

PARECER N.º 14/CITE/98

Assunto: Violação da Constituição e das leis que protegem a maternidade e paternidade e que garantem a igualdade no trabalho e no emprego, por parte da administração da ...

I – OBJECTO

1. - A Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego recebeu, no dia 13 de Abril de 1998, um fax do CESP – Sindicato dos Trabalhadores do Comércio, Escritórios e Serviços de Portugal, com cópia do “Comunicado à imprensa”, emitido pela Comissão Directiva Nacional do CESP e posteriormente publicado em alguns jornais, mencionando a violação da Constituição e das leis que protegem a maternidade e a paternidade e que garantem a igualdade no trabalho e no emprego, por parte da administração da ...

1.1. – A CITE, em 15 de Abril de 1998, solicitou ao CESP esclarecimentos sobre o referido “Comunicado”.

1.2. – O Sindicato respondeu por fax, em 22 de Abril de 1998, no qual depois de uma breve introdução acerca do que é a ..., como se implantou em Portugal e como funciona, refere que, nos supermercados ..., «às trabalhadoras no acto de admissão, lhes é fornecido um questionário para preenchimento, que viola direitos fundamentais e pessoais; - que pergunta, entre outras (coisas) se é casada, caso não, se pensa casar, se pensa engravidar durante o próximo ano, ... etc., sendo a admissão feita em função deste questionário, cuja cópia não lhes é facultada».

1.3. – Em 22 de Maio de 1998, a CITE solicitou ao Presidente do Conselho de Administração do ICEP – Investimentos, Comércio e Turismo de Portugal, informação sobre quais os super ou hipermercados instalados em Portugal que beneficiaram de incentivos ao investimento estrangeiro, em que condições lhes foram concedidos os referidos incentivos e quais os montantes envolvidos relativamente a cada empresa, susceptíveis de ser considerados como benefícios fiscais ou parafiscais, reiterando o pedido, concretamente no que se refere à ..., no dia 7 de Maio de 1998.

1.3.1 – O ICEP respondeu, no dia 8 de Maio de 1998, informando que: “...no âmbito do Regime Contratual de Investimento Estrangeiro, único regime através do qual este Instituto tem intervenção na concessão de incentivos a investimentos efectuados por empresas com capital estrangeiro em Portugal, não foram atribuídos quaisquer incentivos a Super e Hipermercados, designadamente à cadeia ...”.

O ICEP informou ainda que os referidos apoios financeiros poderiam, eventualmente, ter sido concedidos através do PROCOM, actualmente gerido pelo IAPMEI.

1.4. – Em 8 de Maio de 1998, a CITE solicitou ao Presidente do Conselho de Administração do IAPMEI – Instituto de Apoio às Pequenas e Médias Empresas informação sobre eventuais incentivos a investimentos a super e hipermercados instalados em Portugal, designadamente à ..., no seguimento da sugestão referida em 1.3.1.

1.4.1. – No dia 1 de Junho de 1998, a CITE recebeu comunicação do IAPMEI, informando que “não foi identificada qualquer candidatura ao PROCOM, promovida pela empresa ...”

1.5. – Em 29 de Abril de 1998, uma jurista da CITE e uma inspectora da IGT, no âmbito da complementaridade de actuação dos respectivos serviços, visitaram, em conjunto, a empresa ..., tendo sido recebidas por um Administrador e pelo Director de Recursos Humanos e verificado, através de documentos fornecidos pelos mesmos, a existência de um formulário denominado “Boletim de Identificação” em que os/as candidatos/as ao posto de trabalho deverão responder a perguntas como: “- Só para senhoras – Tem fundamentos para pensar que nos próximos 9 meses irá utilizar o direito de protecção à maternidade? (Sim/não) Quando?”; “- Já prestou serviço militar? (Sim/Não) Quando?”; “- Qual a sua situação militar actual?”, bem como assinar o referido boletim que, na parte final, refere: “As declarações prestadas neste boletim são da minha inteira responsabilidade e no caso de se provarem falsas ou omissas reconheço à ... o direito de rescindir ou haver como nulo o contrato que entretanto comigo celebrar.”

1.6. – A 14 de Maio de 1998, a CITE enviou à empresa ... a legislação aplicável solicitando comunicação urgente sobre quanto à Administração da empresa, à luz da mesma legislação, relativamente à matéria se oferecesse.

