



**CATÓLICA**  
UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA | PORTO  
Escola de Direito do Porto

**IGUALDADE E NÃO DISCRIMINAÇÃO EM RAZÃO DA  
IDADE NA RELAÇÃO LABORAL:  
A DISCRIMINAÇÃO DOS TRABALHADORES MAIS  
VELHOS**

**Mestrado em Direito Privado**

**Orientador:**

**Prof.<sup>a</sup> Doutora Catarina de Oliveira**

**Diana Filipa da Silva Castro**

**2012**





**CATÓLICA**  
UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA | PORTO  
Escola de Direito do Porto

**IGUALDADE E NÃO DISCRIMINAÇÃO EM RAZÃO DA  
IDADE NA RELAÇÃO LABORAL:  
A DISCRIMINAÇÃO DOS TRABALHADORES MAIS  
VELHOS**

**Por  
Diana Filipa da Silva Castro**

**Dissertação de Mestrado em Direito Privado  
Orientador: Prof.<sup>a</sup> Doutora Catarina Carvalho**

**2012**

## **AGRADECIMENTOS**

À Exma. Senhora Doutora Catarina Carvalho, pela orientação, disponibilidade e amabilidade reveladas ao longo destes meses de trabalho, assim como pelo diálogo construtivo, correções, sugestões relevantes e incentivo à excelência.

À minha família e amigos, pelo apoio incondicional e compreensão, que permitiram a concretização desta dissertação.

*“Num tempo em que a ética é uma questão de estética, ser velho é também ser feio, e ser feio é uma coisa feia, tal como ser belo é uma bela ação. Pois é o belo que vende, esteja ele no interior do produto ou no próprio rosto do produtor.”*

Márcio Túlio Viana

## SIGLAS E ABREVIATURAS

AA. VV.	Autores Vários
Ac(s).	Acórdão(s)
AG	Advogado Geral
al(s).	alínea(s)
art(s).	artigo(s)
CCiv.	Código Civil
CDFUE/Carta	Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia
CEDH	Convenção Europeia dos Direitos do Homem
Cfr.	Confrontar/Conferir
CRP	Constituição da República Portuguesa
CT	Código do Trabalho de 2009, aprovado pela Lei 7/2009, de 12 de Fevereiro
CT2003	Código do Trabalho de 2003, aprovado pela Lei 99/2003, de 27 de Agosto
Diretiva	Diretiva 2000/78/CE, de 27 de Novembro
DL	Decreto-Lei
DUDH	Declaração Universal dos Direitos do Homem
LCCT	Lei da Cessação do Contrato de Trabalho, Decreto-Lei n.º 64-A/89, de 27 de Fevereiro
LDisp.	Lei do despedimento, Decreto-Lei n.º 372-A/75, de 16 de Julho
n.º	Número
OIT	Organização Internacional do Trabalho
Pág(s).	Página(s)
PE	Parlamento Europeu
Proc.	Processo
Prof.	Professor
Ss.	Seguintes
TCE	Tratado Constitutivo da Comunidade Económica Europeia
TFUE	Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
UE	União Europeia
Últ.	Última
Univ.	Universidade
<i>Vd.</i>	<i>Vide/Ver</i>
Vol.	Volume

## **NOTA PRÉVIA**

As referências bibliográficas nas notas de rodapé são citadas pelo autor, título, editora, local de publicação, data e página.

A primeira citação de todas as obras e artigos tem referência bibliográfica completa, enquanto nas seguintes o título é substituído pela sigla ob. cit., desde que não sejam mencionadas outras obras do(s) mesmo(s) autor(es). Caso se apresente mais de uma obra ou artigo do mesmo autor, será indicado o nome do autor seguido das primeiras palavras do título, seguindo-se a indicação do número de página.

A citação dos autores segue a ordem cronológica de publicação, exceto quando por razões de ordem expositiva se imponha preferência diversa. Caso sejam mencionadas obras com o mesmo ano de publicação, dar-se-á relevo à ordenação alfabética de acordo com o apelido do autor.

Os Acórdãos do Tribunal de Justiça da União Europeia, serão apresentados pelo nome do caso, data e número do processo, encontrando-se disponíveis para consulta no sítio <http://eur-lex.europa.eu>.

Quando mencionamos unicamente “Diretiva”, estamos a referir-nos à Diretiva 2000/78/CE, de 27 de Novembro.

A bibliografia final apresenta todas as obras consultadas e citadas na dissertação.

## ÍNDICE

INTRODUÇÃO .....	9
1. IGUALDADE E NÃO DISCRIMINAÇÃO .....	12
2. INTERVENÇÃO ESTATAL <i>VERSUS</i> AUTONOMIA DA VONTADE .....	14
3. ENQUADRAMENTO COMUNITÁRIO .....	17
4. A DIRETIVA 78/2000/CE, DE 27 DE NOVEMBRO, E A TUTELA DA DISCRIMINAÇÃO EM FUNÇÃO DA IDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO NACIONAL.....	19
4.1. CONCEITOS DE DISCRIMINAÇÃO DIRETA E INDIRETA.....	21
4.2. PRÁTICAS DISCRIMINATÓRIAS JUSTIFICADAS: REQUISITOS PARA A SUA OBSERVÂNCIA.....	22
4.2.1. O CONCEITO DE “OBJETIVO LEGÍTIMO” NA ACEÇÃO DO ART. 6.º, N.º 1, DA DIRETIVA, EM FACE DA INTERPRETAÇÃO DO TJUE .....	26
4.2.2. O CONCEITO DE “OBJETIVO APROPRIADO E NECESSÁRIO” NA ACEÇÃO DO ART. 6.º, N.º 1, DA DIRETIVA, EM FACE DA INTERPRETAÇÃO DO TJUE .....	27
4.3. AS MEDIDAS DE AÇÃO POSITIVA.....	29
4.4. REGRAS RELATIVAS AO ÓNUS DA PROVA EM CASO DE DISCRIMINAÇÃO E MEIOS DE TUTELA DO TRABALHADOR VÍTIMA DE DISCRIMINAÇÃO .....	30
5. EFICÁCIA DA DIRETIVA 2000/78/CE, DE 27 DE NOVEMBRO .....	31
6. ANÁLISE CRÍTICA DA DIRETIVA 2000/78/CE, DE 27 DE NOVEMBRO .....	32
7. O ARTIGO 348º DO CÓDIGO DO TRABALHO À LUZ DA DIRETIVA 2000/78/CE, DE 27 DE NOVEMBRO.....	34
7.1. REGIME JURÍDICO DO ART. 348.º DO C.T, ESCOPO E ANTECEDENTES LEGISLATIVOS.....	34
7.2. DA COMPATIBILIDADE DO ART. 348.º DO CT COM O DIREITO COMUNITÁRIO.....	37
CONCLUSÃO .....	41
BIBLIOGRAFIA.....	44

## INTRODUÇÃO

No mercado de trabalho português há uma maior incidência de desemprego juvenil. É no início da carreira profissional que há uma maior instabilidade de emprego e um maior investimento na busca de um posto de trabalho adequado, o chamado "*job shopping*". A incidência do desemprego entre os adultos, especialmente os mais velhos, é mais reduzida. Contudo, uma vez desempregados, estes deparam-se com uma taxa de oferta de emprego muito baixa, o que faz com que estejam muito tempo desempregados<sup>1</sup>. No caso português, há uma fração muito significativa de desempregados com mais de 45 anos que nunca chega a encontrar um novo emprego. Por sua vez, nas últimas décadas, a tendência é de que as pessoas entrem no mercado de trabalho mais tarde.

*"Procura-se colaborador(a) enérgico(a) e entusiasta com experiência e idade até 45 anos."* Os anúncios de emprego, repletos de exemplos como este, traduzem uma forma de discriminação menos mediática do que a sexual ou racial, mas cada vez mais notória: a discriminação no acesso ao emprego com base na idade.

É precisamente na discriminação em razão da idade que nos iremos debater mais aprofundadamente neste estudo.

Desde logo porque a este tipo de discriminação, como sublinha JÚLIO GOMES, levanta problemas bastante delicados: ao passo que a discriminação em função do sexo ou da raça é muito mais visível e notória, a discriminação em função da idade é, pelo contrário, pouco visível ou fácil de disfarçar<sup>2</sup>.

Para além desta alegada dificuldade na prova da discriminação em função da idade, torna-se também dúbio saber quando é que a discriminação baseada nesse motivo se justifica, já que se permitem inúmeras exceções de contornos difíceis de precisar.

---

<sup>1</sup> "Dados de 2000 mostram, por exemplo, que enquanto a taxa de oferta mensal de trabalho para os desempregados entre os 26 e os 35 anos é de 3,4%, este valor é apenas de 1,4% para os trabalhadores entre os 46-55. No mesmo sentido, um desempregado entre os 46 e os 55 anos permanece no desemprego em média 28,4 meses em comparação com um desempregado entre os 26-35 anos, que permanece nessa situação em média 17,7 meses. Os dados fornecidos pelo IEFP em 2002 indicavam uma situação semelhante. O peso relativo dos trabalhadores com mais do que 55 anos no total do desemprego é elevado, representado 35,6% do total de desemprego de longa duração (mais do que 12 meses) e 44,1% no desemprego de muito longa duração (mais do que 24 meses)" – cfr. SÍBILA MARQUES, *Discriminação da Terceira Idade*, Fundação Francisco Manuel dos Santos, Relógio D'Água, Lisboa, 2011, pág. 69.

<sup>2</sup> Cfr. JÚLIO GOMES, *Direito do Trabalho, Vol. I, Relações Individuais de Trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pág. 405. No mesmo sentido, JOÃO LEAL AMADO, *Contrato de Trabalho*, 3ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pág. 171.

A abordagem da presente temática torna-se sobretudo urgente neste momento, em que muitas das sociedades se confrontam com um envelhecimento marcado da sua população<sup>3/4</sup>.

Destarte, iremos focar-nos precisamente na discriminação de um determinado “grupo problemático” da população ativa, os trabalhadores mais velhos, atendendo a que, atualmente, nos parece ser essa a dimensão mais preocupante da discriminação em função da idade<sup>5</sup>.

Desde logo porque para tal discriminação contribuem uma série de estereótipos sobre os trabalhadores idosos: por um lado, a ideia de que estes são menos flexíveis, menos dinâmicos, incapazes de assimilar novas ideias e de se adaptarem às novas tecnologias, pouco

---

<sup>3</sup> Portugal, de acordo com os Censos 2011, apresenta um quadro de envelhecimento demográfico bastante acentuado, com uma população idosa (pessoas com 65 e mais anos) de 19,15%, uma população jovem (pessoas com 14 e menos anos) de 14,89% e uma esperança média de vida à nascença de 79,2 anos. Prevê-se que se acentue, em 2050, a tendência de involução da pirâmide etária, com 35,72% de pessoas com 65 e mais anos e 14,4% de crianças e jovens, apontando a longevidade para os 81 anos. Portugal regista, em 2011, um índice de longevidade de 79,20 (80,57 para as mulheres e 74,0 para os homens), apontando as projeções para 2050 para um aumento significativo deste índice, já que se prevê que as pessoas possam viver, em média, 81 anos (84,1 as mulheres e 77,9 os homens). Significativa é, ainda, a previsão da esperança média de vida para aqueles que atingirem os 80 anos. Em 2050, dos 7,6 anos que as mulheres dos nossos dias podem viver, em média, para além dos 80 anos, passar-se-á para 10,2 e, dos 5,9 anos para os homens passar-se-á para os 7,3. É igualmente notória, a presença maioritária de mulheres (58%) no grupo etário dos 65 e mais anos, em relação à dos homens do mesmo grupo (42%), sinal da “feminização” do envelhecimento, que se observa na sociedade portuguesa desde 1900. Dados publicados pela United Nations, World Population Ageing, 1950-2050 – Economic and Social Affairs, 2001 apontam, ainda, para a existência, em Portugal, de 300 pessoas com 100 ou mais anos, prevendo-se que em 2025 esse número ascenda aos 1.800 e, em 2050, atinja 6.400 pessoas – *vd. “Ano Europeu do Envelhecimento Ativo e da Solidariedade entre Gerações – Programa de ação, 2012|Portugal”*, disponível em <http://www.igfse.pt>.

Segundo um estudo realizado pela socióloga SÍBILA MARQUES, espera-se que as taxas de crescimento económico diminuam a longo prazo em virtude sobretudo do envelhecimento da população ativa. Projeções realizadas em 2004 indicam que, a manterem-se as tendências atuais, a taxa de crescimento médio anual do PIB da EU passará de 2,4% em 2004-2010 para apenas 1,2% entre 2030 e 2050. A autora considera que “ *estratégias que promovam a manutenção da vida ativa dos trabalhadores mais velhos são essenciais para garantir o futuro económico da UE*” – cfr. SÍBILA MARQUES, *ob. cit.*, pág. 24.

<sup>4</sup> “*De acordo com dados apresentados no 2009 Ageing Report, publicado pela Direcção-Geral dos Assuntos Económicos e Sociais da Comissão Europeia, as taxas de participação dos trabalhadores mais velhos (considerados entre os 55-64 anos) na UE têm demonstrado uma tendência para diminuir nas últimas décadas. Há, porém, sinais de uma inversão deste padrão em diversos países desde a viragem do século. Esta mudança resulta, em parte, do esforço de cumprimento do compromisso assumido em 2001, no Conselho Europeu de Estocolmo, que estipulou como meta aumentar a taxa de emprego dos trabalhadores mais velhos para 50% no ano de 2010. A média de emprego para os trabalhadores mais velhos subiu na UE oito pontos percentuais, de 36,9% em 2000 para 44,7% em 2007, o que representa um avanço nesta matéria. Existem, não obstante, diferenças relevantes entre os países. De acordo com os dados do Eurostat em 2008, a Suécia apresenta, de todos os países, a maior taxa de participação (70%) sem diferenciação significativa entre homens e mulheres. No entanto, existem ainda alguns países, como a Polónia e a Bélgica, onde a taxa de participação dos trabalhadores mais velhos era em 2008 ainda inferior a 35%. O esforço neste momento é o de garantir uma subida destas taxas nos vários países da UE*” – cfr. SÍBILA MARQUES, *ob. cit.*, pág. 24 e ss.

