem retrair a contratação de mulheres. O esforço dos poderes públicos e dos interlocutores sociais podem conduzir a dissociar a maternidade da ideia de incremento dos custos ou problemas organizacionais na empresa. A subvalorização do seu trabalho ou das tarefas tradicionalmente encomendadas a este grupo de trabalhadores pode conduzir a uma retribuição inferior.

c) A conservação do posto de trabalho: aqui, em termos de extinção do vínculo laboral, a discriminação pode actuar de dois pontos de vista: o risco de o empresário exercer o seu poder disciplinar para prescindir das trabalhadoras, sobretudo quando estas pretendem fazer valer os direitos que o ordenamento lhes reconhece para a conciliação da sua vida laboral e familiar ou para enfrentar uma maternidade recente; por outro lado, a pobre solução dada pela extinção causal do contrato de trabalho por vontade do trabalhador (habitualmente mulher) que é vítima de assédio sexual²² e, ultimamente mais em discussão, de assédio moral (*mobbing*).

Segundo RUIZ-JARABO, “o princípio de igualdade de tratamento no direito comunitário manifesta-se em três âmbitos diferentes: a igualdade de retribuição, a igualdade no acesso ao emprego e condições de trabalho e a igualdade nos regimes legais de segurança social”²³.

Uma evolução do tipo sociológico do trabalhador subordinado teve subjacente, nas palavras de MARIA DO ROSÁRIO RAMALHO, dois motivos essenciais: por um lado, “necessidades novas de compatibilização da vida profissional com a função genética da trabalhadora mulher, por ocasião da maternidade”, o que, obviamente não deixa de interferir na organização (empresa) em termos de flexibilidade e gestão, pela necessidade de substituição da trabalhadora; por outro, as necessidades de compatibilização da vida profissional e familiar, com partilha de responsabilidades, entre os cônjuges, “incentiva a opção por modalidades atípicas do vínculo laboral que tornem mais fácil esta conciliação (como o trabalho a tempo parcial, o trabalho a termo ou o trabalho no domicílio, por exemplo)” por forma a uma “gestão mais flexível do vínculo laboral”²⁴.

²² Sobre a distinção entre assédio e assédio sexual cfr. a Directiva 2002/73/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 23 de Setembro de 2002 in JO L 269 de 05.10.2002, p. 17.

²³ Cfr. RUIZ-JARABO, Dámaso, “El principio de no discriminación por razón de sexo en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, “*Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues*”, Vol. 2, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, p. 1130.

²⁴ Cfr. RAMALHO, Maria do Rosário Palma, “O Direito do Trabalho numa sociedade...”, pág.s 218 e 219.

A Constituição da República Portuguesa – CRP (art. 13º)²⁵ consagra a igualdade de oportunidades e de tratamento relativamente a todos os cidadãos, considerada como princípio da não discriminação ou vertente negativa do princípio da igualdade²⁶. Em matéria laboral, o princípio da igualdade aparece reforçado nos artigos seguintes (47º, 50º, 58º, n.º 2, al.s b) e c) e 59º) da CRP²⁷. Como nos refere MARIA DO ROSÁRIO RAMALHO, quanto ao “princípio constitucional da igualdade e às respectivas projecções no texto constitucional em matéria de escolha da profissão, acesso ao emprego e progressão na carreira e igualdade salarial, beneficiamos do facto de a nossa Constituição ser um diploma jovem com uma preocupação notável em matéria de direitos fundamentais”. “No que se refere ao