1.6.1. – A CITE recebeu resposta da ... no dia 8 de Junho de 1998, informando o seguinte que se transcreve:

“Sobre a matéria esta administração reafirma o que através do seu Director de Recursos Humanos foi comunicado às representantes da CITE e da IGT aquando da visita supra-referenciada.

Assim, nunca esta empresa discriminou, designadamente em função do sexo e nas áreas do trabalho e do emprego, quem quer que com ela entre ou esteja em relações.

Por outro lado, o formulário em apreciação, denominado “Boletim de Identificação”, não constituiu ou constitui meio que tenha por finalidade essa discriminação.

As enunciadas perguntas constantes do Formulário, que terão servido de motivo para a queixa do CESP, visam a recolha de elementos no âmbito de um mais vasto leque de informações, para melhor organização dos serviços ou das actividades prosseguidas pela ..., não relevando para a admissão nem tendo merecido até agora reservas, designadamente quer por parte dos candidatos a um emprego nesta empresa quer por parte dos trabalhadores ao serviço.

Esta administração aproveita a oportunidade para informar que é sua intenção alterar o formulário do "Boletim de Identificação", aquando da revisão que periodicamente faz aos seus procedimentos administrativos.

Nessa oportunidade entre outros ajustamentos serão eliminadas as referências objecto da citação na V/ comunicação, sem embargo de, como se repete, a ... considerar que não constitui matéria censurável no âmbito dos princípios constitucionalmente garantidos."

II - ENQUADRAMENTO JURÍDICO

2 - Se se provar que uma entidade recrutadora questiona as mulheres que se candidatam a determinado posto de trabalho sobre se estão grávidas ou se estão a pensar engravidar num prazo determinado, ou se tencionam exercer os direitos que a lei reconhece para protecção da maternidade, para além de outras eventuais violações de normas aplicáveis, deverá concluir-se que a referida entidade pratica discriminação directa entre homens e mulheres no acesso ao emprego, porque a questão não pode ser colocada senão às mulheres e o recrutamento para qualquer posto de trabalho tem que se fazer exclusivamente com base em critérios objectivos, não sendo permitida a formulação de exigências físicas que não tenham relação com a profissão ou com as condições do seu exercício.

2.1.- A prática de discriminação entre homens e mulheres no acesso ao emprego é proibida pela Constituição (artigos 13.º n.º 2, 18.º n.º 1, 26.º n.º 1, 58.º n.º 1 e 2-b)), pela lei nacional (artigos 1.º n.º 1, 3.º n.º 2, 4.º n.º 1 e 7.º n.º 2 do Decreto-Lei n.º 392/79, de 20 de Setembro), pelo direito comunitário (Directiva 76/207/CEE do Conselho, de 9-2-1976 - artigo 3.º n.º 1) e pelo direito internacional (Pacto Internacional relativo aos Direitos Económicos, Sociais e Culturais - artigos 2.º n.º 2, 3.º e 6.º n.º 1, Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres - artigos 1.º, 11.º n.º 1 a) b) e c) e n.º 2, Convenção n.º 111 da OIT sobre discriminação em matéria de Emprego e Profissão - artigo 1.º n.º 1-a) e 3, e artigo 2.º, Carta Social Europeia - artigo 1.º n.º 2), constituindo um direito fundamental de qualquer pessoa que se considere lesada, fazer valer judicialmente o seu direito à igualdade de tratamento (Constituição - artigos 20.º n.º 1 e 5, Lei n.º 105/97, de 13 de Setembro - artigo 4.º n.º 1, Decreto-Lei n.º 392/79, de 20 de Setembro - artigo 16.º, Directiva 76/207/CEE do Conselho, de 9-2-1976 - artigo 6.º).

Detalham-se alguns aspectos relativos às normas referidas, bem como a outros compromissos internacionais do Estado português, que não podem deixar de ser tidos em conta pela Administração quando interpreta o direito:

2.1.1. - No que se refere à Constituição e à lei nacional

O direito à igualdade (art.ºs 13.º e 51.º n.º 2 – b) implica que ninguém possa ser prejudicado no seu direito de acesso a um emprego ou nas suas condições de trabalho em razão do sexo, no caso em apreço, por ser mulher, incumbindo, para o efeito, ao Estado promover a igualdade de oportunidades na escolha da profissão ou género de trabalho e condições para que não seja vedado ou limitado, em função do sexo, o acesso a quaisquer cargos, trabalho ou categorias profissionais.