<sup>5</sup> No mesmo sentido, JÚLIO GOMES, *ob. cit.*, pág. 400, e TERESA COELHO MOREIRA, *A Discriminação em Razão da Idade no Contexto de uma População Envelhecida na EU*, Minerva, Revista de Estudos Laborais, Ano VIII – I da 3.ª série – n.º 1 e 2, 2012, pág. 74. Veja-se, a propósito, os estudos de BOB HEPPLER e CLAUS WEBER sobre o tema – cfr. BOB HEPPLER, *Age Discrimination in Employment: Implementing the Framework Directive 2000/78/EC*, Age as an Equality Issue, Legal and Policy Perspectives, Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2003, pág. 71 e ss., pág. 73 e CLAUS WEBER, *Das Verbot Altersbedingter Diskriminierung nach der Richtlinie 2000/78/EG – eine neue arbeitsrechtliche dimension*, Arbeit und Recht, 2002, pág. 401 e ss.

criativos, bem como o facto de a sua formação profissional ser mais dispendiosa, atenta a relativa incapacidade de aprendizagem<sup>6</sup>.

Neste quadro, e como refere JOÃO LEAL AMADO, “*a experiência profissional e o savoir-faire tendem a ser cada vez menos valorizados, em detrimento da frescura, da criatividade e da disponibilidade quase ilimitada para o trabalho, tornando-se, o mercado de trabalho altamente dinâmico e extremamente competitivo, assim se começando a assemelhar a um no country for old men: a partir de uma certa idade, as dificuldades em aceder ao emprego revelam-se quase insuperáveis e a perda do emprego assume também foros de grande dramatismo*”<sup>7</sup>.

Por outro lado, existe a ideia de que com o avançar da idade a produtividade dos trabalhadores tende a diminuir<sup>8</sup>. Desde logo porque o processo de envelhecimento, pela sua própria definição, se relaciona com uma diminuição das capacidades funcionais do organismo<sup>9</sup>. Por outro lado, a doença na idade avançada é mais provável e pode levar a situações de incapacidade.

Todavia, a idade cronológica não é, necessariamente, o melhor indicador do processo individual de envelhecimento e a medicina tem considerado muitas vezes outro tipo de indicadores, como a “*idade biológica*”, associada ao conhecimento das alterações que diversos parâmetros orgânicos e funcionais sofrem à medida que se envelhece.

Além destes estereótipos, existem ainda outras razões que militam a desfavor dos trabalhadores mais velhos: em primeiro lugar, os empregadores tendem a investir menos na formação profissional destes porque a sua vida profissional é previsivelmente mais curta. E porque não tiveram oportunidades de formação profissional ao longo da sua vida ou porque, a partir de um certo momento, deixaram de as ter, os trabalhadores mais velhos possuem frequentemente competências antiquadas e uma experiência profissional excessivamente específica<sup>10</sup>.

---

<sup>6</sup> Cfr. JÚLIO GOMES, ob. cit., pág. 401.

<sup>7</sup> Cfr. JOÃO LEAL AMADO, ob. cit., pág. 171.

<sup>8</sup> Neste sentido, SÍBILA MARQUES, ob. cit., pág. 25.

<sup>9</sup> Por exemplo, do ponto de vista fisiológico ocorrem mudanças importantes relacionadas com uma diminuição progressiva da reserva funcional dos diferentes órgãos e sistemas, reações mais lentas a estímulos e menor tolerância a situações de *stress* para o organismo – cfr. SÍBILA MARQUES, ob. cit., pág. 26.

<sup>10</sup> Cfr. JÚLIO GOMES, ob. cit., pág. 401.

Por outro lado, como observa JÚLIO GOMES, concorre ainda o argumento de que os trabalhadores mais velhos tiveram bons anos de rendimento, pelo que devem afastar-se e deixar o caminho mais livre aos mais jovens<sup>11</sup>.

Por último, acresce que os trabalhadores mais idosos são geralmente, também, os trabalhadores com maior antiguidade e, por isso, tendem a ter salários mais elevados, o que, obviamente, os transforma nas vítimas ideais de qualquer “*dieta de emagrecimento*” de uma empresa<sup>12</sup>.

Não obstante, cumpre realçar que existem algumas vantagens para as empresas em reterem mão-de-obra com mais idade. Em primeiro lugar, a taxa de mudança de emprego dos trabalhadores mais jovens tende a ser mais elevada do que a dos trabalhadores mais velhos, que se mantêm por muito mais tempo fiéis à empresa. Este fator maximiza os custos investidos na formação e qualificação dos trabalhadores. Proporciona, também, aos empregadores uma escolha mais ampla de trabalhadores com experiência, alcançando-se uma força de trabalho equilibrada que, pela sua própria composição etária, corresponde ao universo dos clientes<sup>13</sup>. Por outro lado, os trabalhadores mais velhos, por serem mais experientes, podem criar novas oportunidades para a empresa<sup>14</sup>.

## 1. IGUALDADE E NÃO DISCRIMINAÇÃO

O princípio da igualdade é estruturante do Estado de Direito democrático e social em que vivemos, sendo o respetivo sustentáculo constitucional a igual dignidade social de todos os cidadãos<sup>15</sup>. Por isso, “*o princípio da igualdade tem sido objeto de múltiplas investigações*

---

<sup>11</sup> Cfr. JÚLIO GOMES, ob. cit., pág. 402.

<sup>12</sup> Cfr. JÚLIO GOMES, ob. cit., pág. 402.

<sup>13</sup> Neste sentido, JÚLIO GOMES, ob. cit., pág. 405.

<sup>14</sup> Um estudo recente, produzido pela Comissão Europeia, mostra que alguns fatores podem diminuir o impacto da idade na produtividade. Neste estudo mostrava-se, por exemplo, que cada ano extra de educação podia aumentar a produtividade em 20%. Quando os níveis de qualificação eram adequados, existiam mesmo sinais de um aumento da produtividade nos trabalhadores entre os 50-59 anos. Este aumento ocorria sobretudo quando os trabalhadores operavam com equipamento tecnológico moderno. Este estudo revela que, com o grau de qualificação adequado e com a tecnologia certa, a experiência dos mais velhos pode ser muito valorizada – cfr. SÍBILA MARQUES, ob. cit. pág. 25.

<sup>15</sup> Cfr. CATARINA CARVALHO, *Da Dimensão da Empresa no Direito do Trabalho – Consequências Práticas da Dimensão da Empresa na Configuração das Relações Laborais Individuais e Colectivas*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, págs. 939 e 940. Desta forma, este princípio vincula o próprio legislador e impõe-se não só nas relações entre os cidadãos e o Estado, mas também “*nas relações das pessoas singulares no interior de quaisquer instituições, associações ou grupos*”, designadamente, os trabalhadores nas empresas – cfr. CATARINA CARVALHO, ob. cit. pág. 940.

*e tem merecido a atenção de ilustres juristas, filósofos, economistas e sociólogos, tão díspares são os sentidos que lhe podem ser atribuídos*<sup>16</sup>.

O direito a igual tratamento entre os trabalhadores tem uma consagração genérica no art. 13.º da CRP, e encontra especificação no art. 59.º, n.º 1, da CRP. Por sua vez, o artigo 21.º do CT proíbe explicitamente a discriminação com base na idade no contexto do trabalho e das relações laborais, estando concretizado nos artigos 23.º e ss. do CT – sem descurar algumas referências específicas, como o art. 540.º, n.º 1, do CT, onde se estabelece o princípio da não discriminação entre trabalhadores grevistas e não grevistas<sup>17</sup>.

O direito a igual tratamento entre os trabalhadores encontra, igualmente, consagração em inúmeros instrumentos internacionais que vinculam o Estado português como o art. 23.º, n.º 2 da DUDH, e a Convenção da OIT, n.º 111, de 1958.

O art. 21.º da CDFUE<sup>18</sup> reconhece a discriminação com base na idade como uma violação de direitos fundamentais: *“É proibida a discriminação em razão, designadamente, do sexo, raça, cor ou origem étnica ou social, características genéticas, língua, religião ou convicções, opiniões políticas ou outras, pertença a uma minoria nacional, nascimento, deficiência, idade ou orientação social”*.

Não obstante seja claro que comportamentos violadores destes princípios constituem uma ofensa grave em termos ideológicos, nem sempre estes princípios estão presentes na vida coletiva. Por vezes, apenas quando surgem determinados constrangimentos sociais e económicos se torna visível a necessidade de discussão e aplicação destas ideias.

O aumento da esperança média de vida é um dos fenómenos mais visíveis que se produziu com a Revolução Industrial. Todavia, este fenómeno vê-se confrontado com uma diminuição da taxa de natalidade, o que leva a uma alteração da estrutura da população. O número de pessoas mais velhas começa a equilibrar-se com o dos jovens. Daí que um dos objetivos da política de emprego da UE seja, precisamente, retardar a saída do mercado de trabalho.

A idade é uma característica que não é, nem pode ser, adquirida, como o podem ser a educação ou as qualificações profissionais. Tal característica está fora do âmbito da vontade dos sujeitos, não se podendo modificar individualmente.

---

<sup>16</sup> Cfr. GUILHERME MACHADO DRAY, *O Princípio da Igualdade no Direito do Trabalho. Sua Aplicabilidade no Domínio Específico da Formação de Contratos Individuais de Trabalho*, Almedina, Coimbra, 1999, pág. 15.

<sup>17</sup> Cfr. ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, 5.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2010, pág. 383.

<sup>18</sup> A qual, desde 1 de Dezembro de 2009, tem o mesmo valor jurídico dos Tratados.

Ao longo do presente estudo iremos ver como a idade se pode converter num elemento potencialmente gerador de prejuízos ou desvantagens para os trabalhadores.

Porém, cumpre ressaltar que uma valoração positiva dos trabalhadores mais velhos não é estranha ao Direito do Trabalho, porquanto, existem determinados aspetos em que se verifica um reconhecimento favorável à idade madura dos trabalhadores, como a forma de “premiar” a antiguidade ou a permanência na empresa<sup>19</sup>.

Resta ainda referir, não sendo alvo de estudo exaustivo no presente trabalho, que não é pacífico que o combate à discriminação seja manifestação de um princípio da igualdade ou de igualdade de tratamento<sup>20</sup>. Para JOÃO LEAL AMADO, “*princípio da igualdade e mandato antidiscriminatório, tendo conteúdos próximos, complementam-se, mas não se confundem*”<sup>21</sup>. Neste domínio entendemos, na esteira de ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, que o princípio da não discriminação surge apenas como uma das direções possíveis em que se pode manifestar o princípio da igualdade<sup>22</sup>.

## 2. INTERVENÇÃO ESTATAL VERSUS AUTONOMIA DA VONTADE

Antes de avançar já para o tema, propriamente dito, afigura-se relevante, embora não seja objeto de estudo detalhado no âmbito da presente dissertação, averiguar se a liberdade de contratação das entidades empregadoras poderá ser limitada e condicionada pelo princípio da igualdade ao nível da formação de contratos individuais de trabalho.

Desta forma, urge analisar se, e em que medida, o princípio da igualdade se poderá sobrepor à autonomia privada, limitando-a e restringindo-a no seu próprio domínio, ao nível

---

<sup>19</sup> Cfr. JOAQUÍN APARICIO TOVAR e ANA MARTA OLMO GASCÓN, *La Edad como Factor de Tratamientos Desiguales en el Trabajo*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2007, págs. 14 e 15.

<sup>20</sup> Aliás, como refere JÚLIO GOMES, não obstante a Diretiva 2000/78/CE afirmar expressamente que para os objetivos da referida Diretiva se entende por “princípio de igualdade de tratamento” a ausência de qualquer discriminação, fundada nos motivos previstos no artigo 1º dessa Diretiva, a verdade é que, para alguns autores, não discriminação e igualdade são coisas distintas – cfr. JÚLIO GOMES, ob. cit., pág. 417. Para mais desenvolvimentos sobre o assunto veja-se ANTOINE JEMMAUD, *Du Principe D'égalité de Traitement des Salariés*, Droit Social, 2004, págs. 694 e ss.

<sup>21</sup> Cfr. JOÃO LEAL AMADO, ob. cit., pág. 170. Sublinha o autor, citando JORGE LEITE, que “*com o princípio da igualdade pretende-se que seja tratado de modo igual o que é igual e de modo diferente o que é desigual na proporção da respetiva diferença. Já porém, com o princípio da não discriminação o que se pretende é que se trate de modo igual o que é diferente, por se entender que a diferença é totalmente irrelevante para os efeitos tidos em conta*”.

<sup>22</sup> Cfr. ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Observações sobre o “Princípio da Igualdade de Tratamento” no Direito do Trabalho*, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor A. Ferrer Correia, Boletim da Faculdade de Direito, Univ. de Coimbra, 1990, pág. 1011.

das relações estabelecidas entre sujeitos privados. Dito de outra forma, pretendemos analisar se e como poderá o princípio da igualdade limitar a liberdade empresarial<sup>23</sup>, entendida esta, designadamente, como liberdade de gestão e liberdade de contratação<sup>24</sup>.

Apesar de o fenómeno do trabalho subordinado, com as características que hoje lhe conhecemos, se ter começado a massificar a partir do final do séc. XVIII, com a Revolução Industrial, apenas no final do séc. XIX se reconheceu o Direito do Trabalho como “*uma nova área do universo jurídico*”<sup>25</sup>. Daí que o Direito do Trabalho seja usualmente considerado um ramo jurídico jovem.

Este lapso temporal de quase cem anos entre a difusão do trabalho fabril e a preocupação com a sua regulamentação “*deveu-se ao princípio geral de não ingerência do Estado na regulação dos vínculos jurídicos privados, em nome dos axiomas da liberdade e da igualdade dos entes jurídicos privados, proclamados com a Revolução Francesa*”<sup>26</sup>.

Todavia, foi sobretudo na segunda metade do século XIX, altura em que o trabalho fabril é já um fenómeno de massas, que se começaram a sentir os abusos dos empregadores sobre os trabalhadores, designadamente, em matéria de tempo e de condições de trabalho e as condições de vida do operariado sofreram uma deterioração sem precedentes, ficando assim demonstrada a fraqueza do dogma da liberdade contratual quando esta é exercitada por sujeitos com um poder económico muito diferente<sup>27</sup>.

Por isso, historicamente, a autonomização do contrato de trabalho deveu-se a uma verdadeira desigualdade estrutural.

