



This training session is funded under the 'Rights, Equality and Citizenship Programme 2014-2020' of the European Commission.

# CONCEITOS-CHAVES NA LEGISLAÇÃO DA DISCRIMINAÇÃO DA UE

**Colm O'Cinneide**

**Professor de Direito, UCL**

## Introdução

Este artigo trata de três conceitos-chaves: discriminação direta e indireta e assédio.

### Discriminação direta

As directivas antidiscriminação da UE são essencialmente idênticas na forma como definem a discriminação directa, que muitas vezes é vista como o caso "central" de discriminação, uma vez que envolve um tratamento menos favorável baseado directamente num motivo protegido (género, raça, deficiência, etc.)

Artigo 2.º, (2), (a), da Directiva 2000/78 (Directiva-quadro) - «A discriminação directa deve ser considerada como tendo ocorrido quando uma pessoa é tratada de forma menos favorável do que outra é, foi ou seria tratada numa situação comparável, em qualquer dos fundamentos (protegidos)... »Ver também o Artigo 2.º(2)(a), da Directiva 2000/43 (Directiva Raça) e o Artigo 2.º(1)(a), a Directiva 2006/54 relativa à igualdade de oportunidades e à igualdade de tratamento dos homens e mulheres no emprego e profissão (reformulação da Directiva sobre Igualdade de Género); e o Artigo 2.º(a), da Directiva 2004/113/CE (bens e serviços).

### Elementos-chaves

Três elementos-chaves - (i) "tratamento menos favorável", (ii) "situação comparável", (iii) em motivo protegido - género, raça, deficiência, etc.

\* Caso C-54/07 *Centrum voor Gelijkheid van Kansen en voor Racismebestrijding v Firma Feryn NV* [2008] Colect., P. I-5187 - "Tratamento menos favorável" abrange as declarações que dissuadem os candidatos de minorias étnicas específicas e, por conseguinte, impedem o seu acesso ao mercado de trabalho.

\* Caso C-303/06 *Coleman / Attridge Law* [2008] Colect. I-5603 - A discriminação com base na associação com outra pessoa (neste caso, uma criança com deficiência) constitui um tratamento menos favorável num motivo protegido e, é assim uma discriminação directa.

\* Caso C-267/06 *Maruko v Versorgungsanstalt der Deutschen Bühnen* [2008] 2 CMLR 32 - tratamento menos favorável dos casais homossexuais de longa data que se encontram em situação comparável aos parceiros heterossexuais de longa data, cuja relação é reconhecida por

lei constitui uma discriminação direta devido à orientação sexual, com base no facto de que o tratamento menos favorável em questão é infligido a um grupo de pessoas que, por definição, só podem ser homossexuais - uma "categoria totalmente preenchida".

[Isto é talvez difícil de conciliar com o \* Caso C-79/99 *Schnorbus / Land Hessen* [2000] Colect., P. I-10997, em que o TJE concluiu que o tratamento menos favorável de pessoas que não tinham sido submetidas ao serviço nacional (mulheres) não constituía uma discriminação. Mas é coerente com o famoso acórdão do Tribunal de Justiça no Caso C-177/88, *Dekker v Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus*, [1990] Colect., P. I-03941, onde a discriminação da gravidez é classificada como uma forma de discriminação direta em razão do sexo, já que apenas as mulheres podem estar sujeitas a essa forma de tratamento menos favorável. Aqui, o TJE declarou que "... se uma recusa de emprego [...] pode ser considerada como discriminação direta em razão do sexo [...]... [a] resposta depende da razão fundamental da recusa de emprego se este se aplica sem distinção aos trabalhadores de ambos os sexos ou, pelo contrário, se aplica exclusivamente a um sexo. ']

\* C-83/14, *CHEZ v Nikolova*, acórdão de 16 de julho de 2015 - um caso recente importante: um tratamento menos favorável, alegadamente motivado por opiniões prejudiciais dos ciganos que tem um impacto negativo sobre um indivíduo não Roma, ainda pode ser qualificado como discriminação direta.

\* Ve também os casos de "lenço de cabeça" de C-157/15 *Achbita* e C-188/15 *Bouagnaoui*, julgamentos de 14 de março de 2017, para o que não constitui discriminação direta no contexto da religião / crença - conforme discutido abaixo.