²⁵ CAMPOS, Júlia, *ob. cit.*, p. 278, nota 23, citando Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo: “I. O princípio da igualdade, com a dimensão que lhe é conferida pelo artigo 13º da C.R., comporta a proibição do arbítrio e a proibição da discriminação. II. A proibição do arbítrio torna inadmissíveis as diferenciações de tratamento sem justificação razoável, aferida esta por critérios de valor objectivos, constitucionalmente relevantes, bem como identidades de tratamento de situações manifestamente desiguais”. E na nota 22, citando Acórdão do Tribunal Constitucional: “... O princípio da igualdade, entendido como limite objectivo da discricionariedade, não veda à lei a realização de distinções, antes lhe proíbe a adopção de medidas que estabeleçam distinções discriminatórias, ou seja, desigualdades de tratamento materialmente infundadas, sem qualquer fundamento razoável ou sem qualquer justificação objectiva e racional. Em suma, traduz-se na ideia geral de proibição do arbítrio”. RAMALHO, Maria do Rosário Palma, “Igualdade de tratamento entre trabalhadores e trabalhadoras em matéria remuneratória: a aplicação da Directiva 75/117/CE em Portugal”, *“Estudos de Direito do Trabalho”*, Almedina, Coimbra, 2003, p. 265, nota 15: O Acórdão do Tribunal Constitucional de 09/03/1989, BMJ (Boletim do Ministério da Justiça), 385, 188: Considerando que o princípio da igualdade vertido no art. 13º da Constituição determina não só a necessidade de tratar de forma igual o que é idêntico mas igualmente a obrigação de tratar diferentemente o que é diverso, tendo pois como conteúdo negativo a proibição de discriminação e como conteúdo positivo a possibilidade de diferenciação e conjugando esta interpretação com o princípio do trabalho igual, salário igual, o tribunal entendeu, em consequência, admissível a variação salarial fundada em critérios objectivos, demonstrativos da diversidade das situações em causa.

²⁶ Cfr. SILVA, Maria Manuela Maia da, *ob. cit.*, 85, nota 4, citando MACHADO DRAY.

²⁷ RAMALHO, Maria do Rosário Palma, “Igualdade e não discriminação em razão do género no domínio laboral – situação portuguesa e relação com o direito comunitário. Algumas notas”, *“Estudos do Direito do Trabalho”*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2003, p. 229: “deve dizer-se, contudo que este substrato constitucional do sistema e as suas projecções legais e jurisprudenciais (...) constituem a primeira marca distintiva do sistema português em matéria de igualdade em razão do género, no universo comunitário”; e mais adiante (p. 231) sobre o nível jurisprudencial “não podemos deixar de reconhecer que os resultados são decepcionantes, pela simples razão de que não há – ou quase não há – processos judiciais sobre casos de discriminação laboral em razão do género, fora dos casos de despedimento” e na p. 232: “a ausência de processos judiciais sobre situações de discriminação coloca igualmente algumas dúvidas sobre a eficácia prática do sistema normativo de protecção” e, finalmente, “não há questões prejudiciais suscitadas perante o Tribunal de Justiça por Portugal, ao contrário do que sucede com outros países... É certo que, ainda que houvesse acções nesta matéria entre nós, provavelmente não teria que ser suscitado o problema da igualdade perante o TJ a título prejudicial, porque o substrato constitucional do princípio da igualdade e o quadro legal nesta matéria, são, de um modo geral, compatíveis com o direito comunitário”.

conceito de discriminação, também nos parece que a situação portuguesa é, do ponto de vista formal, relativamente clara (...). A lei portuguesa contém uma noção de discriminação clara e de conteúdo amplo, uma vez que abarca tanto as situações de discriminação directa como indirecta. Esta noção é perfeitamente compatível com o direito comunitário²⁸.

O reconhecimento do princípio da igualdade de retribuição, para o mesmo tipo de trabalho, está consagrado no Tratado da Comunidade Europeia desde 1957 (art. 119) que passou a ser o art. 141º, após o Tratado de Amesterdão, enquanto exigência aos Estados membros no sentido de garantia da aplicação deste princípio que tem como dominância o trabalho e o emprego. Além de constituir “uma previsão pouco comum num tratado internacional... representava um ideal social e um instrumento, pelo menos indirecto, para harmonizar a política laboral na União Europeia”²⁹. O art. 2º da Convenção n.º 100 da Organização Internacional do Trabalho, de 1951, ratificada por Portugal em 1996 D.L. (Decreto-Lei) n.º 47302, de 4 de Novembro de 1966) serviu de inspiração àquele art. 141º (ex-119º) do Tratado. Ainda segundo RUIZ-JARABO, o art. 141º “instaura uma obrigação que pretende evitar o *dumping social* dentro do mercado comum”³⁰.

A Directiva 75/117/CEE, 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 femininos³¹, é a primeira nesta matéria e, ao mesmo tempo, o ponto de partida para uma aproximação e não uma uniformização em termos de igualdade remuneratória entre os trabalhadores. Duas curiosidades se lhe podem apontar: a primeira, consiste na diferenciação entre “trabalho igual” e “trabalho de valor igual” ou idêntico³²;

²⁸ RAMALHO, Maria do Rosário Palma, “Igualdade e não discriminação em razão do género...”, p. 237 e 238. Cfr. ainda os art.s 27º e ss. do Código do Trabalho.