O próprio Direito do Trabalho, ao alertar para a desigualdade material das partes e a necessidade de fazer apelo ao que foi querido ou consentido por elas no contrato como primeira linha de defesa do contraente normalmente mais débil, provoca uma acentuada tensão entre a crítica à autonomia privada e ao contrato enquanto instrumento de realização de

---

<sup>23</sup> A questão da vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais foi colocada pela primeira vez pela doutrina alemã, designadamente por *Ipsen, Leisner e Nipperdey*, sob o título de “*Drittwirkung der Grundrechte*” (eficácia externa dos direitos fundamentais). A questão foi primeiramente suscitada a propósito das relações de trabalho, precisamente por ser manifesta, neste caso, a existência de uma relação jurídica desequilibrada, assente na compressão da liberdade negocial da parte contraente tida unanimemente como a parte mais débil: o trabalhador – cfr. GUILHERME MACHADO DRAY, ob. cit., pág. 135.

<sup>24</sup> No mesmo sentido, JOAQUÍN APARICIO TOVAR e ANA MARTA OLMO GASCÓN, ob. cit., pág. 29.

<sup>25</sup> Por esta razão, a maioria dos autores, em diversos contextos doutrinários, situa o surgimento desta área jurídica no período entre o início do século XX e o termo da Primeira Guerra Mundial - cfr. MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Direito do trabalho, Parte I, Dogmática Geral*, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2009, pág. 40.

<sup>26</sup> Cfr. MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, ob. cit., pág. 40.

<sup>27</sup> Neste mesmo sentido, MENEZES LEITÃO, *Direito do Trabalho*, 2.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2010, págs. 26 e ss., e ROMANO MARTINEZ, ob. cit., págs. 61 e ss.

um resultado justo<sup>28</sup>. Assim, ao mesmo tempo que critica a autonomia privada e o contrato como instrumento para a sua explicitação, o Direito do Trabalho não pode deixar de os valorizar como instrumentos de proteção do próprio trabalhador – assim se concluindo que “o contrato legitima, mas baliza os poderes do empregador”<sup>29</sup>.

Como refere JÚLIO GOMES, “apesar da importância nuclear do contrato e da linguagem e terminologia privatistas, parece-nos que existem ainda hoje certas diferenças específicas entre o regime do contrato de trabalho e o regime dos contratos civis”<sup>30</sup>. Desde logo porque, e como bem refere JÚLIO GOMES, nos contratos civis procura-se afastar desequilíbrios de poder instantâneos. Já a necessidade do posto de trabalho e a circunstância de o mercado de trabalho, muitas vezes, não dar aos trabalhadores alternativas reais retiram-lhes o poder negocial e tornam praticamente impossível rejeitar a inclusão de cláusulas que lhes sejam desfavoráveis, decorrendo, portanto, do contrato de trabalho, uma desigualdade entre as partes, assumida pelo Direito<sup>31</sup>.

Pretende-se proteger a dignidade do trabalhador, atenta a natureza do trabalho como inseparável ou incidível da pessoa do trabalhador, garantindo que a sujeição do trabalhador não envolve a destruição da sua dignidade como pessoa, já que é a própria pessoa – e não apenas, ou não tanto, valores patrimoniais – que é vulnerável durante a execução do contrato<sup>32</sup>. O contrato de trabalho gera, assim, e como refere JÚLIO GOMES, uma assimetria de poder que coloca o trabalhador – a sua própria pessoa – numa esfera que não controla ou sobre a qual tem um controle muito reduzido, expondo-o a uma série de riscos e a riscos muito graves por poderem afetar uma grande variedade de bens, como por exemplo, a sua integridade física ou psíquica, ou até mesmo a sua força de trabalho<sup>33</sup>.

Cumprе ressalvar, por fim, que não se pretende que este seja o único objetivo do direito do trabalho. Contudo, esse seria o principal desígnio do direito do trabalho, justificando a sua autonomia em face do direito civil. Esta autonomia resultaria também da natureza da força de trabalho não obstante a maior parte da doutrina rejeitar a que este é elemento do património do trabalhador, mas sim um afloramento da sua personalidade. Na verdade, o trabalho representa para a maioria dos trabalhadores subordinados condição essencial para a sua existência condigna do ponto de vista social e económico, já que o direito

---

<sup>28</sup> Cfr. JÚLIO GOMES, ob. cit., pág. 31.

<sup>29</sup> Cfr. JÚLIO GOMES, ob. cit., pág. 31.

<sup>30</sup> Cfr. JÚLIO GOMES, ob. cit., pág. 36.

<sup>31</sup> Cfr. JÚLIO GOMES, ob. cit., pág. 37.

<sup>32</sup> Cfr. JÚLIO GOMES, ob. cit., pág. 39.

<sup>33</sup> Cfr. JÚLIO GOMES, ob. cit., págs. 40 e 41.

do trabalho representa, a par do direito da família, o domínio do direito privado em que mais frequentemente se debate a aplicação imediata ou mediata de tais direitos nas relações entre os particulares<sup>34</sup>.

### 3. ENQUADRAMENTO COMUNITÁRIO<sup>35</sup>

A proteção dos direitos fundamentais na UE é bastante recente. Na verdade, o TCE não continha nenhuma disposição relativa à proteção dos direitos fundamentais<sup>36</sup>. Como refere SOFIA PAIS, o legislador visou unicamente um objetivo económico – a construção de um mercado comum –, acreditando que as soluções consagradas a nível interno, designadamente no plano constitucional, seriam suficientes para defesa dos direitos fundamentais<sup>37</sup>.

É com a evolução das Comunidades e da jurisprudência do TJUE que se intensifica a necessidade de um modelo europeu de defesa dos direitos fundamentais, acreditando-se que “*só com a proclamação e tutela efetiva dos direitos fundamentais na UE se seria capaz de consolidar a legitimidade desta*”<sup>38</sup>.

A construção de um modelo europeu de proteção de direitos fundamentais, surgiu com o Ac. *Stauder*<sup>39</sup> onde o TJUE afirmou que os direitos fundamentais fazem parte integrante dos princípios gerais do “direito comunitário”, cujo respeito deve assegurar, funcionando como parâmetros de validade das normas “comunitárias”. Posteriormente, acrescentou que o conteúdo de tais direitos podia ser determinado por referência às tradições constitucionais dos Estados-Membros, bem como aos instrumentos internacionais relativos aos Direitos do Homem dos quais os mesmos fossem parte ou em cuja elaboração houvessem participado<sup>40</sup>. O

---

<sup>34</sup> Cfr., por todos, JÚLIO GOMES, ob. cit., pág. 40.

<sup>35</sup> Neste ponto seguimos de perto o estudo de SOFIA PAIS, *A Proteção dos Direitos Fundamentais na União Europeia*, in Estudos de Direito da União Europeia, Almedina, Coimbra, 2012.

<sup>36</sup> Cfr. SOFIA PAIS, ob. cit., pág. 115.

<sup>37</sup> *Vd.* JÚLIO GOMES, ob. cit., pág. 386, anotação 1028. Para FAUSTO DE QUADROS a ideia da salvaguarda e da proteção dos direitos fundamentais encontra-se presente no processo da integração europeia desde o seu início, não obstante não constar nenhum preceito específico sobre a matéria nos Tratados institutivos das três Comunidades, na sua versão original – cfr. FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União Europeia*, Almedina, Coimbra, 2009, pág. 127.

<sup>38</sup> Cfr. SOFIA PAIS, ob. cit., pág. 116.

<sup>39</sup> Ac. de 12/06/1969, Proc. 29/69.

<sup>40</sup> Cfr. SOFIA PAIS, ob. cit., pág. 117. Veja-se, a este propósito, os Acs. *Internationale Handelsgesellschaft*, de 17/12/1970, proc. 11/70, *Nold*, de 14/05/1974, proc. 4/73 e *Rutili*, de 28/10/1975, proc. 36/75.

TJUE esclareceu ainda que fiscalizaria a atuação das instituições da UE, bem como a dos Estados-Membros quando apliquem o direito da UE.

Com base na experiência da UE no combate à discriminação sexual, emergiu um consenso em meados da década de 90, relativamente à necessidade de a Comunidade Europeia lutar contra a discriminação por outros motivos. As organizações da sociedade civil e o PE foram instrumentais para avançar com o debate sobre estas questões.

Todavia, esclareceu também o TJUE que esses direitos podem ser restringidos no seu exercício, sob pena de se assistir a uma intervenção desproporcionada e intolerável suscetível de atentar contra a sua própria essência. Como se verá mais adiante, também no âmbito das Diretivas se alcançou a mesma conclusão.

Estas orientações foram mais tarde, ao longo das várias alterações verificadas, gradualmente inseridas nos Tratados. Em resultado deste processo, e na sequência da entrada em vigor do Tratado de Amesterdão em 1997, foi incluído um novo artigo – 13.º – no TCE. O artigo 13.º assinalou um significativo salto em frente na luta contra a discriminação a nível da UE, na medida em que conferia à Comunidade poderes para adotar ações de combate à discriminação com base em novos motivos, incluindo a raça ou a origem étnica, religião ou crença, deficiência e orientação sexual.

Porém, como constata SOFIA PAIS, as alterações introduzidas foram consideradas insuficientes para dar “*visibilidade e conferir eficácia a um catálogo de direitos fundamentais reconhecidos pela UE*”<sup>41</sup>. Foi neste contexto que em 2000 foi proclamada a CDFUE.

Com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, a CDFUE tornou-se vinculativa, tendo o mesmo valor jurídico que os Tratados<sup>42</sup>.

Quanto à questão de saber se a CDFUE vem criar novos direitos ou se se limita a consolidar os direitos existentes a doutrina diverge<sup>43</sup>.

O artigo 21.º da Carta abrange os seis motivos repertoriados no artigo 13.º do TCE, bem como sete razões adicionais (origem social, características genéticas, língua, opiniões políticas ou outras, pertença a uma minoria étnica, riqueza e nascimento).

---

<sup>41</sup> Cfr. SOFIA PAIS, *últ. ob. cit.*, pág. 120.

<sup>42</sup> Cfr. art. 6.º do TUE.

<sup>43</sup> Cfr. M. POIARES MADURO, *The Double Constitutional Life of the Charter of Fundamental Rights*, in T. Harvey e J. Kenner e J. Kenner (eds.), *Economic and social rights under the EU Charter of Fundamental Rights: A Legal Perspective*, Hart Publishing, 2003, pág. 276. Em sentido diverso, cfr. XAVIER GROUSSOT, *Fundamental Rights Protection in the European Union post Lisbon Treaty*, *European issues*, n.º 173, 14/06/2010, págs. 2 e 5.

Nos termos do artigo 51º da Carta, os princípios que estabelece deverão orientar o desenvolvimento de políticas na UE e a aplicação das mesmas por parte das autoridades nacionais. O TJUE sempre considerou que os direitos humanos fundamentais, derivados dos instrumentos internacionais dos quais todos os Estados-Membros são parte signatária, integram os princípios gerais do direito comunitário cuja observância o Tribunal assegura. A Carta é já um importante documento de referência para o TJUE na sua interpretação do direito comunitário.

#### **4. A DIRETIVA 78/2000/CE, DE 27 DE NOVEMBRO, E A TUTELA DA DISCRIMINAÇÃO EM FUNÇÃO DA IDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO NACIONAL**

Como já referimos, um dos princípios fundamentais do Direito do Trabalho é o princípio de igualdade, do qual resulta a proibição de comportamentos discriminatórios por parte do empregador<sup>44</sup>. Pretende-se garantir a igualdade de tratamento, não discriminando os trabalhadores no acesso ao emprego e na relação de trabalho<sup>45</sup>. Assim, “*a igualdade e a não discriminação relacionam-se não só na execução do contrato de trabalho, como no acesso ao emprego, ou seja, na seleção de candidatos à celebração de um contrato de trabalho*”<sup>46</sup>.

Em matéria de combate à discriminação, ao nível do Direito do Trabalho, torna-se fundamental sublinhar o impulso do direito comunitário neste domínio<sup>47</sup>. São exemplos disso, as chamadas “*Diretivas de nova geração*”, designadamente a Diretiva 43/2000/CE de 29 de Junho sobre a implementação do princípio da igualdade e tratamento entre pessoas sem distinção de raça ou de origem étnica, a Diretiva 78/2000/CE de 27 de Novembro, que veio criar um quadro geral em favor da igualdade de tratamento em matéria de emprego e de trabalho, e ainda a Diretiva 2002/73 de 23 de Setembro, que modificou a Diretiva 76/207,

---

<sup>44</sup> Cfr. MENEZES LEITÃO, ob. cit., pág. 185.

<sup>45</sup> Como refere JOÃO LEAL AMADO, “*A celebração do contrato de trabalho obedece a dois princípios basilares: o princípio da liberdade contratual, expressão da autonomia privada dos sujeitos (art. 405.º CCiv.), e o princípio da igualdade no acesso ao emprego, que veda práticas discriminatórias neste domínio (art. 58.º, n.º 1, al. b), da CRP). Com efeito, as partes poderão escolher livremente se e com quem querem celebrar o contrato de trabalho, mas os critérios de seleção do empregador nos processos de contratação de pessoal, não deverão basear-se em fatores discriminatórios*” – cfr. JOÃO LEAL AMADO, ob. cit., pág. 169.

<sup>46</sup> Cfr. ROMANO MARTINEZ, ob. cit., pág. 384.

<sup>47</sup> O combate à discriminação em função da idade não é recente, tendo desempenhado um papel pioneiro na matéria o direito norte-americano, com a introdução, em 1967, a nível federal, do *Employment Age Discrimination Act*, mas só recentemente tal combate foi assumido pelo direito comunitário – cfr. JÚLIO GOMES, ob. cit., pág. 400.

relativa à paridade de tratamento entre homens e mulheres, no que respeita ao acesso ao trabalho, formação, promoção profissional e condições de trabalho<sup>48</sup>.

A nível comunitário, o desenvolvimento do princípio antidiscriminatório em matéria de emprego, e no que respeita à idade, encontra-se, portanto, na Diretiva 2000/78/CE<sup>49</sup>, do Conselho, de 27 de Novembro de 2000.

De acordo com o 25º considerando da Diretiva “*a proibição de discriminações relacionadas com a idade constitui um elemento essencial para atingir os objetivos estabelecidos pelas orientações para o emprego e encorajar a diversidade no emprego*”.

Nos termos da Diretiva, entende-se por “*princípio da igualdade de tratamento*”, a ausência de qualquer discriminação, direta ou indireta, por um dos seguintes motivos: religião ou convicções pessoais, deficiência, idade ou orientação sexual<sup>50</sup>.