A situação em causa, a comprovar-se, porque se refere exclusivamente a mulheres, já que esta parte do questionário lhes é dirigido directamente e porque, em função do sexo, os homens não correm o risco de engravidar, viola expressamente o artigo 3.º n.º 1 do Decreto-Lei n.º 392/79, de 20 de Setembro, segundo o qual «o direito ao trabalho implica a ausência de qualquer discriminação baseada no sexo, quer directa, quer indirecta, nomeadamente pela referência ao estado civil ou à situação familiar¹» e o artigo 7.º n.º 2 do mesmo decreto-lei que refere que «o recrutamento para qualquer posto de trabalho (se) fará exclusivamente com base em critérios objectivos, não sendo permitida a formulação de exigências físicas que não tenham relação com a profissão ou com as condições do seu exercício».

O art.º 26.º n.º 1 da Constituição reconhece, no quadro dos direitos, liberdades e garantias pessoais, o direito fundamental à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação.

Nos termos do n.º 1 do art.º 18.º da Constituição os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.

¹ Sublinhados nossos.

Acresce que, "as regras específicas da igualdade e diferenciação constantes da Constituição (v.g. as do art.º 59.º n.º 1) impõe-se às relações entre particulares, nos actos e contratos que nelas directamente se subsumam"².

Com efeito e como ensina J.J. Nunes Abrantes³, "a verdadeira liberdade é, para a Constituição, a que é garantida pelos direitos fundamentais. Só estes asseguram um real poder de auto-determinação dos diversos sujeitos de direito, sem a qual, aliás, não têm qualquer efectividade nos próprios princípios de direito civil (numa perspectiva obviamente material, e já não formal). É precisamente através daqueles direitos, enquanto garantes do livre desenvolvimento da personalidade humana e da sua dignificação, que se concretiza a autêntica liberdade humana, a do homem (ser humano)⁴ inserido no corpo social.

Por isso, encontram-se eles protegidos contra quaisquer ameaças, vindas dos poderes estaduais ou dos particulares.

É obvio que no domínio privado a eficácia desses direitos deve ser harmonizada com a autonomia privada e a liberdade negocial. Há que levar em linha de conta certos princípios, como o do cumprimento pontual dos contratos, o da boa-fé, etc.

Mas tal necessidade de harmonizar e ponderar todos os princípios e interesses em jogo, corolário do reconhecimento constitucional da autonomia privada, não pode fazer esquecer a intangibilidade de certos valores, *maxime* a dignidade da pessoa humana, de que são garantes os direitos fundamentais.

É isto o que está em causa. Para a Constituição, o conteúdo essencial de qualquer direito fundamental é sempre intangível (cfr. art.º 18.º n.º 3, cujo critério é aqui igualmente aplicável).

... O referido "conteúdo essencial", que a Lei Fundamental pretende assegurado, nem sempre é acautelado pelos mecanismos específicos do direito civil (normas imperativas e/ou "cláusulas gerais" ou "conceitos indeterminados"), sendo portanto reconhecer a aplicação directa dos preceitos constitucionais.

Aplicação directa não é, todavia, aplicação automática. Não há, de facto, uma solução unitária, capaz de cobrir todas as situações diferenciadas, que, perante os casos concretos, atendam a todos os interesses e valores em causa. Para cada direito, e para cada situação, há que averiguar se, e até que ponto, os comportamentos privados devem ou não ser objecto de censura pelos preceitos constitucionais

Só que a possibilidade de cedência de qualquer direito fundamental terá sempre como limite o de que o respectivo conteúdo mínimo essencial não seja afectado. É esta a regra geral na matéria: a invalidade dos actos e negócios jurídicos que afectem aquele conteúdo.