²⁹ Cfr. RUIZ-JARABO, Dámaso, *ob. cit.*, p. 1131.

³⁰ SANTOS, Sabina Pereira dos, “Direito do Trabalho e Política Social na União Europeia”, Princípa, Cascais, 1999, p. 83 fala, a propósito do *dumping social*, no receio de uma Europa a duas velocidades no domínio social.

³¹ DRAY, Guilherme Machado, “O Princípio da Igualdade no Direito do Trabalho”, Almedina, Coimbra, 1999, p. 251 e ss.

³² RAMALHO, Maria do Rosário Palma, “Igualdade de Tratamento entre trabalhadores e trabalhadoras...”, p. 265, formula a seguinte conclusão: “consideramos que a concretização do conceito de trabalho igual, para efeitos de verificação de situações de discriminação remuneratória com base no sexo deve ser feita em termos amplos, já que passa em primeiro lugar pela assimilação do conceito de trabalho de valor igual ao conceito de trabalho materialmente igual; exige depois uma referência à ideia de categoria em sentido horizontal, ou seja, como conjunto de tarefas integrantes da função de trabalhador; e finalmente, exige uma concretização através de critérios constitucionais de quantidade e qualidade do

dada a dificuldade de medir o trabalho, atenta-se, antes, no que pode ser considerado de “valor igual”; em segundo lugar, consignar que a classificação profissional para a determinação das remunerações, deverá fazer-se com base em valores (critérios de avaliação) neutros, para tornar possível a igualdade de remuneração entre trabalhadores masculinos e femininos (art. 141º TUE). Se homens e mulheres não tiverem igualdade de acesso ao emprego, não poderão ter igualdade remuneratória.

2. A discriminação positiva

Este tratamento, igualitário e não discriminatório em função do sexo, acabado de referir, não foi suficiente e daí que se lhe tivessem seguido outras Directivas, promovendo-se um processo indutivo tendo, para tanto, muito contribuído as decisões do Tribunal de Justiça.

Já em 1974, na sentença *SOTGIU* o Tribunal afirmava que o Direito Comunitário proíbe “*não só as formas abertas de discriminação em razão da nacionalidade, mas também as formas de discriminação encobertas que, mediante a aplicação de outros critérios de diferenciação, produzam de facto o mesmo resultado*”.

trabalho prestado”. Acrescenta ainda a Autora, a propósito da conjugação da necessidade de estabelecer critérios objectivos de avaliação de funções, comuns aos dois sexos, com a permissão de diferenças objectivas na remuneração, duas regras fundamentais em matéria de igualdade em função do género: “por um lado, o princípio da igualdade remuneratória em função do sexo proíbe o estabelecimento de regras de tratamento salarial diferenciadoras em razão do sexo dos trabalhadores, nomeadamente em convenção colectiva – ou seja, tem uma dimensão sobretudo negativa, de proibição de discriminação com base no sexo; mas por outro lado, este princípio não estabelece qualquer igualização salarial formal, permitindo antes a individualização do salário, tanto para trabalhadores do sexo masculino como para trabalhadores do sexo feminino, de acordo com a natureza da prestação e o rendimento do trabalhador no seu desempenho, apurados através de critérios objectivos, comuns aos dois sexos”.

LOPES, J.J. Almeida, “*Tratados Europeus Explicados*”, Vislis Editores, Lisboa, 1999, p. 125: “Na sua versão anterior, o n.º 1 consagrava a regra “a trabalho igual, igual remuneração”. Mas o Tratado de Amesterdão apurou esta regra de molde a dela ter ficado a constar esta: “a trabalho igual ou de valor igual, igual remuneração”. Era necessário acrescentar trabalho de *valor igual*, pelo facto de algumas profissões estarem representadas apenas por um dos sexos e, por isso, não haver termo de comparação. De forma que quando estivermos em face de um posto de trabalho desempenhado apenas por um dos sexos, atende-se ao valor objectivo desse trabalho para se apurar a remuneração a pagar. Quando estiver em causa a mesma tarefa ou a mesma unidade de tempo no mesmo posto de trabalho estamos em face de um trabalho igual. Não sendo a mesma tarefa desempenhada por homens e mulheres, nem havendo unidade de tempo a comparar, segue-se a necessidade de determinação do valor objectivo do trabalho prestado”.