Concretamente, o art. 3.º, n.º 1, estabelece que a Diretiva se aplicará às condições de acesso ao emprego, incluídos os critérios de seleção e as condições de contratação e promoção no emprego; o acesso a todos os níveis e tipos de orientação profissional, formação profissional, formação profissional avançada, reconversão profissional; as condições de emprego e de trabalho, incluindo o despedimento e a remuneração; e finalmente, à filiação ou envolvimento numa organização de trabalhadores ou patronal. Por outras palavras, o objetivo da tutela concedida pela Diretiva é abranger todos os aspetos que a prestação laboral envolve, desde o momento da seleção até à extinção contratual<sup>51</sup>. Resulta também desta norma que a Diretiva proíbe a discriminação em função da idade quer para os trabalhadores de direito privado, quer para o sector público<sup>52</sup>.

---

<sup>48</sup> Cfr. JÚLIO GOMES, ob. cit., pág. 385 e 386.

<sup>49</sup> Transposta para a ordem jurídica interna através do CT2003 e da Lei n.º 35/2004, de 29 de Julho.

<sup>50</sup> Vd. art. 2.º, n.º 1, da Diretiva.

<sup>51</sup> Cfr. JOAQUÍN APARICIO TOVAR e ANA MARTA OLMO GASCÓN, ob. cit., pág. 62.

<sup>52</sup> Neste sentido, JÚLIO GOMES, ob. cit., pág. 405.

#### 4.1. CONCEITOS DE DISCRIMINAÇÃO DIRETA E INDIRETA

A discriminação direta consiste num tratamento – passado, presente ou futuro – menos favorável do que aquele dado a outra pessoa numa situação análoga<sup>53</sup>.

Já as discriminações indiretas consistem em tratamentos “*aparentemente neutros*”, mas suscetíveis de colocar numa situação de desvantagem pessoas de uma determinada classe etária, comparativamente com outras pessoas, salvo na medida em que “*essa disposição, critério ou prática sejam objetivamente justificadas por um objetivo legítimo e que os meios utilizados para os alcançar sejam adequados e necessários*”<sup>54</sup>.

É em relação à discriminação indireta que mais problemas de prova se levantam, pois muitas das vezes torna-se dúbio saber quando é que um critério aparentemente neutro está indissociavelmente ligado à idade ou se, por sua vez, se trata de um critério que não estabelece qualquer tipo de discriminação, sendo certo que o que releva são as consequências do ato e não a intenção do mesmo<sup>55</sup>. A este propósito JÚLIO GOMES levanta algumas questões: “*Quais são, com efeito, os grupos etários a que se deve fazer referência como termo de comparação para demonstrar o efeito desproporcionado da medida ou critério? Deveremos comparar os sexagenários com as pessoas com 20, 30 ou 40 anos?*”<sup>56</sup>

No que respeita aos conceitos ora mencionados, acolhidos em várias Diretivas comunitárias, entendemos que os mesmos se encontram sedimentados, em termos doutrinários e jurisprudenciais, *maxime* na jurisprudência do TJUE – encontrando-se transpostos para o nosso ordenamento jurídico interno<sup>57</sup>.

---

<sup>53</sup> Vd. art. 2.º, n.º 2, al. a) da Diretiva.

<sup>54</sup> Vd. art. 2.º, n.º 2, al. b), da Diretiva. Esta definição de discriminação indireta encontrada pelo art. 2.º, n.º 2, al. b) tanto da Diretiva 2000/78/CE como da Diretiva 2000/43/CE difere da definição desenvolvida em matéria de discriminação indireta em função do sexo, no que ao ónus da prova diz respeito, uma vez que a nova definição prescinde da demonstração de consequências desfavoráveis para um grupo sensivelmente superior de pessoas, bastando-se que os critérios, ou medidas, aparentemente neutros, possam prejudicar um grupo de maneira especial, prescindindo-se, pois de demonstrações estatísticas, por vezes bastante difíceis de obter – cfr. JÚLIO GOMES, ob. cit., pág. 393, anotação 1044.

<sup>55</sup> Neste sentido, TERESA COELHO MOREIRA, ob. cit., págs. 89 e ss. A autora dá ainda alguns exemplos, bastante interessantes, sobre o que poderá ou não configurar situações de discriminação indireta, dos quais salientamos a dúvida de saber se um anúncio para seleção que exigisse um candidato maduro ou um que exigisse cinco anos de experiência pós qualificação podem configurar situações de discriminação indireta, ou até mesmo, se quem procura candidatos com conhecimentos na área das novas tecnologias, informática e computadores tende a privilegiar as gerações mais novas em detrimento das mais velhas.

<sup>56</sup> Cfr. JÚLIO GOMES, ob. cit., pág. 408.

<sup>57</sup> Vd. art. 23.º, n.º 1, a) e b), do CT.

Todavia, nesta matéria da discriminação em função da idade, a jurisprudência do TJUE é, ainda, bastante escassa, como constata TERESA COELHO MOREIRA<sup>58</sup>.

#### **4.2. PRÁTICAS DISCRIMINATÓRIAS JUSTIFICADAS: REQUISITOS PARA A SUA OBSERVÂNCIA**

Analisando de perto a Diretiva 78/2000/CE, podemos comprovar que a mesma contempla verdadeiras exceções à discriminação direta em função da idade<sup>59</sup>. Senão vejamos: o art. 4º da referida Diretiva dispõe que “*os Estados-Membros podem prever que uma diferença de tratamento baseada numa característica relacionada com qualquer dos motivos de discriminação referidos no art. 1.º não constituirá discriminação sempre que, em virtude da natureza da atividade profissional em causa ou do contexto da sua execução, essa característica constitua um requisito essencial e determinante para o exercício dessa atividade, na condição de o objetivo ser legítimo e o requisito proporcional*”<sup>61</sup>.

Como refere TERESA COELHO MOREIRA, “*ao admitir uma série de exceções, pode-se, se estas foram interpretadas de maneira extensiva, esvaziar de conteúdo a proteção assegurada, nomeadamente aceitando a possibilidade de uma discriminação direta contrariamente ao que acontece relativamente aos outros tipos de discriminação proibida*”<sup>62</sup>.

Assim, somos da opinião de que, na medida em que permite derrogar o princípio da não discriminação, o artigo 4.º, n.º 1, da Diretiva deve ser objeto de interpretação estrita. A este respeito decidiu o TJUE, no Ac. *Prigge*<sup>63</sup>, que o artigo 4.º, n.º 1, da Diretiva 2000/78 deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma cláusula de uma convenção coletiva que fixa em 60 anos o limite de idade a partir do qual se considera que os pilotos deixam de ter as capacidades físicas para exercerem a sua atividade profissional, apesar de as

---

<sup>58</sup> Cfr. TERESA COELHO MOREIRA, ob. cit., pág. 91.

<sup>59</sup> Neste sentido, JÚLIO GOMES, ob. cit., pág. 406.

<sup>60</sup> Ou seja, da religião ou das convicções, de uma deficiência, da idade ou da orientação sexual.

<sup>61</sup> Nos E.U.A. tem-se entendido, com efeito, que em certas profissões a idade pode representar uma *bona fide occupational qualification*. Assim, por exemplo, bombeiros, polícias, condutores de autocarro e pilotos de aeronaves podem ver o seu contrato cessar a partir de uma certa idade porque a capacidade de realizar certos esforços até físicos é uma componente essencial dessas profissões e a idade parece ser um critério legítimo para fixar diferentes limites para o esforço. Contudo, para tanto, os tribunais americanos têm colocado várias exigências desde logo é necessário o interesse do empregador pelo estado de saúde de todos os seus trabalhadores, mesmo os mais jovens, sujeitando-os, por exemplo, a exames médicos – cfr. JÚLIO GOMES, ob. cit., pág. 407.

<sup>62</sup> Cfr. TERESA COELHO MOREIRA, ob. cit., pág. 70.

<sup>63</sup> Ac. de 13/09/2007, proc. C-447/09.

regulamentações nacional e internacional fixarem essa idade em 65 anos. O Tribunal entendeu que é essencial que os pilotos de linha possuam capacidades físicas particulares, na medida em que nesta profissão falhas físicas são suscetíveis de ter consequências importantes, considerando inegável que estas capacidades diminuem com a idade. Entendeu ainda que o objetivo de garantir a segurança do tráfego aéreo visado com a cessação automática dos contratos de trabalho dos pilotos aos 60 anos constitui um “*objetivo legítimo*” na aceção do art. 4.º, n.º 1, da Diretiva. Porém o Tribunal decidiu que “*ao fixar em 60 anos o limite a partir do qual se considera que os pilotos de linha abrangidos pela convenção coletiva deixam de ter as capacidades físicas para exercer a sua atividade profissional, apesar de as regulamentações nacional e internacional autorizarem o exercício dessa atividade, sob certas condições, até aos 65 anos, os parceiros sociais impuseram aos referidos pilotos uma exigência desproporcionada na aceção do art. 4.º, n.º 1 da Diretiva.*”<sup>64</sup>

O art. 2.º, n.º 5, da Diretiva prevê ainda a possibilidade de justificação de uma discriminação direta ao estabelecer que “*a presente Directiva não afecta as medidas previstas na legislação nacional que, numa sociedade democrática, sejam necessárias para efeitos de segurança pública, defesa da ordem e prevenção das infracções penais, protecção da saúde e protecção dos direitos e liberdades de terceiros*”.

Sobre o CT, refere MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO que “*a primeira dificuldade que se coloca na operacionalização do princípio geral da não discriminação é a da delimitação do próprio conceito de discriminação*”<sup>65</sup>.

Também o nosso legislador optou por enunciar um conjunto de fatores discriminatórios, delimitar negativamente o princípio e fornecer as noções de discriminação direta e indireta<sup>66</sup>.

---

<sup>64</sup> Neste Ac., e como refere TERESA COELHO MOREIRA, o TJUE teve ocasião de decidir sobre a interpretação do art. 4.º, n.º 1, da Diretiva, tendo-o feito de forma mais restritiva, em comparação com o Ac. *Wolf*, proc. C-229/08, de 12 de Janeiro de 2010, em que o TJUE entendeu que “*o artigo 4.º, n.º 1, da Directiva 2000/78, que estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na actividade profissional, deve ser interpretado no sentido de que não se opõe a uma legislação nacional que fixa em 30 anos a idade máxima para o recrutamento no âmbito de emprego do serviço técnico intermédio dos bombeiros.*” No Ac. *Wolf*, o TJUE entendeu que “*não é o motivo em que se baseia a diferença de tratamento mas uma característica relacionada com esse motivo que deve constituir uma exigência essencial e determinante*” e que, por isso, “*a preocupação de assegurar o carácter operacional e o bom funcionamento do serviço dos bombeiros profissionais constitui um objetivo legítimo na aceção do art. 4.º, n.º 1, da Directiva.*” O TJUE entendeu igualmente que “*o facto de se possuir capacidades físicas especialmente significativas pode ser considerado um requisito essencial e determinante, na aceção dessa última disposição, para o exercício da profissão de bombeiro do serviço técnico intermédio e porque a necessidade de dispor da plena capacidade física para exercer essa profissão está associada à idade dos membros desse serviço*”. A este propósito veja-se TERESA COELHO MOREIRA, ob. cit., págs. 79-82.

<sup>65</sup> Cfr. MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Direito do Trabalho, Parte II, Situações Laborais Individuais*, 3.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2009, pág. 166.

A regra geral presente no nosso regime jurídico é a da qualificação como discriminatória, e consequentemente da proibição, de toda a conduta do empregador que “*privilegie, beneficie, prejudique, prive de qualquer direito ou isente de qualquer dever um trabalhador ou candidato a emprego, em razão, designadamente, da [...] idade*”. Esta fórmula geral, que engloba vários fatores de discriminação, foi inaugurada no CT2003 e não tem correspondência na anterior legislação laboral, não obstante o sentido dela emergente não ser inovador, tratando-se no essencial de uma síntese de preceitos dispersos em inúmeros diplomas legais<sup>67</sup>.

Estabelecida a proibição geral de atos discriminatórios e enunciados os fatores de discriminação, a lei procede à delimitação negativa do conceito de discriminação. Assim, nos termos do art. 25.º, n.º 2, do CT, não se considera discriminatória a conduta do empregador relativamente a um trabalhador ou candidato a emprego que se baseie num dos fatores enunciados no art. 24.º, n.º 1, quando esse fator constitua um “*requisito justificável e determinante para o exercício da atividade*”, tendo em conta “*a natureza dessa atividade ou o contexto da sua execução*”, e desde que o “*objetivo a atingir seja legítimo e o requisito proporcional*”<sup>68</sup>.

Desta forma, permitem-se exceções à discriminação direta, bem como podem-se encontrar justificações para o que seria uma discriminação indireta<sup>69</sup>.

Por sua vez, o art. 6.º, n.º 1, da Diretiva vem autorizar aos Estados-Membros o estabelecimento de diferenças de tratamento relacionadas com a idade, sem que as mesmas constituam discriminação, se estas estiverem justificadas, no quadro do direito nacional, por um objetivo legítimo, incluindo objetivos legítimos de política de emprego, do mercado de

---

<sup>66</sup> Neste sentido, MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Direito do Trabalho, Parte II*, cit., pág. 166.

<sup>67</sup> Desta forma, o art. 24.º do CT apresenta pontos de contacto com os artigos 13.º e 59.º da CRP e garante a transposição de algumas regras gerais contidas nas diretivas comunitárias n.º 75/117/CEE, de 10 de Fevereiro; n.º 76/207/CEE, de 9 de Fevereiro, alterada pela Diretiva n.º 2002/73/CE, de 23 de Setembro; n.º 2000/43/CE, de 29 de Junho e n.º 2000/78/CE, de 27 de Novembro – AA. VV., PEDRO ROMANO MARTINEZ; LUÍS MIGUEL MONTEIRO; JOANA VASCONCELOS; PEDRO MADEIRA DE BRITO; GUILHERME DRAY; LUÍS GONÇALVES DA SILVA, *Código do Trabalho Anotado*, 8ª Edição, Almedina, Coimbra, 2009, pág. 171 - anotação I ao art. 24.º.

<sup>68</sup> Neste sentido, MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Direito do Trabalho, Parte II*, cit., pág. 167. Ora, como sublinha GUILHERME MACHADO DRAY, enquanto no artigo 24.º está em causa a proclamação de um sentido positivo do princípio da igualdade (todos os trabalhadores têm direito à igualdade de oportunidades e de tratamento), no art. 25.º está em causa a invocação de um sentido primário negativo, quer isto dizer, está em causa a proibição de privilégios e de distinções, a proibição do arbítrio e da discriminação – cfr. AA. VV., *Código do Trabalho*, cit., pág. 178 - anotação II ao art. 25.º.