Embora tal situação possa acontecer mais facilmente nas relações com entidades poderosas, ele pode também ocorrer nas relações entre sujeitos tendencialmente "iguais". Num caso e noutro, a regra é exactamente a mesma, a intangibilidade do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, que funciona assim como limite intransponível. Há, porém, uma distinção a fazer:

a) Quando as relações privadas se processam entre sujeitos desiguais, os direitos fundamentais são então aplicáveis nos mesmos termos em que se aplicam nas relações entre o indivíduo e os poderes estaduais: a situação é análoga, existindo uma relação de poder-sujeição, que, desde logo, pode afectar a auto-determinação da parte mais fraca.

Os chamados "poderes privados" estão pois, como regra, sujeitos à relevância dos preceitos constitucionais, só assim não acontecendo quando tal represente o prejuízo intolerável da área de liberdade que lhes é reconhecida.

b) Nas relações entre indivíduos que estão em posição (ao menos tendencial) de igualdade recíproca, a aplicação directa daqueles preceitos resumir-se-á à garantia do respectivo conteúdo mínimo essencial, podendo assim admitir-se que ela ceda perante a liberdade negocial, na medida em que tal conteúdo mínimo seja afectado.

Haverá aí que presumir a existência de condições para uma auto-determinação dos sujeitos de direito, sendo então, e em princípio, de aceitar o livre jogo da autonomia privada e da liberdade negocial. Contudo, se tal presunção for ilidida, logo a relevância dos direitos fundamentais voltará a actuar, garantindo a liberdade e a dignidade da pessoa humana.

Acrescente-se que, inclusivamente, a intangibilidade destes valores tem de ser oponível contra as próprias auto-restrições. Ou seja, ela vale, tem de valer, independentemente do próprio consentimento daqueles cuja dignidade e auto-determinação sejam feitas perigar.

O conteúdo essencial de qualquer direito fundamental não poderá nunca, sejam quais forem as circunstâncias, ser questionado.

... Os direitos fundamentais valem, pois, contra entidades dotadas de poder e, independentemente do tipo de relações em presença, assegurem *sempre* o respectivo

² Jorge Miranda, obra citada pág. 224.

³ In "A vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais", Edição da Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1990, pág. 110 e seguintes.

⁴ Substituição da nossa responsabilidade.

conteúdo mínimo, limite que vale mesmo em caso de auto-restrições. É aí que termina a possibilidade de cedência desses direitos, quando confrontados com outros valores e interesses. Os negócios jurídicos que afectem tal conteúdo essencial de um qualquer dos referidos direitos são inválidos.”

2.2.2 - No que se refere ao direito comunitário

Igualmente o Direito Comunitário, através da Directiva do Conselho 76/207/CEE, de 9 de Fevereiro de 1976, prevê “a realização nos Estados-membros do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que se refere ao acesso ao emprego, ... assim como às condições de trabalho ...”. (art.º 1.º n.º 1).

Nos termos do art.º 2.º da mesma Directiva, “o princípio da igualdade de tratamento implica a ausência de qualquer discriminação em razão do sexo, quer directa, quer indirecta, nomeadamente pela referência ao estado civil ou à situação familiar⁵ (n.º 1)”.

“Por força do art.º 3.º n.º 1, a aplicação do princípio da igualdade de tratamento implica a ausência de qualquer discriminação em razão do sexo nas condições de acesso, incluindo os critérios de selecção, a empregos ou postos de trabalho, seja qual for o sector ou o ramo de actividade e a todos os níveis da hierarquia profissional.

Uma recusa de emprego por causa da gravidez não pode ser oposta senão às mulheres e constitui desde logo uma discriminação directa fundada no sexo. Ora uma recusa de emprego devida às consequências financeiras de uma ausência por causa da gravidez deve ser olhada como fundada essencialmente no facto da gravidez e constitui uma discriminação directa. Uma tal discriminação não poderá ser justificada por motivos retirados do prejuízo financeiro sofrido pelo empregador em caso de contratação de uma mulher grávida, durante o período da sua licença de maternidade.

Se o motivo da recusa reside na circunstância de que a interessada está grávida, a decisão está directamente ligada ao sexo da candidata. Nestas circunstâncias, a ausência de candidatos masculinos não poderá ter incidência sobre (a questão de saber se há ou não discriminação).

A directiva não subordina de nenhum modo a responsabilização do autor de uma discriminação à prova de uma falta ou à ausência de qualquer causa de exoneração de responsabilidade.