#### *A irrelevância da intenção*

A intenção, ou outro "mau motivo", é geralmente vista como não necessária para estabelecer a discriminação direta: ver Firma *Feryn* acima, bem como o caso de *Birmingham* e o caso recente (controverso) do R-U de R (*sobre a aplicação de E*) v *Orgão Administrativo de JFS e o Painel de Recurso de Admissão de JFS* [2009] UKSC 15.

#### *Sem Justificação*

A discriminação directa ao abrigo da legislação da UE não pode ser justificada - este é um ponto-chave. Veja, por exemplo, *Firma Feryn*, acima - a discriminação motivada pela preocupação com a resposta dos clientes ainda é ilegal. Ver também o exemplo interessante do caso do R-U de R v *Birmingham CC ex parte EOC* [1989] IRLR 173; [1989] AC 1155; 2 WLR 520; 1 Todos ER 769, HL.

Existe uma exceção para a idade - Artigo 6.º(1), da Diretiva 2000/78, e ver Caso C-45/09 *Rosenbladt*, C-45/09, [2010] ECR I-9391.

#### *Verdadeiro Requisito Profissional*

No entanto, os empregadores podem diferenciar entre indivíduos quando necessário para dar efeito a um "genuíno requisito profissional" (GOR). Ver Artigo 4.º, Diretiva Raça (2000/43); Artigo 4.º, Directiva-quadro (2000/78); Artigo 14.º(2), Reformulação da Diretiva (2006/54); Art.

4.º(5) Directiva 2004/113/CE (bens e serviços) - e ver *C-229/08, Wolf / Stadt Frankfurt am Main*, TJCE, Grande Secção, Acórdão de 12 de Janeiro de 2010 (a aptidão física requerida para ser bombeiro) para um exemplo de um 'GOR'. No entanto, note igualmente o Caso C-341/09 Petersen / *Berufungsausschuss für Zahnärzte für den Bezirk Westfalen-Lippe* (2010), Colect., P. I-47, em que o TJUE sublinhou que tal exigência demonstrou ser verdadeiramente essencial para cumprir os deveres associados ao posto em questão.

Note igualmente o Artigo 2.º(5) da Directiva 2000/54 e 2000/78 - segurança pública/segurança.

Ver também os casos de "lenço de cabeça" de *Achbita* C-157/15 e C-188/15 *Bouagnaoui*, decisões de 14 de março de 2017, para o que não constitui um GOR - conforme discutido abaixo

### *Gravidez / Idade*

A discriminação de gravidez é uma forma especial de discriminação directa - ver Artigo 28.º(1), Reformulação da Directiva e Caso C-177/88 *Dekker* [1990] ECR, P. I-3941, discutido acima.

A discriminação direta da idade pode ser objetivamente justificada, conforme mencionado acima.

### **Discriminação indireta**

A proibição legal de "discriminação indireta" (ou "impacto diferente", na terminologia jurídica dos EUA) destina-se a reduzir barreiras institucionais ou estruturais para realização da igualdade.

O artigo 2.º(b), da Directiva 2006/54 (Reformulação da Directiva) define a discriminação indirecta, na medida em que «uma disposição, um critério ou uma prática aparentemente neutros colocaria as pessoas de um sexo numa desvantagem particular em comparação com pessoas do outro sexo, a menos que essa disposição, critério ou prática seja objetivamente justificada por um objetivo legítimo, e os meios para alcançar esse objetivo sejam apropriados e necessários ». Ver também o artigo 2.º(2) (b), a Directiva 2000/78 (Directiva-quadro); Artigo 2.º(2)(b), Directiva 2000/43 (Directiva Raça); e Art. 2.º(b), da Directiva 2004/113/CE (bens e serviços).

### *Elementos-chaves*

Três elementos principais - (i) uma "provisão, critério ou prática neutros", que (ii) sujeita um determinado grupo de pessoas definido pela posse de uma característica protegida (idade, género, etc.) a uma "desvantagem particular" quando comparada com outro grupo desse tipo; e que (iii) não podem ser "justificados objetivamente" por referência a uma análise de proporcionalidade.