<sup>69</sup> A propósito do n.º 2 do artigo 25.º, o autor dá ainda exemplos de algumas práticas distintivas lícitas, referindo que “*no campo da arte, da moda e do espetáculo, parece relativamente cristalino que não é discriminatória a contratação de mulheres em detrimento de homens (ou vice-versa) quando esteja em causa a organização de uma passagem de modelos para promover roupa feminina, assim como não é discriminatória a contratação de um ator de determinada etnia tendo em vista a representação de uma personagem da mesma origem étnica*”.

trabalho e de formação profissional, e desde que os meios para realizar esses objetivos sejam apropriados e necessários<sup>70</sup>. Ainda relativamente a esta enumeração de diferenças de tratamento justificadas, o art. 6.º, n.º 1, al. a) permite o estabelecimento de condições especiais de acesso ao emprego e à formação profissional, de emprego e de trabalho, nomeadamente condições de despedimento e remuneração, para os jovens, os trabalhadores mais velhos e os que têm pessoas a cargo, a fim de favorecer a sua inserção profissional ou garantir a sua proteção. Por sua vez, o art. 6.º, n.º 1, al. b) vem permitir o estabelecimento de condições mínimas de idade, experiência profissional ou antiguidade no emprego para o acesso ao emprego ou a determinadas regalias associadas ao emprego.

Finalmente, aceita-se a fixação de uma idade máxima de contratação, com base na formação exigida para o posto de trabalho em questão, ou na necessidade de um período razoável de emprego antes da reforma – art. 6.º, n.º 1, al. c).

A presente norma encontra-se transposta para o nosso ordenamento jurídico no art. 25.º, n.º 3, do CT mas, contrariamente ao que se verifica na Diretiva, este não concretiza nem fornece exemplos das diferenças de tratamento baseadas na idade que são permitidas<sup>71</sup>. Contudo, e como veremos adiante, *“para que a nossa lei esteja em conformidade com o Direito da UE, terá de atender-se à interpretação que dele tem sido feita pela profícua jurisprudência comunitária nesta matéria”*<sup>72</sup>.

Urge pois distinguir diferenças de tratamento justificadas, nomeadamente por objetivos legítimos de política de emprego, do mercado de trabalho e da formação profissional, de discriminações que devem ser proibidas, matéria esta muito delicada, pela crescente propensão para a discriminação dos trabalhadores mais velhos<sup>73</sup>. Para isso iremos fazer uma análise do que tem vindo a ser considerado pelo TJUE como objetivo *“legítimo”* e *“apropriado e necessário”*.

---

<sup>70</sup> Cfr. JOAQUÍN APARICIO TOVAR e ANA MARTA OLMO GASCÓN, ob. cit., anotação 128.

<sup>71</sup> Neste sentido, TERESA COELHO MOREIRA, ob. cit., pág. 86.

<sup>72</sup> Cfr. TERESA COELHO MOREIRA, ob. cit., pág. 86.

<sup>73</sup> Cfr. JOÃO LEAL AMADO, ob. cit. pág. 170.

#### 4.2.1. O CONCEITO DE “OBJETIVO LEGÍTIMO” NA ACEÇÃO DO ART. 6.º, N.º 1, DA DIRETIVA, EM FACE DA INTERPRETAÇÃO DO TJUE

No Ac. *Mangold*<sup>74</sup>, a inserção no mercado de trabalho das pessoas mais velhas que se encontram desempregadas, na medida em que se confrontam com enormes dificuldades para voltar a encontrar trabalho, foi considerado um objetivo legítimo.

Também a ideia de partilha de emprego e de mudança geracional tem sido considerada, pelo TJUE, como suficiente para preencher este requisito. Tal verificou-se no Ac. *Palacios*<sup>75</sup>, onde a introdução de reforma obrigatória pelo facto de se ter atingido uma certa idade, inserida num contexto económico caracterizado por um elevado desemprego, com o objetivo de, no âmbito da política nacional de emprego, criar oportunidades no mercado de trabalho às pessoas à procura de emprego – ainda que a disposição em causa não fizesse alusão formal a esse objetivo –, foi também considerado um objetivo legítimo na aceção do art. 6.º, n.º 1, da Diretiva<sup>76</sup>.

Por outro lado, não obstante se aceitar a *“possibilidade de uma norma nacional reconhecer, na prossecução dos referidos objetivos legítimos, um certo grau de flexibilidade”* aos empregadores, tem-se entendido que *“o que está compreendido na aceção de objetivo legítimo do art. 6.º, n.º 1, da Diretiva são objectivos de política social (...) que, pelo seu carácter de interesse geral, se distinguem dos motivos puramente específicos do empregador, como a redução de custos ou o reforço da competitividade”*<sup>77</sup>.

Também foi já considerado, pela jurisprudência do TJUE, objetivo legítimo, a remuneração dos trabalhadores consoante a experiência adquirida ainda que não relacionada com a idade, tendo-se entendido, no Ac. *Cadman*<sup>78</sup>, que *“o recurso ao critério da antiguidade é adequado para atingir o objectivo legítimo de recompensar a experiência adquirida, que permite ao trabalhador desempenhar melhor as suas funções, o empregador não tem de demonstrar especificamente que o recurso a esse critério é adequado para atingir o referido objectivo no que se refere a um determinado trabalho, exceptuadas as situações em que o trabalhador forneça elementos susceptíveis de fazer nascer dúvidas sérias a esse respeito”*.

---

<sup>74</sup> Ac. de 22/11/2005, proc. C-144/04.

<sup>75</sup> Ac. de 16/10/2007, proc. C-411/05.

<sup>76</sup> Este entendimento tem sido adotado noutras decisões. Veja-se, entre outros, o Ac. *Petersen*, de 12 de Janeiro de 2010, proc. C-341/08, e o Ac. *Georgiev*, de 18 de Novembro de 2010, procs. apensos C-250/09 e C-268/09.

<sup>77</sup> Cfr. Ac. *Age Concern England*, de 5 de Março de 2009, proc. C-388/07.

<sup>78</sup> Ac. de 18/05/2006, proc. C-17/05.

#### 4.2.2. O CONCEITO DE “OBJETIVO APROPRIADO E NECESSÁRIO” NA ACEÇÃO DO ART. 6.º, N.º 1, DA DIRETIVA, EM FACE DA INTERPRETAÇÃO DO TJUE

Para uma discriminação em função da idade se encontrar justificada, nos termos do art. 6.º, n.º 1, da Diretiva, é necessário, contudo, que, além de o objetivo em causa ser considerado legítimo, se prove que o mesmo é apropriado e necessário.

Para TERESA COELHO MOREIRA, “o princípio da proporcionalidade, que está aqui em causa, quando aplicado ao âmbito laboral, pressupõe um juízo prévio sobre a necessidade ou indispensabilidade da medida e um outro, posterior, sobre a proporcionalidade dos sacrifícios que comporta para os direitos fundamentais dos trabalhadores”<sup>79</sup>.

Assim, a utilização do fator idade como critério para a prossecução de um objetivo legítimo, só será considerada apropriada e necessária se tal objetivo não puder ser alcançado por outra forma.

Como exemplo da aplicação judicial do mandato antidiscriminatório e do princípio da proporcionalidade, veja-se o referido Ac. *Mangold*, em que se apreciou a norma alemã que prevê a contratação a prazo de trabalhadores com mais de 52 anos de idade. O TJUE considerou que o referido tratamento diferenciado em função da idade, ainda que baseado num objetivo legítimo – favorecer a inserção profissional dos trabalhadores mais velhos –, excedia o que era apropriado e necessário para alcançar o objetivo pretendido.

A este propósito veja-se o Ac. *Georgiev*<sup>80</sup> no qual se verifica a conformidade com a Diretiva de uma legislação nacional que prevê a passagem automática à reforma dos professores universitários que tenham completado 68 anos de idade e que determina que os professores universitários que tenham completado 65 anos de idade só podem prosseguir a sua atividade através da celebração de contratos a termo celebrados pelo período de um ano renováveis no máximo por duas vezes. O TJUE entendeu que a aplicação de tal lei “*tem por consequência que estas pessoas são tratadas de forma menos favorável do que outras pessoas que exercem a mesma profissão pelo facto de terem mais de 68 anos de idade. Tal disposição introduz uma diferença de tratamento baseada na idade na aceção do artigo 2.º, n.º 2, alínea a), da Directiva 2000/78*”. O AG salientou no n.º 34 das suas conclusões que “*a convivência de diferentes gerações de docentes e de investigadores é susceptível de favorecer a troca de experiências e a inovação e, logo, o desenvolvimento da qualidade do ensino e da*

<sup>79</sup> Cfr. TERESA MOREIRA COELHO, ob. cit., pág. 101.

<sup>80</sup> Ac. de 18/11/2010, procs. apensos C-250/09 e C-268/09.

*investigação nas universidades*”. O TJUE reiterou que “*na falta de indicações da legislação nacional em causa quanto ao objectivo prosseguido, importa que outros elementos, decorrentes do contexto geral da medida em análise, permitam identificar o objectivo que lhe está subjacente para efeitos do exercício da fiscalização jurisdicional quanto à sua legitimidade e quanto ao carácter apropriado e necessário dos meios utilizados para a concretização desse objectivo*”. Também considerou que “*uma legislação nacional que prevê a celebração de contratos a termo, como a que está em causa nos processos principais, é susceptível de conciliar tanto as necessidades dos professores em causa como as das universidades e pode constituir um meio apropriado e necessário para atingir os objectivos*”. Assim concluindo que “*a Directiva, em especial o seu artigo 6.º, n.º 1, deve ser interpretada no sentido de que não se opõe a uma legislação nacional, como a que está em causa nos processos principais, que impõe a passagem automática à reforma dos professores universitários que tenham completado 68 anos de idade e que determina que os professores universitários que tenham completado 65 anos de idade só podem prosseguir a sua actividade através da celebração de contratos a termo celebrados pelo período de um ano renováveis no máximo por duas vezes, desde que essa legislação prossiga um objectivo legítimo ligado nomeadamente à política de emprego e do mercado de trabalho, como a implementação de um ensino de qualidade e a repartição optimizada entre as gerações dos lugares de professores, e permita que esse objectivo seja realizado através de meios apropriados e necessários*” – cabendo ao juiz nacional verificar se estas condições estão preenchidas.

O art. 6.º, n.º 2, da Directiva estabelece ainda outras diferenças de tratamento justificadas com base na idade, parecendo-nos que estas exceções, tal como estão redigidas, colocam mais dúvidas do que aquelas que aparentemente pretendem resolver. Em primeiro lugar porque começa por reconhecer implicitamente que as condutas que descreve seriam, à partida, e de acordo com a Directiva, discriminatórias (“*sem prejuízo do disposto no n.º 2 do art. 2. (...)*”), estabelecendo que “*os Estados-Membros podem prever que não constitua discriminação baseada na idade, a fixação para os regimes profissionais de segurança social, de idades de adesão ou direito às prestações de reforma ou de invalidez, incluindo a fixação, para esses regimes, de idades diferentes para grupos ou categorias de trabalhadores, e a utilização, no mesmo âmbito, de critérios de idade nos cálculos actuariais, desde que tal não se traduza em discriminação baseada no sexo*”. Desta forma, parece-nos que nas situações aqui previstas, não se exige nem justificação objetiva e razoável, nem

adequação dos meios para alcançar os objetivos, como acontece no parágrafo primeiro do mesmo preceito, afirmando-se como único limite a tais atuações, a discriminação baseada no sexo<sup>81</sup>.

### 4.3. AS MEDIDAS DE AÇÃO POSITIVA

O art. 7.º da Diretiva consagra as designadas “*ações positivas*”, permitindo que os Estados-Membros mantenham ou adotem medidas específicas destinadas a prevenir ou a compensar as desvantagens relacionadas com qualquer dos motivos de discriminação conhecidos, sem que isso afete o princípio da igualdade de tratamento. Deste modo, as ações positivas – que inicialmente se estabeleceram como medidas dirigidas a favorecer o sexo menos representado –, são atualmente possíveis para compensar qualquer desvantagem, inclusivamente, a idade.

Assim, a diferença de tratamento poderá ser vista como uma medida de ação positiva.

Note-se que se trata aqui de um direito conferido aos Estados-Membros, com vista a compensar um tratamento prejudicial em função da idade e para conseguir uma genuína igualdade de tratamento no domínio profissional, não existindo, no entanto, a obrigação de adotar essas medidas positivas<sup>82</sup>.

Tal norma foi também transposta para o nosso ordenamento jurídico, encontrando-se no art. 27.º do CT, segundo o qual não se considera discriminação a medida legislativa de duração limitada que beneficia certo grupo, desfavorecido em função do fator de discriminação, com o objetivo de garantir o exercício, em condições de igualdade, dos direitos previstos na lei ou corrigir situação de desigualdade que persista na vida social.

Desta forma, as medidas de ação positiva vêm materializar uma ideia de discriminação positiva, visando um ideal de justiça social: afirma-se a licitude de medidas de carácter temporário que consagram um tratamento desigual como forma de compensar desigualdades de oportunidades e de tratamento que persistem na vida social. Estas diferenças de tratamento podem incluir, em particular, o estabelecimento de condições especiais de acesso ao emprego e à formação profissional, de emprego e de trabalho, nomeadamente condições de

---

<sup>81</sup> Neste sentido, JOAQUÍN APARICIO TOVAR e ANA MARTA OLMO GASCÓN, ob. cit., pág. 64.

<sup>82</sup> Cfr. JÚLIO GOMES, ob. cit., pág. 408.

despedimento e remuneração, para os jovens, os trabalhadores mais velhos e os que têm pessoas a seu cargo, a fim de favorecer a sua inserção profissional ou garantir a sua proteção.

#### **4.4. REGRAS RELATIVAS AO ÓNUS DA PROVA EM CASO DE DISCRIMINAÇÃO E MEIOS DE TUTELA DO TRABALHADOR VÍTIMA DE DISCRIMINAÇÃO**

De acordo com o 10.º desta Diretiva em caso de presunção de discriminação, e nos casos em que essa situação se verifique, a aplicação efetiva do princípio da igualdade de tratamento exige que o ónus da prova incumba à parte demandada. Alguns autores dizem tratar-se de uma *“inversão do ónus da prova”*<sup>83</sup>. TERESA COELHO MOREIRA fala, a este propósito, de uma *“partilha do ónus da prova entre a parte demandante e a parte demandada”*. Por sua vez, JÚLIO GOMES refere tratar-se de um *“aligeiramento do ónus da prova de quem invoca ou alega uma discriminação”*<sup>84</sup>.