Se a responsabilidade de um empregador por violação do princípio da igualdade de tratamento estivesse subordinado à prova de uma falta que lhe fosse imputável e à ausência de qualquer causa de exoneração reconhecida pelo direito nacional aplicável, o efeito útil destes princípios seria sensivelmente enfraquecido. Daí resulta que qualquer violação da interdição de discriminação é suficiente para implicar, por si só a responsabilidade integral do seu autor sem que possam ser tidas em conta as causas de exoneração previstas pelo direito nacional.”⁶

Ainda no âmbito do direito comunitário e como elemento de interpretação que se afigura interessante, a alínea a) do n.º 1 da Recomendação do Conselho de 13/12/84, relativa à promoção de acções positivas a favor das mulheres, nos termos da qual se recomenda aos Estados membros que adoptem uma política de acção positiva com o objectivo de eliminar as desigualdades de facto que afectam as mulheres na vida profissional e de promover a participação de ambos os sexos nos empregos, e que inclui medidas gerais e específicas adequadas, no âmbito das políticas e práticas nacionais e no pleno respeito das competências dos parceiros sociais, a fim de eliminar ou de compensar os efeitos prejudiciais que, para as mulheres que trabalham ou que procuram emprego, resulta de atitudes, de comportamentos ou de estruturas que se baseiam na ideia de uma repartição tradicional do papel do homem e da mulher na sociedade.

2.2.3 - No que se refere a compromissos internacionais do Estado português no quadro da ONU

O § 18 da Declaração e Programa de Acção da Conferência Mundial sobre os Direitos Humanos - Viena, Junho de 1993 refere que “Os direitos fundamentais das mulheres e das raparigas fazem parte inalienável, integral e indissociável dos direitos universais da pessoa. A participação igual e plena das mulheres na vida política, civil, económica, social e cultural, aos níveis nacional, regional e internacional, e a completa eliminação de todas as formas de discriminação fundadas no sexo são objectivos fundamentais da comunidade internacional.”

A necessidade de pôr fim à discriminação em função do sexo no acesso ao emprego é preconizada no § 39 da Declaração e Programa de Acção da Conferência Mundial sobre os Direitos Humanos - Viena, Junho de 1993; no § 56 - b) da Declaração e Programa de Acção da Cimeira Mundial de Desenvolvimento Social - Copenhaga, Março de 1995; no § 178 - b) da Declaração e Programa de Acção da Conferência Mundial sobre as Mulheres - Pequim, Setembro de 1995.

Concretamente relacionado com a matéria que deu origem ao presente Parecer,

- a) a Conferência Internacional sobre a População e o Desenvolvimento - Cairo, Setembro de 1994 (Programa de Acção - § 4.4 - f)) exortou os países a eliminar “as práticas

⁵ Sublinhados nossos.

⁶ Acórdão do Tribunal de Justiça da Comunidade de 8-11-90, Proc. C-177/88, Dekker.

discriminatórias em relação às mulheres em matéria de emprego, tais como a exigência de prova de utilização de contraceptivos e de ausência de gravidez”;

- a) pelos § 165 - c) e 178 - d) da Declaração e Programa de Acção da Conferência Mundial sobre as Mulheres - Pequim, Setembro de 1995 são exortados os governos “a eliminar práticas discriminatórias pelos empregadores e tomar medidas apropriadas tendo em vista o papel e as funções reprodutoras das mulheres, tais como, a recusa de emprego e o despedimento devido a gravidez ou aleitação, ou a exigência de prova do uso de contraceptivos, e tomar medidas eficazes para garantir que as mulheres grávidas, em licença de maternidade ou que reingressam no mercado laboral, depois de terem os filhos, não sejam discriminadas” e são também exortados os governos, os empregadores, os empregados, os sindicatos e as organizações de mulheres, a “eliminar as práticas discriminatórias utilizadas pelos empregadores baseadas nas funções reprodutivas da mulher, incluindo a denegação de emprego e o despedimento de mulheres devido à gravidez ou à amamentação.”