Como bem salienta RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO³³, a quem seguimos de perto, transpondo esta construção para o âmbito da não discriminação em razão do sexo, extrai-se a conclusão de que são contrárias ao Direito Comunitário também as diferenças de tratamento com base em elementos alheios ao género, mas que na prática produzem um resultado discriminatório contra a mulher; *“pode-se dizer que há discriminação indirecta quando o uso de uma critério aparentemente neutro, isto é, aplicável por igual a ambos os sexos afecta uma percentagem consideravelmente maior de pessoas de um só sexo”* (Acórdão SENDEN, 1974).

E ainda: uma medida nacional que supõe uma diferença de tratamento entre os trabalhadores a tempo completo e a tempo parcial, em princípio, não supõe uma discriminação em razão do sexo na medida em que se aplica a todos os trabalhadores com independência de género; mas na medida em que o trabalho a tempo parcial é uma forma de emprego claramente feminina, esta diferença de tratamento afectará principalmente as mulheres, terá um impacto desproporcionado sobre a mão-de-obra feminina. Pelo que um tratamento discriminatório contra os trabalhadores a tempo parcial, em princípio não proibido pelo Direito Comunitário nesse momento, supõe na realidade uma discriminação, indirecta e oculta, contra a mulher trabalhadora e resulta por isso contrária ao Direito Comunitário. “Para utilizar uma fórmula reiterada pelo TJCE múltiplas vezes: *“é jurisprudência reiterada do Tribunal de Justiça que o Direito Comunitário se opõe à aplicação de uma medida nacional que, ainda que esteja formulada de maneira neutra, prejudique uma percentagem muito superior de mulheres relativamente à dos homens, a menos que a medida controvertida esteja justificada por factores objectivos alheios a qualquer discriminação em razão do sexo...”*”³⁴.

Assim, as várias Directivas que se seguiram à Directiva 75/117/CEE, de 10 de Fevereiro de 1975, incidiram em cinco áreas:

1ª Igualdade de acesso ao trabalho e condições de trabalho: Directiva 76/207/CEE, do Conselho, de 9 de Fevereiro de 1976, relativa à concretização do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que se refere ao acesso ao emprego, à formação e promoção profissionais e às condições de trabalho³⁵. Esta directiva dizia que estava proibida a discriminação directa e indirecta, mas não dizia o que era a discriminação indirecta. Esta mesma Directiva foi alterada pela Directiva 2002/73/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de

³³ Cfr. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel C., *“Trabajo a tiempo parcial y Derecho Comunitario”*, Relaciones Laborales (RL), 1998, II, p. 185.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ DRAY, Guilherme Machado, *ob. cit.*, p. 252 e ss.

23 de Setembro de 2002³⁶, em que na nova redacção que dá ao art. 2º, n.º 1 proíbe qualquer discriminação, quer directa, quer indirecta, em razão do sexo; no n.º 2 do mesmo artigo define como “*discriminação directa: sempre que, em razão do sexo, uma pessoa seja sujeita a tratamento menos favorável que aquele que é, tenha sido ou possa vir a ser dado a outra pessoa em situação comparável*” e “*discriminação indirecta: sempre que uma disposição, critério ou prática aparentemente neutro seja susceptível de colocar pessoas de um dado sexo numa situação de desvantagem comparativamente com pessoas do outro sexo, a não ser que essa disposição, critério ou prática seja objectivamente justificado por um objectivo legítimo e que os meios para o alcançar sejam adequados e necessários*”. No âmbito desta directiva, são admitidas as chamadas “acções positivas”, significando isso que um Estado-Membro pode privilegiar um sexo em determinada área profissional onde há discriminação (discriminação positiva). Aliás, na redacção dada ao n.º 8 do art. 2º, diz expressamente a Directiva 2002/73/CE que “*os Estados-Membros podem manter ou adoptar medidas na acepção do n.º 4 do artigo 141º do Tratado, a fim de assegurar, na prática, a plena igualdade entre homens e mulheres*”.

2ª Segurança social: o princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres foi estendido ao domínio da Segurança social; para os regimes gerais, através da Directiva 79/7/CEE do Conselho, de 19 de Dezembro de 1978, relativa à realização progressiva do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres em matéria de segurança social; para os regimes profissionais pela aplicação da Directiva 86/378/CEE do Conselho, de 24 de Julho de 1986, relativa à aplicação do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres aos regimes profissionais de segurança social. Esta última Directiva foi objecto de posterior alteração pela Directiva 96/97/CE do Conselho, de 20 de Dezembro de 1996, relativa ao mesmo tema. Neste âmbito, caminhou-se para uma igualização da idade da reforma³⁷.