O trabalhador deve demonstrar que os factos são consistentes com a ocorrência de discriminação, cabendo ao empregador provar que se verifica uma razão legítima para a sua atuação<sup>85</sup>.

O nosso ordenamento jurídico transpôs também nesta parte a Diretiva<sup>86</sup>. Como refere BERNARDO LOBO XAVIER, o nosso legislador consagrou algumas medidas que *“visam ultrapassar as dificuldades reveladas na prática quanto à demonstração de situações de discriminação”*. Tal como a Diretiva, o n.º 5 do art. 25.º ao arpejo do regime geral do art. 342.º do CCiv., vem introduzir uma regra geral de *“inversão do ónus da prova”*: exige-se que o ónus da prova incumba à parte demandada, ou seja, atribui-se ao trabalhador<sup>87</sup> a prova da discriminação e ao empregador o ónus da prova de inexistência de qualquer critério ou medida discriminatória<sup>88</sup>.

---

<sup>83</sup> Cfr. JÚLIO GOMES, ob. cit., pág. 424.

<sup>84</sup> Cfr. TERESA COELHO MOREIRA, ob. cit., pág. 90, JÚLIO GOMES, ob. cit., pág. 424.

<sup>85</sup> Não cabe, contudo, à parte demandada provar que a parte demandante pertence a uma dada religião, possui determinadas convicções, apresenta uma dada deficiência ou tem uma determinada idade ou orientação sexual.

<sup>86</sup> Neste sentido, TERESA COELHO MOREIRA, ob. cit., pág. 91.

<sup>87</sup> Ou candidato a trabalho, atendendo ao espírito da Diretiva. Neste sentido, TERESA MOREIRA COELHO, ob. cit., pág. 91.

<sup>88</sup> A este propósito, veja-se o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 22 de Abril de 2009, segundo o qual, para que o trabalhador possa beneficiar daquele regime especial, deve não apenas alegar factos relativos à prática discriminatória, mas bem assim, *“alegar e provar, para além dos factos que revelam a diferenciação de tratamento, também os factos que integra um daqueles factores característicos da discriminação”*. Quer isto dizer que *“(…) numa ação em que não se invocam quaisquer factos que, de algum modo, possam inserir-se na*

Outra medida consiste na obrigatoriedade de manter durante cinco anos o registo dos recrutamentos efetuados, com indicação de uma série de elementos relativos a esses recrutamentos<sup>89</sup>.

Por sua vez, a Diretiva impõe que as pessoas que apresentem queixa por discriminação sejam protegidas adequadamente contra atos de retaliação ou represálias que poderiam impedir de exercer o seu direito de igualdade de tratamento<sup>90</sup>.

## 5. EFICÁCIA DA DIRETIVA 2000/78/CE, DE 27 DE NOVEMBRO<sup>91</sup>

De acordo com o princípio da cooperação leal<sup>92</sup>, os tribunais nacionais têm a obrigação, nos termos do artigo 288º do TFUE, de interpretar o seu direito nacional – e em especial a legislação adotada para a transposição da diretiva – à luz do texto e da finalidade dessa mesma diretiva. Desta forma, os tribunais nacionais participam no processo de transposição judicial, na medida em que, através da interpretação das normas, auxiliam na obtenção do resultado previsto na diretiva<sup>93</sup>.

O TJUE define o efeito direto da norma do Tratado como a suscetibilidade de invocação de uma norma comunitária que cria direitos para os particulares que as jurisdições nacionais devem salvaguardar – desde que essa norma seja clara e incondicional e não necessite de ser executada através de um ato positivo de direito interno<sup>94</sup>. Atento o carácter obrigatório da diretiva, patente no art. 288º do TFUE, pelo princípio da cooperação leal supramencionado, e a necessidade de garantir o efeito útil das diretivas, as disposições destas que sejam incondicionais e suficientemente precisas, podem ser invocadas pelos particulares, num tribunal nacional, contra o Estado, ainda que tenha expirado o seu prazo de transposição. Neste sentido, no Ac. *Ratti*<sup>95</sup> o TJUE explicou que “o Estado-membro que não transpôs a

---

*categoria de factos característicos de discriminação (...) não funciona a aludida presunção (...)*”, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>89</sup> Cfr. BERNARDO LOBO XAVIER, *Manual de Direito do Trabalho*, Verbo, Lisboa, 2011, pág. 576.

<sup>90</sup> *Vd.* art. 11.º da Diretiva.

<sup>91</sup> Nesta parte, seguimos de perto o estudo de SOFIA PAIS, *Algumas Reflexões sobre o Princípio da Interpretação Conforme no Contexto da “Transposição Judicial” das Diretivas*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Ano VII – 2010 (Especial).

<sup>92</sup> Este princípio surgiu com o Ac. *Von Colson e Kamman*, de 10/04/1984, proc. 14/83.

<sup>93</sup> Cfr. SOFIA PAIS, *últ. ob. cit.*, pág. 490.

<sup>94</sup> Cfr. SOFIA PAIS, *últ. ob. cit.*, pág. 492.

<sup>95</sup> Ac. de 05/04/1979, proc. 148/78.

*diretiva no prazo, não pode prevalecer-se do seu incumprimento contra o particular*<sup>96</sup>. Além do mais, convém sublinhar que o conceito de efeito direto, apesar de geralmente estar relacionado a normas da UE que criam direitos para os particulares, invocáveis, por estes, num tribunal nacional, abrange também um sentido lato, podendo igualmente aplicar-se noutras situações, designadamente como defesa num processo criminal ou como *standard* de revisão das normas nacionais. Por outro lado, o princípio do efeito direto dirige-se a toda a administração nacional<sup>97</sup>.

Todavia, um Estado não pode invocar contra um particular uma disposição de uma diretiva cuja transposição para o direito nacional ainda não tenha sido efetuada, bem como não podem as disposições das diretivas ser invocadas enquanto tais por um particular num litígio que o oponha a outro particular.

Não obstante, resulta da jurisprudência do TJUE que, ao cumprirem a obrigação de transposição, os Estados-Membros devem respeitar os direitos fundamentais, enquanto princípios gerais de direito, podendo mesmo, tais princípios, em certos casos, ser invocados nas relações entre particulares<sup>98</sup>. SOFIA PAIS dá como exemplo o Ac. *Mangold*, em que o TJUE considerou que o princípio da não discriminação em razão da idade devia ser considerado um “princípio geral de direito comunitário”, podendo ser invocado numa relação entre particulares. No Ac. *Küçükdeveci*<sup>99</sup>, o TJUE entendeu que cabe ao órgão jurisdicional nacional assegurar o pleno efeito do princípio da não discriminação em razão da idade, tal como concretizado pela Diretiva, desapplicando se necessário a lei nacional contrária. Resulta assim que, em certos casos, este princípio poderá ser aplicado horizontalmente<sup>100</sup>.

## **6. ANÁLISE CRÍTICA DA DIRETIVA 2000/78/CE, DE 27 DE NOVEMBRO**

A doutrina não tem deixado de apontar algumas das imperfeições presentes na Diretiva 2000/78/CE.

Um dos seus defeitos reside no facto de se dirigir a uma miscelânea de fundamentos de discriminação, aliás, bastante distintos entre si, designadamente, religião, convicções,

---

<sup>96</sup> Cfr. SOFIA PAIS, últ. ob. cit., pág. 494.

<sup>97</sup> Cfr. SOFIA PAIS, últ. ob. cit., pág. 493.

<sup>98</sup> Cfr. SOFIA PAIS, *A proteção...*, cit., pág. 119.

<sup>99</sup> Ac. de 19/01/2010, proc. C-555/07.

<sup>100</sup> Cfr. SOFIA PAIS, últ. ob. cit., pág. 119.

deficiência, idade e orientação sexual<sup>101</sup>. Além disso, as normas antidiscriminatórias encontram-se dispersas por inúmeros instrumentos legais. BOB HEPPLÉ sugere, a este respeito, a criação de um instrumento único para a igualdade, como acontece na Austrália, Canadá, Irlanda, África do Sul e Nova Zelândia<sup>102</sup>. Também JÚLIO GOMES sublinha, embora não se referindo exclusivamente à Diretiva 2000/78/CE, que *“o legislador comunitário optou por combater as discriminações fundadas num numerus clausus de motivos, em vez de tentar construir princípios unitários, ao que acresce a disparidade existente na intensidade da tutela concedida para uns motivos e outros”*. Desta forma, na senda de JÚLIO GOMES, acreditamos que outras causas de discriminação irão existir sempre, por razões sociais, que escapam à proibição e que são contempladas em alguns ordenamentos. Além do mais, a técnica adotada pelo legislador comunitário adapta-se mal a discriminações múltiplas. Por sua vez JÚLIO GOMES observa, que, comparativamente com a discriminação fundada na raça ou origem étnica, o grau de tutela conferido à discriminação em função da idade é bastante inferior<sup>103</sup>.

Um outro aspeto destacado por JÚLIO GOMES é o facto de a Diretiva adotar *“fórmulas muito vagas designadamente quanto às possíveis justificações para discriminações; faltam, com efeito, noções pré-estabelecidas e bem delimitadas dos motivos susceptíveis de justificar uma discriminação”* sem se olvidar que os motivos típicos de discriminação que as várias diretivas procuram combater apresentam diferenças significativas entre si<sup>104</sup>.

Outro defeito da Diretiva é o facto de a mesma limitar o seu campo de aplicação apenas ao emprego e à ocupação, ao passo que a Diretiva 43/2000/CE sobre discriminação em função da raça e da origem étnica, a que já nos referimos anteriormente ainda que de forma sumária, tem um âmbito de aplicação muito mais vasto – abrangendo as condições de emprego e de trabalho, a filiação em organizações representativas, o acesso ao emprego e a todos os tipos e níveis de formação e orientação profissional, bem como outros aspetos que se situam fora do âmbito laboral propriamente dito, designadamente a proteção social – aqui se incluindo a segurança social e os cuidados da saúde –, vantagens sociais, educação e acesso a bens e serviços<sup>105</sup>. Apesar de, ainda assim, a noção de emprego presente na Diretiva ser bastante ampla – pois engloba todas as condições de trabalho, as condições de acesso ao trabalho subordinado e ao trabalho autónomo, incluindo critérios de escolha de candidatos e

---

<sup>101</sup> Neste sentido, BOB HEPPLÉ, ob. cit., pág. 79.

<sup>102</sup> Cfr. BOB HEPPLÉ, ob. cit., pág. 79.

<sup>103</sup> Cfr. JÚLIO GOMES, ob. cit., pág. 387.

<sup>104</sup> Cfr. JÚLIO GOMES, ob. cit., pág. 389.

<sup>105</sup> Cfr. JÚLIO GOMES, ob. cit., págs. 391e 405. No mesmo sentido, BOB HEPPLÉ, ob. cit., pág. 80, e JOANA ALMEIDA, ob. cit., pág. 132.

condições de admissão, qualquer que seja o ramo ou a posição profissional, abrangendo ainda o acesso a todos os níveis de formação profissional e a todas as condições de trabalho ou emprego, designadamente, as condições de despedimento e de retribuição –, limita-se às matérias laborais propriamente ditas e exclui a segurança social<sup>106</sup>.

Por outro lado, a Diretiva, apesar de fazer uma alusão direta à idade, não a define. Na verdade, e como refere TERESA COELHO MOREIRA, não existe qualquer referência à noção de idade no Direito da UE e as leis nacionais também não são mais concretas. Assim, a Diretiva, refere-se à idade em geral, não estabelecendo uma idade mínima a partir da qual a discriminação é proibida, contrastando, por exemplo, com o regime adotado nos Estados Unidos onde se fixa uma idade mínima, 40 anos, para a proibição da discriminação<sup>107</sup>. Assim, como sublinha JOANA ALMEIDA, “quando toda a população é o grupo protegido, medidas destinadas a assistir um grupo podem actuar em desvantagem de outro”<sup>108</sup>.

## **7. O ARTIGO 348º DO CÓDIGO DO TRABALHO À LUZ DA DIRETIVA 2000/78/CE, DE 27 DE NOVEMBRO**

### **7.1. REGIME JURÍDICO DO ART. 348.º DO C.T, ESCOPO E ANTECEDENTES LEGISLATIVOS**

Nos termos da al. c) do art. 343.º do CT, o contrato de trabalho caduca “*com a reforma do trabalhador, por velhice ou invalidez*”.

Porém, nos termos do art. 348º do CT, quando o trabalhador reformado permanece ao serviço da empresa por mais de trinta dias após o conhecimento por ambas as partes da sua reforma por velhice, ou, quando o trabalhador atinge 70 anos de idade sem ter havido extinção

---

<sup>106</sup> Cfr. JÚLIO GOMES, ob. cit., págs. 405 e 391.

<sup>107</sup> Cfr. JÚLIO GOMES, ob. cit., pág. 400, CLAUS WEBER, ob. cit., pág. 401, JOANA ALMEIDA, ob. cit., pág. 136, e TERESA COELHO MOREIRA, ob. cit., pág. 71.

<sup>108</sup> Cfr. JOANA ALMEIDA, ob. cit., pág. 136.

do vínculo por reforma é aposto um termo resolutivo ao contrato de trabalho<sup>109</sup>. O CT contempla, assim uma verdadeira exceção ao regime do contrato a termo<sup>110</sup>.

Analisando o preceito aqui em causa, realçam-se os seguintes aspetos: em primeiro lugar, destaca-se, desde logo, a dispensa da exigência de necessidade temporária; por outro lado o número de renovações é ilimitado; por seu turno, o contrato não está sujeito a uma duração máxima – assim se distinguindo do regime geral do contrato a termo; em último lugar, a caducidade do contrato fica sujeita a aviso prévio – de 60 dias, caso a iniciativa pertença ao empregador, ou de 15 dias, caso a iniciativa pertença ao trabalhador – e não determina o pagamento de qualquer compensação ao trabalhador.

MENEZES LEITÃO<sup>111</sup> refere tratar-se de um termo resolutivo sujeito a regime especial, pois o n.º 2 do art. 348º dispensa expressamente a redução a escrito, estabelecendo que o contrato vigora pelo prazo de seis meses, sendo renovável por períodos iguais e sucessivos sem sujeição a limites máximos.