\* Caso 170/84 *Bilka Kaufhaus* [1986] p. 1607 - um tratamento menos favorável dos trabalhadores a tempo parcial pode constituir uma discriminação indirecta sexual.

\* Caso 171/88 *Rinner Kuhn* [1989] ECR 2743 - "amplas generalizações" não serão suficientes para estabelecer uma justificação objectiva, embora a legislação estatal possa beneficiar de uma certa margem de manobra, desde que satisfaça um "*objectivo necessário* de política social" e é "adequado e um requisito para atingir esse objetivo".

\* Caso C-167/97, *R v SoS for Employment ex p Seymour Smith* [1999] Colect., P. I-623 - "se uma percentagem consideravelmente menor de mulheres do que homens é capaz de cumprir o requisito de emprego de dois anos imposto pela regra contestada, cabe ao Estado-Membro, como autor da regra alegadamente discriminatória, demonstrar que a referida regra reflete um objetivo legítimo de sua política social, que esse objetivo não está relacionado com qualquer discriminação baseada no sexo e que poderia razoavelmente considerar que os meios escolhidos foram adequados para atingir esse objetivo "[77]: novamente," meras generalizações "não serão suficientes a esse respeito.

\* Caso C-0127/92 *Enderby contra Frenchay Health Authority* [1993] ECR, P. I-5535 - [17] "... se o pagamento dos fona audiólogos for significativamente inferior ao dos farmacêuticos e se os primeiros são quase exclusivamente mulheres, enquanto os últimos são predominantemente homens, existe um caso prima facie de discriminação sexual, pelo menos, onde os dois empregos em questão são de igual valor e as estatísticas que descrevem essa situação são válidas ... "; [22] "[o] facto de as taxas de pagamento em causa serem decididas pelos processos de negociação colectiva conduzidos separadamente para cada um dos dois grupos profissionais em causa, sem qualquer efeito discriminatório em cada grupo, não se opõe a uma constatação de discriminação prima facie ... [27] se ... o tribunal nacional for capaz de determinar precisamente qual a proporção do aumento do salário atribuível às forças do mercado, é necessário aceitar que o diferencial de remuneração é objectivamente justificado na medida da sua proporção. Quando as autoridades nacionais devem aplicar o direito Comunitário, devem aplicar o princípio da proporcionalidade».

Caso C-132/11, *Tyrolean Airways Tiroler Luftfahrt Gesellschaft mbH contra Betriebsrat Bord der Tyrolean Airways Tiroler Luftfahrt Gesellschaft mbH*, Acórdão do Tribunal de Justiça 7 de junho de 2012 - aqui, um tribunal austríaco perguntou ao TJUE se este contrato coletivo discriminava indiretamente os trabalhadores mais velhos por apenas ter em conta as capacidades e a experiência que adquiriram a trabalhar com uma companhia aérea e não com outra, mesmo que o conhecimento adquirido fosse "substancialmente idêntico" em ambos os casos. No entanto, o TJUE determinou que a diferença de tratamento em causa não era "direta ou indiretamente baseada na idade ou num caso ligado à idade". Em resultado, não surgiu nenhuma questão de discriminação indireta - uma diferença de tratamento deve afetar um grupo específico definido pela sua idade ou qualquer outra característica protegida, ou então diferenciar claramente entre diversas categorias de pessoas com base num motivo de não discriminação, antes que possa surgir uma queixa de discriminação indireta.

#### *Casos Recentes*

C-83/14, *CHEZ v Nikolova*, Decisão de 16 de julho de 2015 - suficiente se indivíduo(s) afetado(s) são afetado(s) negativamente por uma forma de classificação "viciada"?

Ver também Casos *Achbita* e C-188/15 *Boungaoui*, de 14 de Março de 2017 - as restrições particulares dos empregadores em pessoas que usam lenços de cabeça mantidos para constituir potencialmente uma discriminação indirecta devem ser objectivamente justificadas. Veja para análise mais aprofundada - <https://eutopialaw.com/2017/03/18/achbita-and-boungaouan-raising-more-questions-than-answers/>

## Assédio

Mais uma vez, uma definição similar de *assédio* pode ser encontrada nas diferentes diretivas da UE de não discriminação - exceto que o *assédio sexual* também é proibido como uma forma de discriminação distinta e separada.