³⁶ Directiva 2002/73/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 23 de Setembro de 2002 in JO L 269 de 05.10.2002, p. 15, considerando (6) do preâmbulo: “A Directiva 76/207/CEE do Conselho não define os conceitos de discriminação directa ou indirecta. Com base no art. 13º do Tratado, o Conselho aprovou, em 29 de Junho de 2000, a Directiva 2000/43/CE, de 29 de Junho de 2000, que aplica o princípio da igualdade de tratamento entre as pessoas, sem distinção de origem racial ou étnica, a Directiva 2000/78/CE, de 27 de Novembro de 2000, que estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na actividade profissional, que definem a discriminação directa e indirecta. Como tal, é conveniente inserir definições coerentes com essas directivas no que se refere ao sexo”.

³⁷ RAMALHO, Maria do Rosário Palma, “Igualdade e não discriminação em razão do género...”, p. 245 chama a atenção “para o perigo de que a transposição das normas comunitárias possa, na prática, conduzir não a uma melhoria no sistema de protecção mas sim a uma diminuição dos níveis reais de tutela existentes. Na verdade, este efeito perverso já ocorreu, entre nós, exactamente por invocação do

3ª Trabalhadores independentes e trabalhadores agrícolas: Directiva 86/613/CEE do Conselho, de 11 de Dezembro de 1986, relativa à aplicação do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres que exerçam uma actividade independente incluindo a actividade agrícola³⁸, bem como protecção à maternidade.

4ª Maternidade e paternidade: Directiva 92/85/CEE do Conselho, de 19 de Outubro de 1992, relativa à implementação de medidas destinadas a promover a melhoria da segurança e da saúde das trabalhadoras grávidas, puérperas ou lactantes no trabalho (10ª directiva especial na acepção do n.º 1 do art. 16º da Directiva 89/391/CEE). Esta directiva sofre do defeito de considerar que a maternidade é uma excepção à igualdade. Sobre a Directiva 96/34/CE do Conselho, de 3 de Junho de 1996, relativa ao Acordo-quadro sobre a Licença Parental celebrado pela UNICE, pelo CEEP e pela CES (em processo de revisão) podem-se registar duas curiosidades: é a primeira vez que o Direito Comunitário protege o pai (tendo por base o Acordo-quadro, é uma directiva de base negocial) e é a primeira vez que se revela uma preocupação pela conciliação da vida familiar com a vida profissional (a respeito de ambos os sexos): instituição de licença parental e justificação de faltas por protecção à família.

5ª Princípio da efectividade dos direitos: Directiva 97/80/CE do Conselho, de 15 de Dezembro de 1997³⁹, relativa ao ónus da prova nos casos de discriminação baseada no sexo. Esta directiva terá ficado aquém das expectativas.

Existem, ainda, mais duas directivas relativamente recentes: a 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 (mas não em função do sexo) e a Directiva 2000/43/CE do Conselho, de 29 de Junho de

princípio da igualdade, a propósito da igualização da idade da reforma aos 65 anos para os trabalhadores beneficiários do regime geral da segurança social dos dois sexos, através da elevação da idade de reforma das mulheres, anteriormente fixada aos 62 anos. Ora, esta alteração, que se justifica, efectivamente, por um princípio de igualdade, não só foi conseguido à custa da diminuição da tutela das trabalhadoras, como teve diversos efeitos colaterais perversos, que decorreram das carreiras contributivas mais curtas das mulheres e que deram azo ao surgimento de situações de discriminação indirecta, com base na medida “igualizante”.

³⁸ Cfr. FAVENNEC-HÉRY, F., “*Le travail à temps partiel*”, Litec, Paris, 1997, p. 181, nota 79.

³⁹ LOUSADA AROCHENA, José Fernando, “*Las cláusulas de protección jurisdiccional efectiva en las directivas sobre discriminación por razón de sexo*”, REDT, 1999, n.º 98, p. 939: “Com excepção da Directiva 97/80/CEE, de 15 de Dezembro de 1997, sobre o ónus da prova, cujo conteúdo é processual, as demais directivas sobre discriminação em função do sexo contêm, com variantes secundárias de redacção, cláusulas de protecção jurisdiccional efectiva dos direitos nelas regulados”.