Para PEDRO ROMANO MARTINEZ, a reforma do trabalhador corresponde a uma situação de caducidade com uma qualificação híbrida, na medida em que não determina a automática caducidade do negócio jurídico, convertendo-se, antes, num contrato a termo certo – desde que não tenha sido denunciado, por qualquer dos contraentes, nos trinta dias imediatos ao conhecimento bilateral da situação de reforma<sup>112</sup>.

Já PEDRO FURTADO MARTINS considera ser duvidosa a qualificação desta situação como caducidade<sup>113</sup>.

JOÃO LEAL AMADO, entre outros, diz tratar-se de um *termo impróprio* resultante da lei e não de estipulação contratual<sup>114</sup>.

---

<sup>109</sup> Cfr. art. 348.º, n.º 1 e n.º 3, do CT. O ordenamento jurídico espanhol adota semelhante regime ao prever que “*as cláusulas das convenções coletivas (...), em que se tenha estipulado a extinção do contrato de trabalho por o trabalhador ter atingido a idade normal da reforma, consideram-se válidas sempre que o trabalhador abrangido (...) [tenha] direito à pensão de reforma no regime contributivo*” – o qual foi adicionado pela Ley 14/2005, de 2 de Junho.

<sup>110</sup> Como sabemos, o regime jurídico português em matéria de contratação a termo é restritivo – *vd.* art. 140.º e 148.º do CT. Em regra, os contratos de trabalho a termo estão reservados a situações de necessidade temporária do empregador, não podem ser renovados mais de três vezes e estão sujeitos a uma duração máxima de três anos, incluindo renovações. A este regime está subjacente o princípio previsto no art. 53.º da CRP, o qual garante aos trabalhadores segurança no emprego – *cfr.* JOANA ALMEIDA, *ob. cit.*, pág. 118.

<sup>111</sup> Cfr. MENEZES LEITÃO, *últ. ob. cit.*, pág. 477 e MENEZES LEITÃO, *Formas de Cessação do Contrato de Trabalho e Procedimentos*, Temas Laborais. Estudos e Pareceres, Almedina, Coimbra, 2006, págs. 112 e 113.

<sup>112</sup> Cfr. ROMANO MARTINEZ, *ob. cit.*, pág. 1006.

<sup>113</sup> Cfr. PEDRO FURTADO MARTINS, *Cessação do Contrato de Trabalho*, 2.ª Edição, Principia, Cascais 2002, pág. 54.

<sup>114</sup> Cfr. JOÃO LEAL AMADO, *ob. cit.*, págs. 360 e 361.

Assim, a reforma pode, afinal, não determinar a cessação do contrato. O efeito extintivo da reforma depende não só do conhecimento pelo empregador, mas também, em última análise, da vontade das partes<sup>115</sup>.

De acordo com JOANA ALMEIDA, o preceito inspira-se numa medida de política de emprego, atendendo a que o mesmo foi aprovado num período de desemprego acentuado – 1989 –, sendo o seu objetivo libertar postos de trabalho, facilitando, assim, o acesso dos trabalhadores mais jovens ao mercado de trabalho<sup>116</sup>. A autora admite que o mesmo desígnio presida ao art. 348.º ainda hoje, uma vez que parte significativa dos desempregados a nível nacional continuam a ser trabalhadores com idade inferior a 25 anos<sup>117</sup>.

Fazendo uma breve análise da evolução legislativa constata-se que a caducidade do contrato por reforma do trabalhador teve, entre nós, a sua primeira consagração legal na al. c) do n.º 1 do art. 8.º da LDesp<sup>118</sup>. Começa então por sobressair uma preocupação de promoção do emprego intergeracional, facilitando o acesso dos mais jovens ao mercado de trabalho<sup>119</sup>. Porém, é no art. 5.º, n.º 2, da LCCT<sup>120</sup> que se prevê, pela primeira vez que, logo que o trabalhador atinja os 70 anos de idade, sem que o seu contrato haja caducado por reforma, fica este sujeito a termo, com um regime específico<sup>121</sup>.

Para BERNARDO LOBO XAVIER, à consagração desta norma estava subjacente a necessidade de resolver o problema do trabalhador que, não tendo requerido a reforma, continuava na empresa, “às vezes com a diminuta produtividade emergente da sua idade muito avançada”, tentando-se assim, “eliminar” do mercado de trabalho “mão-de-obra menos eficiente, assim se considerando aquela que é oferecida pelos trabalhadores com mais de 70 anos”<sup>122</sup>.

MONTEIRO FERNANDES entende que subjaz a esta norma o regime da caducidade por reforma, o qual visou promover a distribuição do emprego entre gerações<sup>123</sup>. Não obstante, PAULO RAMOS DE FARIA, sublinha que a ideia de que tal solução visou dar resposta a uma

---

<sup>115</sup> Cfr. ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, 15.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2010, pág. 566.

<sup>116</sup> Cfr. JOANA ALMEIDA, “Do artigo 348.º do Código do Trabalho à luz do Direito Comunitário”, in *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, 2009, n.º 34, pág. 119, e PAULO RAMOS FARIA, “Velhos São os Trapos: Discorrendo por Analogia sobre o Acórdão Palacios de La Vila”, *Questões Laborais*, Ano XVI, n.º 34, pág. 226.

<sup>117</sup> Cfr. JOANA ALMEIDA, ob. cit., pág. 119

<sup>118</sup> *Vd.* DL n.º 372-A/75, de 16 de Julho.

<sup>119</sup> Cfr. ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, ob. cit., pág. 564.

<sup>120</sup> *Vd.* DL n.º 64-A/89, de 27 de Fevereiro.

<sup>121</sup> Cfr. PAULO RAMOS DE FARIA, ob. cit., pág. 227.

<sup>122</sup> Cfr. BERNARDO LOBO XAVIER, *Curso de Direito do Trabalho*, Verbo, Lisboa, 1993, págs. 464 e 465.

<sup>123</sup> Cfr. MONTEIRO FERNANDES, ob. cit., pág. 564 e 567, nota (2)..

necessidade de conter o crescimento do desemprego não encontra correspondência nos dados estatísticos<sup>124</sup>.

## 7.2.DA COMPATIBILIDADE DO ART. 348.º DO CT COM O DIREITO COMUNITÁRIO

À luz da jurisprudência comunitária, o eventual carácter discriminatório do art. 348.º, tem sido questionado.

Para responder a esta questão, ter-se-á que ter em conta a Diretiva 1999/70/CE<sup>125</sup>, a qual consiste num acordo-quadro sobre os contratos de trabalho a termo, e a Diretiva 2000/78/CE que, como sabemos, estabelece o quadro geral de combate à discriminação no emprego e na atividade profissional, com fundamento, entre outros motivos, na idade.

Reportando-nos ao objeto do presente estudo, debruçar-nos-emos apenas sobre a questão de saber se esta disposição é passível de ser considerada discriminatória, atendendo a todas as considerações já tecidas no que à Diretiva Comunitária diz respeito.

No entanto, não deixa de ser curioso o facto de o art. 5º, n.º 1, da Diretiva 1999/70/CE estabelecer que os Estados-Membros devem introduzir uma ou várias medidas destinadas a prevenir o recurso abusivo à contratação a termo sucessiva, designadamente razões objetivas que justifiquem a renovação dos supramencionados contratos ou relações laborais, duração máxima total dos sucessivos contratos de trabalho ou relações laborais a termo, número máximo de renovações dos contratos ou relações laborais a termo –, o que, aparentemente, não se verifica na norma em análise.

Como já referido anteriormente, para os efeitos da Diretiva, entende-se por “*princípio da igualdade de tratamento*” a ausência de qualquer discriminação em função da idade.

Nos termos do n.º 1 do art. 348.º do CT, “*se o trabalhador permanecer ao serviço por mais de trinta dias após o conhecimento por ambas as partes da situação de reforma, o vínculo inicialmente celebrado converte-se em contrato a termo certo*”<sup>126</sup>.

Atendendo a que a presente norma afeta os trabalhadores que se reformaram junto da segurança social, tendo permanecido no ativo, levanta o problema de saber se estaremos

---

<sup>124</sup> Refere o autor que em 1985 a população desempregada era de 405,4 mil indivíduos, sendo de 231,1 mil indivíduos em 1990. Por sua vez, em 1985, a população empregada era de 4,2697 milhões, passando para 4,7175 milhões em 1990 – cfr. PAULO RAMOS DE FARIA, ob. cit., pág. 227.

<sup>125</sup> A qual foi transposta para o nosso ordenamento jurídico pela lei n.º 99/2003, de 17 de Agosto, a mesma que aprovou, à data, o CT2003. A Lei 7/2009, de 12 de Fevereiro, que aprovou o CT, repete a transposição.

<sup>126</sup> Cfr. SUSANA MACHADO, *Contrato de Trabalho a Termo – A Transposição da Directiva 2999/70/CE para o Ordenamento Jurídico Português: (In)compatibilidades*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pág. 282.

perante uma alegada situação de discriminação indireta<sup>127</sup>, pois uma vez que ao abrigo da nossa lei, a idade normal de forma é aos 65 anos<sup>128</sup>, esta regra vem colocar em especial desvantagem trabalhadores daquela faixa etária<sup>129</sup>.

Já no n.º 3 do art. 348.º do CT, a aposição automática do termo não depende do pedido de reforma do trabalhador e do conhecimento da situação de reforma por parte do empregador, mas sim de um único pressuposto: o trabalhador ter atingido setenta anos de idade<sup>130</sup>.

Para JOANA ALMEIDA, “à primeira vista, o art.º 348.º, n.º 3, contém um elemento de discriminação directa, nos termos definidos no art. 2.º, n.º 2, al. a), da Directiva: aquela que se dirige a trabalhadores com idade igual e/ou superior a 70 anos, que passam a estar contratados a termo quando antes detinham o estatuto de trabalhadores por tempo indeterminado”<sup>131</sup>.

Por outro lado, levanta-se a seguinte questão: será esta disposição aplicável à contratação *ab initio* de um trabalhador reformado ou com mais de 70 anos de idade?

Como observa JÚLIO GOMES, “uma solução segundo a qual toda e qualquer pessoa com 70 anos ou mais só poderia ser contratada a termo não deixaria de se expor à acusação de consubstanciar uma discriminação em razão da idade”<sup>132</sup>. Para o autor, tal entendimento não encontra suporte no teor literal da norma. Também para JOÃO LEAL AMADO “nem a letra nem a ratio do preceito legal permitem aplicar a respectiva estatuição à contratação *ab initio* de um trabalhador reformado ou com mais de 70 anos”<sup>133</sup>. Por outro lado, se entendermos que o n.º 3 do art. 348.º não se aplica aos contratos celebrados *ab initio* com trabalhadores reformados ou que tenham atingido 70 anos de idade, emerge outro tipo de situação: um trabalhador que se reforme ao serviço do empregador tem necessariamente uma relação jurídica a termo enquanto outro que se tenha reformado ao serviço de entidade distinta poderia ser contratado por tempo indeterminado<sup>134</sup>. Esta interpretação não é, contudo, pacífica.

---

<sup>127</sup> *Vd.* art. 2.º, n.º 2, al. b) da Directiva.

<sup>128</sup> *Vd.* art. 20.º do DL n.º 187/2007, de 10 de Maio.

<sup>129</sup> Neste sentido, JOANA ALMEIDA, *ob. cit.*, pág. 120.

<sup>130</sup> No direito privado, diferentemente do funcionalismo público, não há um limite de idade, a partir do qual não se possa continuar a prestar a atividade. Enquanto as partes desejarem a prossecução da relação laboral esta manter-se-á – *cfr.* ROMANO MARTINEZ, *ob. cit.*, págs. 1008 e 1009.

<sup>131</sup> *Cfr.* JOANA ALMEIDA, *ob. cit.*, pág. 120 e, no mesmo sentido, PAULO RAMOS DE FARIA, *ob. cit.*, pág. 228.

<sup>132</sup> *Cfr.* JÚLIO GOMES, *ob. cit.*, pág. 932. No mesmo sentido, JOÃO LEAL AMADO, *ob. cit.*, pág. 362.

<sup>133</sup> *Cfr.* JOÃO LEAL AMADO, *ob. cit.*, pág. 362.

<sup>134</sup> Neste sentido, ROMANO MARTINEZ, *ob. cit.*, pág. 1010.

Porém, e como ressalva JÚLIO GOMES, “irá sempre subsistir a desigualdade de poderem coexistir, na mesma empresa, trabalhadores que por terem atingido os 70 anos ao serviço desta ficam contratados a termo por força da lei e trabalhadores que porque já tinham, por hipótese, 70 anos quando foram contratados poderão sê-lo por tempo indeterminado”<sup>135</sup>.

Como já se referiu, a Diretiva admite a existência de diferenças de tratamento com base na idade não discriminatórias – art. 6.º – desde que os fins prosseguidos e a desigualdade empregue como meio satisfaçam os requisitos que a própria elenca, ou seja, as diferenças de tratamento têm de ser justificadas por um objetivo legítimo e este tem que ser apropriado e necessário.

Porque se diz do art. 348.º, ou das normas que o antecederam, que ele constitui uma medida de política de emprego, a sua conformidade com a Diretiva assenta no art. 6.º, n.º 1, da mesma<sup>136</sup>. Como refere JOANA ALMEIDA e resulta do Ac. *Palacios*<sup>137</sup>, “o facto de o art. 348.º não identificar o objectivo de mercado que tem em vista é irrelevante”, exigindo-se “que outros elementos, extraídos do contexto geral da medida em causa, permitam a identificação do objectivo que lhe está subjacente”.

Porém, como sublinha PAULO RAMOS DE FARIA, “para além de não ser necessário que o legislador nacional sinalize expressamente esse objectivo, também não é suficiente que o faça”, uma vez que os meios empregues para a prossecução desse objetivo terão de ser proporcionais, ou seja, apropriados e necessários.

Quanto à questão de aferir se os meios empregues são proporcionais, vejamos: por um lado, o art. 6.º, n.º 1, al. a), da Diretiva parece admitir o estabelecimento de condições especiais para os trabalhadores mais velhos com vista a “favorecer a sua inserção profissional ou garantir a sua protecção”. Mas como refere, e bem, JOANA ALMEIDA, “os trabalhadores afectados pelo art. 348.º não são nem os que necessitavam de assistência, nem os que estão a ser assistidos: eles encontravam-se empregados, aliás, por tempo indeterminado, e é em resultado da norma que passam a ser trabalhadores a termo” e que “o

---

<sup>135</sup> Cfr. JÚLIO GOMES, ob. cit., pág. 933.