Assim, os Artigos 2.º(1), e 2.º(3), das Directivas 2000/54 e 2000/78 proíbem «comportamentos indesejáveis» relacionados com um fundamento de não discriminação «com a finalidade ou efeito de violar a dignidade de uma pessoa e de criar um ambiente intimidante, hostil, degradante, humilhante ou ofensivo ». No entanto, o artigo 2.º(c), e 2.º(d), da Directiva 2004/113/CE (bens e serviços) proíbe tanto o "assédio", tal como definido nas directivas de 2000, mas *igualmente* o "assédio sexual", definido como "qualquer forma de conduta indesejada, verbal, não-verbal ou física de natureza sexual ocorre com o propósito ou efeito de violar a dignidade de uma pessoa, em particular ao criar um ambiente intimidante, hostil, degradante, humilhante ou ofensivo ".

No Caso C-303/06, *Coleman contra Attridge Law* [2008], Colect., P. I-5603, foi perguntado ao TJCE se a proibição de assédio abrange uma situação em que uma trabalhadora é vítima de comportamentos indesejados que constituem assédio relacionado com a deficiência de seu filho para quem ela é a primeira cuidadora. Em conformidade com as suas conclusões em matéria de discriminação directa com base da associação (discutido acima), o Tribunal concluiu que a proibição de assédio deveria abranger esse tipo de situação. O que foi particularmente significativo no raciocínio do Tribunal foi a forma como enfatizou que o assédio deve ser tratado como uma forma de discriminação em conformidade com o disposto no artigo 2.º(1) da Directiva. Por outras palavras, as disposições em matéria de assédio das directivas de 2000 devem ser interpretadas e aplicadas em conformidade com a abordagem interpretativa geral aplicada às outras disposições. No entanto, o que ainda não está claro na breve discussão em *Coleman* é como os elementos específicos da definição de assédio estabelecidos no Artigo 2.º(3) de ambas as Directivas devem ser interpretados. Por outro lado, o conceito de assédio pode ser definido de acordo com as leis e práticas nacionais dos Estados-Membros.

No entanto, a legislação nacional fornece alguns estudos de caso interessantes: ver, por exemplo, do Reino Unido, *Reed & Bull v Stedman* [1991] - a visão do assediado é a chave, o empregador sujeito a um dever pró-activo de prevenir o assédio (um teste objetivo-subjetivo misto); *Richmond Pharma v Dhaliwal* [2009] - dois tipos de casos - "propósito" e "efeito" - objetivo misto – teste objetivo-subjetivo misto aplicado: os tribunais devem levar em conta os sentimentos do queixoso (o elemento subjetivo), mas, em geral, eles devem decidir se era razoável que o queixoso tivesse experimentado esses sentimentos ou percepções (um padrão objetivo) e também considerar o motivo pelo qual o perpetrador agiu dessa forma.

## Observações complementares

Notar de passagem os dois pontos seguintes:

### *Comparadores*

Caso C-253/09 *Comissão/Hungria*, já referido. parágrafo 50: "[...] é jurisprudência assente que a discriminação pode surgir apenas através da aplicação de regras diferentes a situações

comparáveis ou a aplicação da mesma regra a diferentes situações [...]". A questão de quem se qualifica como "comparador" "pode ser uma questão difícil de resolver, para a discriminação direta, bem como para outras formas de discriminação - ver, p. ex., o caso (discriminação indireta) C-256/01, *Allonby / Accrington & Rossendale College* [2004], p. I-00873, os empregados não conseguem comparar as suas condições com outros também empregados por um empregador comum de "fonte única".

#### *Ónus da Prova*

O ónus da prova em determinadas circunstâncias deve passar para uma queixa de discriminação.

Ver, por exemplo, Art. 8.º da Directiva 2000/43 / CE: "[...] quando as pessoas que se considerem prejudicadas devido ao princípio da igualdade de tratamento não lhes ter sido aplicadas a eles, ante um tribunal ou outra autoridade competente, factos a partir dos quais se presume que houve discriminação direta ou indireta, ... "-" ... cabe ao respondente provar que não houve violação do princípio da igualdade de tratamento".

**c.o'cinneide@ul.ac.uk**

**16/10/2017**