2000⁴⁰, que aplica o princípio da igualdade de tratamento entre as pessoas, sem distinção de origem racial ou étnica, que surgiram por via do art. 13º do Tratado de Amesterdão⁴¹.

No que se refere à discriminação positiva, importará realçar o art. 137º, n.º 1 do TUE⁴² a par dos já enunciados arts 2º, 13º e 141º do TUE, na medida em que declara expressamente “*A fim de realizar os objectivos consagrados no artigo 136º (Objectivos de política social comunitária), a Comunidade apoiará e completará a acção dos Estados-Membros nos seguintes domínios:... – igualdade entre homens e mulheres quanto às oportunidades no mercado de trabalho e ao tratamento no trabalho*”. O n.º 3 do art. 141º TUE atribui ao Conselho a competência para adoptar “*as medidas destinadas a garantir a aplicação do princípio de igualdade de oportunidades e da igualdade de tratamento entre homens e mulheres...*” (proibição de discriminação negativa, ao nível dos princípios), prevendo-se, no n.º 4 a possibilidade de serem adoptadas “*medidas que prevejam regalias específicas destinadas a facilitar o exercício de uma actividade profissional pelas pessoas do sexo sub representado, ou a prevenir ou compensar desvantagens na sua carreira profissional*” (permissão da discriminação positiva a favor da mulher, ou do homem⁴³, se este for o sexo sub representado, ao nível da prática).

Em boa verdade, é suposto, por um lado, aplicar-se a discriminação positiva existindo comprovadamente a discriminação negativa, isto é, em que o sexo seja o cerne da discriminação, a condição determinante da discriminação; por outro lado e para evitar criar mais discriminação do que a que se pretende combater, as regalias a conceder terão de ser específicas e não genéricas⁴⁴, proporcionais, necessárias e adequadas ao caso concreto em que são aplicadas. Daí que, nas palavras de SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, citando RODRÍGUEZ-PINERO, “o artigo 141º, n.º 4 (ex-119º) deva considerar-se hoje como a base constitucional comunitária das

⁴⁰ Transposta para a ordem jurídica nacional pela Lei n.º 18/2004, de 11.05, *in* DR (Diário da República) Série I-A, n.º 110.

⁴¹ Cfr. nota 35, *supra*.

⁴² O art. 137º é novo (redacção introduzida pelo Tratado de Amesterdão), com excepção do n.º 2 o qual corresponde, com pequenas alterações, ao ex-art. 118º-A, n.º 2.

⁴³ A Conferência Intergovernamental de Turim, reconhecendo que o n.º 4 do art. 141º TUE se aplica essencialmente às mulheres e não aos homens aprovou a *Declaração relativa ao n.º 4 do art. 119º* (actual art. 141º) *do Tratado que institui a Comunidade Europeia*, que declara: “*Ao adoptarem as medidas a que se refere o n.º 4 do art. 119º do Tratado que institui a Comunidade Europeia, os Estados-Membros deverão ter antes de mais como objectivo melhorar a situação das mulheres na vida profissional*”.

⁴⁴ Cfr. LOPES, J.J. Almeida, *ob. cit.*, p. 125.

medidas de acção positiva”⁴⁵. Tanto mais quanto é certo a discriminação positiva ter em vista um tratamento desigual (favorecendo o sexo sub representado) com vista a conseguir a igualdade.

Estão assim dentro deste âmbito e deverão ser admitidas como medidas de acção positiva, seguindo de perto a Autora citada, “tanto as acções tendentes a remediar a situação desfavorável que caracteriza a presença feminina no mercado de trabalho, eliminando as causas de diminuição de oportunidades de trabalho e carreira profissional intervindo na fase prévia de orientação e formação profissionais; como as tendentes a promover o equilíbrio entre as tarefas familiares e profissionais e uma melhor distribuição de tais tarefas entre os sexos; como ainda aquelas que tenham como objectivo remediar os efeitos duradouros das discriminações e adquiram em consequência, um carácter compensatório dessa situação, incidindo, portanto, na igualdade de tratamento e reconhecendo, por exemplo, a preferência da mulher (sexo sub representado) no acesso ao emprego ou na promoção”. Sem embargo tal não significa a “preferência absoluta e incondicional à candidata feminina sobre o candidato masculino”⁴⁶.