<sup>136</sup> Neste sentido, JOANA ALMEIDA, ob. cit., pág. 121 e PAULO RAMOS DE FARIA, ob. cit., págs. 230 e 231.

<sup>137</sup> Onde se entendeu que “a simples circunstância de a disposição nacional em causa não fazer formalmente referência a um objectivo desta natureza não exclui automaticamente que possa ser justificada nos termos do artigo 6.º, n.º 1, da mesma directiva, desde que outros elementos, extraídos do contexto geral da medida em causa, permitam a identificação do objectivo que lhe está subjacente, para efeitos do exercício da fiscalização jurisdicional quanto à sua justificação objectiva”. Cfr. JOANA ALMEIDA, ob. cit., pág. 137. No mesmo sentido Ac. *Age Concern England*, de 12 de Janeiro de 2010, proc. C-388/07, e Ac. *Petersen*, cit.

art. 140.º, n.º 4, al. b), mostra que a lei portuguesa já assiste aos trabalhadores mais jovens permitindo que eles sejam contratados através de contratos a termo. O que o artigo 348.º faz é acentuar essa empregabilidade à custa dos trabalhadores mais velhos, cuja estabilidade de emprego é sacrificada”<sup>138</sup>. Por outro lado, a relação entre uma e outra ainda está por estabelecer, existindo dúvidas sobre se o trabalho a termo favorece a criação de emprego, pois que nada no art. 348.º obriga à contratação, pelo empregador, de um trabalhador jovem para substituir o reformado ou aquele com 70 ou mais anos de idade.

Em *Palacios*, entendeu-se que “*não é desrazoável as autoridades de um Estado-Membro considerarem que uma medida como a que está em causa no processo principal possa ser apropriada e necessária para atingir o objectivo legítimo invocado no âmbito da política nacional de emprego, e que consiste em promover o pleno emprego ao favorecer o acesso ao mercado de trabalho*” e que “*a referida medida não pode ser considerada excessivamente prejudicial para as pretensões legítimas dos trabalhadores obrigados a reformar-se por terem atingido o limite de idade previsto, uma vez que a legislação relevante não se baseia apenas numa determinada idade, tendo também em consideração a circunstância de os interessados beneficiarem, no fim da sua carreira profissional, de uma compensação financeira através da concessão de uma pensão de reforma, como a prevista no regime nacional em causa no processo principal, cujo nível não se pode considerar desrazoável*”.

Existem, pois, dois planos de análise cuja diferenciação importa manter presente e cuja autonomização se encontra no art. 348.º do CT. Posto isto, há que analisar autonomamente a compatibilidade do art. 348.º, n.º 1, do CT e a do art. 348.º, n.º 3, com o Direito Comunitário, pois cada um levanta problemas diferentes.

Atentas as considerações tecidas, parece-nos que o n.º 1 do art. 348.º do CT não consubstancia uma violação às exceções previstas no art. 6.º, n.º 1, da Diretiva, pois “*pode dar-se o caso de o art. 348.º assistir trabalhadores em situação de reforma que permanecem ao serviço*”, já que, se o art. 348.º não operasse, o contrato de trabalho caducaria nos termos do art. 343.º, al. c), do CT<sup>139</sup>.

Porém, não podemos deixar de manifestar a nossa discordância com a compatibilidade do art. 348.º, n.º 3, do CT com o art. 6.º, n.º 1, da Diretiva uma vez que a disposição aqui em causa não os assiste de forma alguma, dado que, sem ela, o empregador não teria fundamento

---

<sup>138</sup> Cfr. JOANA ALMEIDA, ob. cit., pág. 141.

<sup>139</sup> Cfr. JOANA ALMEIDA, ob. cit., pág. 142.

para fazer cessar o contrato – porque os trabalhadores não se reformaram, a al. c) do art. 343.º não se lhes aplica<sup>140</sup>. É esta a posição de JOANA ALMEIDA e de PAULO RAMOS FARIA. Para este autor, *“sacrificar o vínculo laboral dos trabalhadores de uma certa idade aos desígnios da política de emprego é arbitrário e injustificado, se não se garantir, desde logo, que os meios de subsistência que pretendiam auferir mediante a prestação do trabalho (ou equivalentes) podem ser obtidos através da pensão de reforma por velhice”*<sup>141</sup>. O autor defende ainda que para que a norma prevista no n.º 3 do art. 348.º seja tida por conforme à Diretiva deverá ser interpretada restritivamente – apenas é aplicável quando o trabalhador reúna as condições para obter a reforma –, e extensivamente – aplica-se aos contratos celebrados depois de o trabalhador, com direito à reforma, atingir os 70 anos.

Por sua vez, para BERNARDO LOBO XAVIER, *“será de rejeitar esse carácter discriminatório, porque o regime está principalmente ligado à situação de reforma e não à idade e envolve também oportunidade de emprego para os reformados por velhice”* e que *“a lei pretendeu evitar que os trabalhadores de idade muito avançada que não se queiram reformar continuem a beneficiar das garantias de estabilidade geralmente asseguradas, bem como às vantagens de renovação do mercado de trabalho, admitindo não só o emprego dos trabalhadores mais velhos, como que o facilitando, pela flexibilização que é dada ao emprego nestes casos pela simplificação do contrato a termo”*<sup>142</sup>.

## CONCLUSÃO

Os princípios da igualdade de tratamento e da não discriminação estão no centro do modelo social europeu. Representam a pedra de toque dos direitos e valores fundamentais subjacentes à UE de hoje.

Tudo aquilo que foi concretizado na área da igualdade de tratamento e da não discriminação é motivo de orgulho – o princípio da não discriminação em razão da idade elevou-se mesmo a princípio fundamental do ordenamento jurídico comunitário.

Muito foi conseguido no curto espaço de tempo desde que os Estados-Membros chegaram a um consenso quanto à necessidade de uma ação concertada no plano europeu para

---

<sup>140</sup> Cfr. JOANA ALMEIDA, ob. cit., pág. 142.

<sup>141</sup> Cfr. PAULO RAMOS FARIA, ob. cit., pág. 232.

<sup>142</sup> Cfr. BERNARDO LOBO XAVIER, *Manual de Direito...*, cit. pág. 695.

combater a discriminação em razão da raça ou da origem étnica, da religião ou crença, da idade, da deficiência e da orientação sexual. As ações neste domínio tiveram por base a experiência considerável adquirida pela UE na abordagem da discriminação em razão do sexo. A legislação europeia veio reforçar significativamente o nível de proteção contra a discriminação em toda a UE.

Não obstante, serão necessários esforços acrescidos para garantir que o princípio da não discriminação é aplicado com eficácia em toda a UE. A discriminação continua a ser uma realidade quotidiana para milhões de cidadãos que vivem e trabalham na UE.

É inegável que as práticas discriminatórias em razão da idade são muito difíceis de combater, sobretudo numa sociedade como a portuguesa – uma sociedade cada vez mais idosa, mas talvez por isso mesmo, usando as palavras de JOÃO LEAL AMADO “*crescentemente marcada pelo fascínio da eterna juventude, em que predomina uma certa “adolescência” e em que as ideias estereotipadas e os preconceitos em relação aos menos jovens assentaram arraiais*”<sup>143</sup>.

Acreditamos que a desigualdade fundada na idade não configura tanto uma violação do princípio da igualdade, prendendo-se, antes, com uma questão de mercado de trabalho. Na verdade, ao invés do que sucede com outros fatores de discriminação abordados, somos a admitir que a idade é considerada uma ferramenta de política de emprego.

A Diretiva adota fórmulas muito vagas no que respeita às possíveis justificações para as discriminações – faltando, efetivamente, noções pré-estabelecidas e bem delimitadas dos motivos suscetíveis de justificar uma discriminação –, e, não obstante a atitude proactiva do TJUE em interpretar os conceitos indeterminados que abordamos continua a ser conferida aos Estados-Membros uma vasta discricionariedade.

Desta forma, entendemos que o apuramento das práticas discriminatórias deve realizar-se casuisticamente, segundo juízos de razoabilidade, atendendo à finalidade e aos motivos que determinaram a atuação do empregador e segundo critérios de adequação e proporcionalidade, acrescentando que o princípio da igualdade, na proscricção de comportamentos discriminatórios, deve variar de intensidade consoante o grau de desequilíbrio negocial entre as partes envolvidas: há-de ser-se particularmente exigente quanto à atuação de grandes empresas e menos exigente em relação a microempresas ou, por hipótese, numa relação de trabalho doméstico.

---

<sup>143</sup> Cfr. JOÃO LEAL AMADO, ob. cit., pág. 171.

Relativamente ao art. 348.º do CT, defendemos que o n.º 3 desta norma consubstancia uma verdadeira discriminação em função da idade. Assim, esperamos que seja alcançada, brevemente, uma nova solução legal.

Cumpra apenas referir que não há ainda decisões das instâncias superiores, no nosso ordenamento jurídico, no que a esta matéria concerne. Esperamos que o TJUE continue a desempenhar a sua admirável função, na ajuda da interpretação dos conceitos analisados, para uma melhor aplicação da lei às situações práticas com que nos deparamos no dia-a-dia.

## BIBLIOGRAFIA

AA. VV. MARTINEZ, PEDRO ROMANO; MONTEIRO, LUÍS MIGUEL; VASCONCELOS, JOANA; BRITO, PEDRO MADEIRA DE; DRAY, GUILHERME; SILVA, LUÍS GONÇALVES DA, *Código do Trabalho Anotado*, 8ª Edição, Almedina, Coimbra, 2009.

ALMEIDA, JOANA – *Do artigo 348.º do Código do Trabalho à luz do Direito Comunitário*, Revista de Direito e de Estudos Sociais, 2009, n.ºs 34, págs. 117-155.

AMADO, JOÃO LEAL – *Contrato de Trabalho*, 3ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2011.

CARVALHO, CATARINA DE OLIVEIRA – *Da Dimensão da Empresa no Direito do Trabalho – Consequências Práticas da Dimensão da Empresa na Configuração das Relações Laborais Individuais e Colectivas*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011.

DRAY, GUILHERME MACHADO – *O Princípio da Igualdade no Direito do Trabalho. Sua Aplicabilidade no Domínio Específico da Formação de Contratos Individuais de Trabalho*, Almedina, Coimbra, 1999.

FARIA, PAULO RAMOS DE – *Velhos São os Trapos: Discorrendo por Analogia sobre o Acórdão Palacios de La Vila*, Questões Laborais, Ano XVI, n.º 34, págs. 225 - 236.

FERNANDES, ANTÓNIO MONTEIRO – *Observações sobre o “Princípio da Igualdade de Tratamento” no Direito do Trabalho*, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor A. Ferrer Correia, Vol. III, Boletim da Faculdade de Direito, Univ. de Coimbra, 1990, págs. 1009 - 1036.

FERNANDES, ANTÓNIO MONTEIRO – *Direito do Trabalho*, 15ª Edição, Almedina, 2010

GOMES, JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES – *Direito do Trabalho, Volume I, Relações Individuais de Trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.

GORJÃO-HENRIQUES, MIGUEL – *Direito Comunitário*, 5ª Edição, Almedina, Coimbra, 2008.

HEPPLE, BOB – *Age Discrimination in Employment: Implementing the Framework Directive 2000/78/EC*”, in *Age as an Equality Issue, Legal and Policy Perspectives*, Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2003, págs. 71 – 96.

LEITÃO, LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES – *Direito do Trabalho*, 2.<sup>a</sup> Edição, Almedina, Coimbra, 2010.

LEITÃO, LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES – *Formas de Cessação do Contrato de trabalho e procedimentos*, Temas Laborais. Estudos e Pareceres, Almedina, Coimbra, 2006.

MACHADO, SUSANA – *Contrato de Trabalho a Termo - A Transposição da Directiva 1999/70/CE para o Ordenamento Jurídico Português: (In)compatibilidades*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.

MARQUES, SÍBILA – *Discriminação da Terceira Idade*, Fundação Francisco Manuel dos Santos, Relógio D'Água, Lisboa, 2011.

MARTINEZ, PEDRO ROMANO – *Direito do Trabalho*, 5.<sup>a</sup> Edição, Almedina, Coimbra, 2010.

MARTINS, PEDRO FURTADO – *Cessação do Contrato de Trabalho*, 2.<sup>a</sup> Edição, Principia, Cascais, 2002.

MOREIRA, TERESA COELHO – *A Discriminação em Razão da Idade no Contexto de uma População Envelhecida na UE*”, Minerva, Revista de Estudos Laborais, Ano VIII – I da 3.<sup>a</sup> série – n.º 1 e 2, 2012, págs. 65 a 124.

PAIS, SOFIA OLIVEIRA – *A Proteção dos Direitos Fundamentais na União Europeia*, Estudos de Direito da União Europeia, Almedina, Coimbra, 2012.

PAIS, SOFIA OLIVEIRA – *Algumas Reflexões sobre o Princípio da Interpretação Conforme no Contexto da “Transposição Judicial” das Diretivas*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Ano VII – 2010 (Especial), págs. 189 a 517.

QUADROS, FAUSTO DE, *Direito da União Europeia*, Almedina, Coimbra, 2009.

RAMALHO, MARIA DO ROSÁRIO PALMA – *Direito do trabalho, Parte I, Dogmática Geral*, 2.<sup>a</sup> edição, Almedina, Coimbra, 2009.

RAMALHO, MARIA DO ROSÁRIO PALMA – *Direito do Trabalho, Parte II, Situações Laborais Individuais*, 3.<sup>a</sup> Edição, Almedina, Coimbra, 2010.

TOVAR, JOAQUÍN APARICIO / GASCÓN, ANA MARTA OLMO – *La Edad como Factor de Tratamientos Desiguales en el Trabajo*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2007.

WEBER, CLAUS – “*Das Verbot Altersbedingter Diskriminierung nach der Richtlinie 2000/78/EG – eine neue arbeitsrechtliche dimension*”, Arbeit und Recht, 2002, págs. 401-404.

XAVIER, BERNARDO DA GAMA LOBO – *Curso de Direito do Trabalho*, Verbo, Lisboa, 1993.

XAVIER, BERNARDO DA GAMA LOBO – *Manual de Direito do Trabalho*, Verbo, Lisboa, 2011.