2.3. - Relativamente à capacidade para os particulares fazerem valer os seus direitos

A Lei n.º 105/97, de 13 de Setembro, aplica-se a todas as entidades públicas ou privadas e visa garantir a efectivação do direito dos indivíduos de ambos os sexos à igualdade de tratamento no trabalho e no emprego (art.º 1.º). Nos termos do seu art.º 6.º, todas as entidades públicas ou privadas deverão manter durante cinco anos registos de todos os recrutamentos feitos, donde constem, por sexos, nomeadamente, anúncios publicados de ofertas de emprego (alínea b), resultados dos testes ou provas de admissão ou selecção, sob pena de incorrerem em contra-ordenação (art.º 10.º).

Qualquer prática discriminatória constitui contra-ordenação (art.º 8.º), cabendo à Inspeção-Geral do Trabalho o levantamento do competente auto de notícia (art.º 12.º n.º 1). Sublinha-se, para os devidos efeitos, que o art.º 5.º da mesma lei inverteu o ónus da prova, o que, no caso concreto é significativo, tendo em conta que o sindicato formalizou a queixa à CITE.

Para além de outras sanções, designadamente multa, nos termos do n.º 2 do artigo 17.º do Decreto-Lei n.º 392/79, de 20 de Setembro, qualquer prática discriminatória entre homens e mulheres no acesso ao emprego, constitui contra-ordenação e é passível de coima graduada entre 5 e 10 vezes a remuneração mensal mínima garantida mais elevada, a aplicar pela Inspeção-Geral do Trabalho (artigos 8.º n.º 1 e 12.º n.º 1 da Lei n.º 105/97, de 13 de Setembro).

Com efeito, “o acesso à justiça é também reconhecido como direito fundamental na legislação comunitária”⁷, em conformidade com o artigo 6.º da Directiva 76/207/CEE, de 9 de Fevereiro de 1976, e “as autoridades competentes devem fazer tudo o que estiver ao seu alcance para garantir o respeito do princípio da igualdade de tratamento”⁸.

Após a revisão constitucional de 1997, o n.º 1 do artigo 26.º da Constituição reconhece o direito de todos à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação.

O art.º 22.º da Constituição dispõe no sentido de que o Estado e as demais entidades públicas são civilmente responsáveis, em forma solidária com os titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, por acções ou omissões praticadas no exercício das suas funções e por causa desse exercício, de que resulte violação dos direitos, liberdades e garantias ou prejuízo para outrem.

Também segundo a jurisprudência comunitária, o art.º 6.º da Directiva implica que a sanção em caso de violação de interdição de discriminação assegure uma protecção jurisdicional efectiva e eficaz (Acórdão de 10/4/84, Von Colson e Kamann 14/83, Rec. P. 1891, ponto 23.) devendo ter face ao empregador um efeito dissuasor real, e, em qualquer caso, ser adequada ao prejuízo sofrido⁹.

Com efeito e nos termos do ponto 26 do citado Acórdão Von Colson, “dada a obrigação dos Estados-membros da Comunidade Europeia relativamente às directivas de atingir os resultados previstos nestas, bem como o seu dever, por força do art.º 5.º do Tratado, de tomar todas as medidas gerais ou particulares próprias a assegurar a execução desta obrigação, se impõe a todas as autoridades dos Estados-membros incluindo, no quadro das suas competências, as jurisdicionais, segue-se que, aplicando o direito nacional, a jurisdição (leia-se órgão de interpretação e aplicação) nacional está vinculada a interpretar o seu direito nacional à luz do texto e da finalidade da Directiva, para atingir o resultado previsto no art.º 189.º § 3.”

Acresce que, nos termos do citado Acórdão Von Colson “pertence à jurisdição (leia-se instância de interpretação ou de aplicação) nacional de atribuir à lei de aplicação da directiva, na medida em

⁷ Processos 222/86 UNECTPF contra Heylens (1987), Colectânea de Jurisprudência 4097, e 222/84 Johnston contra Royal Ulster Constabulary (1986), Colectânea de Jurisprudência 1651, citados no Relatório da Comissão Europeia “Igualdade de oportunidades entre mulheres e homens na União Europeia - 1996”, págs. 100 e 105.

⁸ Processo C-200/91 Coloroll pensions Trustees Ltd contra Russel et al. (1994) Colectânea de Jurisprudência I-4389, idem.

⁹ idem, ponto 23.

que lhe seja concedida margem de aplicação pelo direito nacional, uma interpretação e uma aplicação conformes às exigências do direito comunitário.