Efectivamente um dos objectivos da discriminação positiva situa-se ao nível da pretensão de que haja mais mulheres em certas actividades; não no sentido de que o número de mulheres supere o dos homens, mas antes no sentido de que esse número se aproxime ou iguale entre ambos os sexos. Para tanto, há que dar mais formação às mulheres. Trata-se de um mecanismo mais leve e menos perigoso.

Sem embargo, mais grave é o resultado das quotas: fazer intervir mais mulheres em determinada profissão por via da fixação de quotas, por exemplo 50%. Não podemos deixar de reflectir sobre o que acaba de ser dito; a discriminação positiva pode assumir contornos de uma certa engenharia social quando se fala das quotas para as mulheres, e que pode produzir resultados perversos⁴⁷. As quotas têm o

⁴⁵ SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Yolanda, *ob. cit.*, p. 388: “Base constitucional extensiva en tanto que el legislador asume que la acción afirmativa es un medio necesario para alcanzar la igualdad de trato real o material, es decir, la “plena igualdad” en la vida laboral, que es el objetivo del principio de no discriminación por razón de sexo, adoptando un concepto muy amplio de acción afirmativa o positiva”.

⁴⁶ CABEZA PEREIRO, Jaime, *ob. cit.*, p. 213: a propósito do Acórdão Kalanke, de 17.OUT.1995 (proc.º C-450/93) em que conclui: “As medidas de discriminação positiva nem sempre são toleradas pelo Direito comunitário”. E a seguir, a propósito do Acórdão Marschall de 11.NOV.1977 (proc.º C-409/97): “...são conformes com o Direito comunitário as medidas de discriminação positiva que permitam contemplar a contratação do candidato masculino”.

⁴⁷ Cfr. Jornal PÚBLICO, 04.Jun.2004, p. 4 onde José Manuel FERNANDES, no Editorial, escreve: “Muito mais cedo do que se esperava eis que surge a discussão ao contrário: muitos médicos, incluindo o presidente da sua Ordem, e muitos responsáveis dos cursos de Medicina começam a pedir quotas para ... homens. Estão assustados com o número de mulheres nos cursos e na profissão...”.

perigo de poderem implicar uma discriminação inversa, por via da qual se pode estar a prejudicar (directamente) a entrada ou acesso a determinada actividade de pessoas que já não entram atenta a existência deste sistema de quotas. Donde a necessidade das instituições comunitárias controlarem a validade das normas nacionais sobre a igualdade. Por isso, há limitações nesta matéria: só serão, em princípio, válidas as quotas que não impliquem uma aplicação automática; por isso, nem toda a fixação de quotas é válida, nem toda a quota automática é válida. Estabelecer uma quota automática, sem atender aos méritos da pessoa, é uma medida contrária ao Direito comunitário⁴⁸.

A propósito da discriminação positiva RALF DAHRENDORF coloca a questão: “poderemos ser iguais e também excelentes?”⁴⁹ E acrescenta este autor que “a discriminação positiva era e é um passo decisivo de coragem na luta pelos direitos universais de cidadania. No entanto, não se deve tornar num princípio permanente da ordem liberal”. E apresenta três dúvidas, suscitadas pela discriminação positiva, sob a forma de perguntas, que importa salientar: 1) “Não haverá o risco de uma espécie de injustiça invertida pela qual os tradicionalmente privilegiados se tornem os novos *sub privilegiados*?”; 2) “Será a representação igualitária a todos os níveis realmente aquilo que todos os grupos querem ou precisam?”; 3) “Não estará a discriminação positiva, em alguns casos, a produzir um novo tipo de segmentação rígida que destrói a própria sociedade civil que pretendia criar? Serão as mulheres, por exemplo as melhores defensoras das mulheres?”.