“O Tribunal (de Justiça da Comunidade) estabeleceu que sempre que um Estado membro optasse por penalizar uma situação de incumprimento da proibição de discriminação por via de processo compensatório, deveria ser este adequado ao dano causado.”¹⁰

Segundo Jorge Miranda, importa, com efeito, não só proibir a discriminação, mas proteger contra ela¹¹.

2.4. - Afigura-se porém que outras normas são violadas pelo comportamento referido em 2.

Assim,

2.4.1 - Nos termos do art.º 26.º n.º 1 da Constituição, a todos é reconhecido o direito à reserva da intimidade da sua vida privada e familiar, que consiste no poder constitucionalmente garantido, que qualquer cidadão ou cidadã tem de recusar, sem que por isso possa ser prejudicado, todas as formas de intromissão na intimidade da sua vida privada e familiar, sem fundamento legal, como é o caso do questionário supracitado.

Também a Convenção de Salvaguarda dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais garante no seu art.º 8.º que qualquer pessoa tem direito ao respeito pela sua vida privada e familiar. Da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos sobre a matéria, ressalta:

- que não há que ter em conta apenas a abstenção de ingerências no direito ao respeito pela vida familiar; a esta obrigação sobretudo negativa podem juntar-se obrigações positivas inerentes a um “respeito” efectivo da vida familiar¹²;
- que o direito ao respeito pela vida privada compreende não apenas o direito de viver, tanto quanto se pretenda, ao abrigo de olhares estranhos, mas igualmente, em certa medida, o direito de estabelecer e de manter relações com outros seres humanos, nomeadamente no domínio afectivo, para o desenvolvimento e satisfação da sua própria personalidade.¹³ A vida sexual de uma pessoa integra-se sem qualquer dúvida no domínio da vida privada de que constitui um aspecto importante¹⁴;
- que o art.º 8.º respeita não a vida familiar de direito, mas a vida familiar de facto¹⁵.

Igualmente o Pacto Internacional relativo aos Direitos Civis e Políticos prevê no seu art.º 17.º n.º 1 que ninguém será objecto de intromissões arbitrárias ou ilegais na sua vida privada, na sua família, e no n.º 2 que qualquer pessoa tem direito à protecção da lei contra tais intromissões.

2.4.2. - Nos termos do n.º 2 do art.º 68.º da Constituição, a paternidade e a maternidade constituem valores sociais eminentes, e nos termos do n.º 1 da mesma disposição, “os pais e as mães têm direito à protecção da sociedade e do Estado na realização da sua insubstituível acção em relação aos filhos, nomeadamente quanto à sua educação com garantia da realização profissional e de participação na vida cívica do país”¹⁶.

Segundo Jorge Miranda¹⁷, trata-se aqui de uma condição constitucionalmente estabelecida, de efectivação do livre acesso à profissão e da liberdade de trabalho e de profissão igual para todos.

2.4.3. - Importa ainda ter em conta que, segundo o art.º 25.º n.º 2 da Constituição, ninguém pode ser submetido a tratos desumanos ou degradantes.

Também a Convenção de Salvaguarda dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais dispõe no seu art.º 3.º que ninguém pode ser submetido a tratos desumanos ou degradantes.

“O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos precisou os dois conceitos. No Acórdão Tyrer (25-4-78, Série A, vol. 26) definiu o trato desumano como o que provoca voluntariamente sofrimentos mentais ou físicos de uma intensidade particular, e o trato degradante é o que humilha o indivíduo grosseiramente diante de outrem ou que o leva a agir contra a sua vontade ou a sua consciência.”¹⁸

¹⁰ Processo 14/83 Von Colson e Kamann contra Land Nordrrhein-Westfalen (1984), Colectânea de Jurisprudência 1891, idem, pág. 108.

¹¹ obra citada pág. 214.

¹² Processo Marckx c/ Bélgica, citado em “Dossiers sur les Droits de l’Homme n.º 7 - Le droit au respect de la vie privée et familiale tel que le garantit l’article 8 de la Convention Européenne des Droits de l’Homme”, 1985, pág. 6.

¹³ Processos n.º 8962/80, X c/ Islândia, vol. 5, D e R p. 86, e n.º 8962/80, X e Y c/ Bélgica, vol. 28 D e R p. 112, idem, pág. 8.

¹⁴ Processo n.º 5935/72, X c/ República Federal da Alemanha, vol. 3, D e R p. 46, idem, pág. 8.

¹⁵ Processo n.º 5302/71, X c/ Reino Unido, vol. 44, D e R p. 29, idem, pág. 11.

¹⁶ Sublinhados nossos.

¹⁷ Obra citada, pág. 437.

¹⁸ Frédéric Sudre “Droit international et européen des droits de l’homme”, PUF, 1989, pág. 139.

O questionário que vem sendo referido é susceptível de provocar humilhação na candidata a emprego perante uma entidade estranha e levá-la a agir contra a sua vontade, para procurar garantir a sua sobrevivência através do emprego.

2.5. - Acresce que a comprovar-se a prática do questionário, importa ter presente também o artigo 227.º n.º 1 do Código Civil, segundo o qual “quem negoceia com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte”.

Por consequência, as mulheres que se considerem prejudicadas nas suas legítimas expectativas de aceder a um posto de trabalho ou, se responderam ao questionário e foram admitidas, nas suas condições de trabalho (horários, local de trabalho, prémios, promoções, etc.) por motivo da sua recusa em responder àquelas perguntas do questionário ou pelo facto de as ter respondido, podem responsabilizar civilmente a empresa.

Embora, a entidade patronal não possa fazer legalmente uso das respostas dadas pelas trabalhadoras no questionário, elas podem constituir uma intolerável pressão sobre a sua vida, constituindo inevitavelmente uma degradação das suas boas condições de trabalho, a que o empregador se encontra obrigado a proporcionar-lhes, nos termos do artigo 19.º c) da LCT.

2.6. - Por outro lado, relativamente às questões relacionadas com a situação militar dos/as candidatas/as, e para além de outras eventuais ilegalidades, estar-se-á perante uma nova discriminação em função do sexo, agora indirecta e relativamente aos homens, pelo facto de serem estes que maioritariamente cumprem o serviço militar, em violação do artigo 3.º n.º 1 do Decreto-Lei n.º 392/79, supramencionado.

Com efeito, “existe discriminação indirecta sempre que uma medida, um critério ou uma prática aparentemente neutra prejudiquem de modo desproporcionado os indivíduos de um dos sexos, nomeadamente por referência ao estado civil ou familiar, não sendo justificados objectivamente por qualquer razão ou condição necessária não relacionada com o sexo” conforme estabelece o art.º 2.º da Lei n.º 105/97, de 13 de Setembro.

III – CONCLUSÕES

3. - Perante o exposto a CITE é de parecer que as perguntas constantes do formulário denominado “Boletim de Identificação” que os/as candidatas/as devem preencher e assinar, a saber: “- Só para senhoras – Tem fundamentos para pensar que nos próximos 9 meses irá utilizar o direito de protecção à maternidade? (Sim/não) Quando?”; “- Já prestou serviço militar? (Sim/Não) Quando?”; “- Qual a sua situação militar actual?”, e a parte final que refere: “As declarações prestadas neste boletim são da minha inteira responsabilidade e no caso de se provarem falsas ou omissas reconheço à ... o direito de rescindir ou haver como nulo o contrato que entretanto comigo celebrar.”, constituem discriminação violando assim, a empresa, o disposto nos artigos 13.º n.º 2, 18.º n.º 1, 26.º n.º 1 e 58.º n.º 1 e n.º 2 b) da Constituição da República Portuguesa, bem como o artigo 3.º n.º 1 do Decreto-Lei n.º 392/79, de 20 de Setembro.

4. – Assim, considera:

4.1. - Recomendar à empresa ... que, não “...aquando da revisão que periodicamente faz aos seus procedimentos administrativos”, nem “Nessa oportunidade ...” mas, desde já, retire do formulário denominado “Boletim de Identificação”, as perguntas discriminatórias mencionadas no ponto 1.5. e no ponto 3., enviando à CITE cópia do mesmo depois de reformulado e acompanhado de declaração da empresa de que é este o que se encontra a ser aplicado.

4.2. – Enviar o presente parecer à Inspecção-Geral do Trabalho.

APROVADO POR MAIORIA DOS MEMBROS PRESENTES NA REUNIÃO DA CITE, EM 13-7-1998