⁴⁸ Veja-se a este propósito o Acórdão Kalanke, de 17.OUT.1995 (proc.º C-450/93). Estava em causa a aplicação de quotas: eleger a candidata mulher em prejuízo do candidato homem desde que se estivesse perante um caso de igual capacidade; isto, porque no caso em apreço e no emprego em questão havia mais homens do que mulheres. No entanto, disse o Tribunal que havia que ter em conta além da capacidade, em que ambos os candidatos eram iguais, o mérito de um e outro. A pergunta que então surgiu é óbvia: na verdade, para que serve a quota? Foi preciso passar dois anos até que surgisse o Acórdão Marschall de 11.NOV.1977 (proc.º C-409/97), em que se disse expressamente sobre uma questão de promoção em lugar na administração pública: “*Sempre que, no âmbito do serviço competente para a promoção, numa determinada categoria de uma carreira haja menos mulheres do que homens, devem estas, no caso de igualdade de aptidão, competência e eficiência profissional, ser promovidas prioritariamente, excepto se predominarem razões específicas de outro candidato*”. E continua: “*Ao prever que as mulheres devam ser prioritariamente promovidas – excepto se predominarem razões específicas de outro candidato – o legislador optou ... conscientemente, por um conceito jurídico impreciso para garantir uma flexibilidade suficiente e em especial, deixar à administração uma margem de apreciação que permita ter em consideração todos os motivos relativos à pessoa dos candidatos. Consequentemente, a administração pode sempre, não obstante a regra de prioridade, preferir o candidato masculino com base em critérios, tradicionais ou não, de promoção*”.

⁴⁹ DAHRENDORF, R. “*A discriminação positiva e a velha questão: podemos ser iguais e também excelentes?*”, Jornal PUBLICO, 21.Fev.2003, p. 6.

Neste sentido, voltam a ser quase proféticas as palavras de DAHRENDORF⁵⁰ ao admitir que fosse de “incluir nas leis nacionais e nos estatutos das organizações uma cláusula para que a discriminação positiva prescreva ao fim de cinco anos, ou de dez no máximo”.

Referências Bibliográficas

- Cabeza Pereiro, Jaime, “Directiva 97/81, del Consejo, relativa al Acuerdo Marco sobre el trabajo a tiempo parcial, concluido por la UNICE, el CEEP y la CES”, *Actualidad Laboral*, Mayo de 2000, n.º 20
- Cabeza Pereiro, Jaime, “El derecho de la mujer a trabajar en igualdad: apuntes sobre el estado de la cuestión”, *REDT*, 2001, 104
- Campos, Júlia, “Igualdade e não-discriminação no Direito do Trabalho”, IV Congresso Nacional do Direito do Trabalho”, Almedina, Coimbra, 2002
- Dray, Guilherme Machado, “O Princípio da Igualdade no Direito do Trabalho”, Almedina, Coimbra, 1999
- Favenec-Héry, F., “Le travail à temps partiel”, Litec, Paris, 1997
- Lopes, J.J. Almeida, “Tratados Europeus Explicados”, Vislis Editores, Lisboa, 1999,
- Lousada Arochena, José Fernando, “Las cláusulas de protección jurisdiccional efectiva em las directivas sobre discriminación por razón de sexo”, *REDT*, 1999, n.º 98
- Ramalho, Maria do Rosário Palma, “O Direito do Trabalho numa sociedade em mutação acelerada e o problema da igualdade de tratamento entre trabalhadores e trabalhadoras”, “Estudos do Direito do Trabalho”, Almedina, Coimbra, 2003,
- Ramalho, Maria do Rosário Palma, “Igualdade de tratamento entre trabalhadores e trabalhadoras em matéria remuneratória: a aplicação da Directiva 75/117/CE em Portugal”, “Estudos de Direito do Trabalho”, Almedina, Coimbra,
- Ramalho, Maria do Rosário Palma, “Igualdade e não discriminação em razão do género no domínio laboral – situação portuguesa e relação com o direito comunitário. Algumas notas”, “Estudos do Direito do Trabalho”, vol. I, Almedina, Coimbra, 2003
- Rodríguez-Piñero Royo, Miguel C., “Trabajo a tiempo parcial y Derecho Comunitario”, *Relaciones Laborales*, 1998, II

⁵⁰ *Ibidem*.

- Ruiz-Jarabo, Dámaso, “El principio de no discriminación por razón de sexo en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, “Estudios em homenagem a Cunha Rodrigues”, Vol. 2, Coimbra Editora, Coimbra, 2001,
- Sánchez-Urán Azaña, Yolanda, “El principio de no discriminación sexual en el Derecho Social Comunitario: avance “sustancial” del Tratado de Amsterdam?”, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea, II, Madrid, 1999
- Santos, Sabina Pereira dos, “Direito do Trabalho e Política Social na União Europeia”, Princípa, Cascais, 1999
- Silva, Maria Manuela Maia da, “A discriminação sexual no mercado de trabalho – uma reflexão sobre as discriminações directas e indirectas”, Q.L. Ano VII-2000, n.º 15,