XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

DIREITO DO TRABALHO E MEIO AMBIENTE DO TRABALHO I

ZULMAR ANTONIO FACHIN

JOSÉ CLAUDIO MONTEIRO DE BRITO FILHO

JERÔNIMO SIQUEIRA TYBUSCH

Copyright © 2022 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

D597

Direito do trabalho e meio ambiente do trabalho I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Jerônimo Siqueira Tybusch; José Claudio Monteiro de Brito Filho; Zulmar Antonio Fachin.

– Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-650-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito do trabalho. 3. Meio ambiente do trabalho. XXIX Congresso Nacional do CONPEDI Balneário Camboriu - SC (3: 2022: Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

DIREITO DO TRABALHO E MEIO AMBIENTE DO TRABALHO I

Apresentação

DIREITO DO TRABALHO E MEIO AMBIENTE DO TRABALHO 1

APRESENTAÇÃO

Discutir Direito do Trabalho e Meio ambiente do Trabalho em um mundo em transformação é sempre algo instigante.

Com a economia, no mundo e no Brasil, sempre em processo de mudança, não somente pelas exigências crescentes de competitividade, mas, também, pelas mudanças tecnológicas que ocorrem em ritmo acelerado, as relações entre os que se utilizam de sua força de trabalho como forma de garantir sua subsistência e os que se servem do labor em seus processos produtivos são cada vez mais dinâmicas, especialmente porque, no mundo contemporâneo, diversas exigências têm sido agregadas, podendo ser citadas, dentre elas, a necessidade de o trabalho ser prestado em um ambiente equilibrado e saudável, assim como com respeito ao fato de que uma relação harmônica é não só uma exigência moral e legal, mas, também, a garantia de maior produtividade.

Em sintonia com esse cenário complexo, o GT de Direito do Trabalho e Meio Ambiente do Trabalho 1 foi palco de apresentações que trataram da temática de forma variada.

Foram, ao todo, nove textos apresentados, por dez autores, a saber, na seguinte ordem: 1) O ACESSO À EDUCAÇÃO DIGITAL PARA A EFETIVAÇÃO DO TRABALHO DECENTE NA SOCIEDADE 4.0, apresentado por José Claudio Monteiro de Brito Filho e por Juliana Marques dos Santos Costa; 2) A AMPLITUDE DA REFORMA TRABALHISTA: A TENTATIVA DE IMPLEMENTAÇÃO DE UM NOVO PARADIGMA JUSLABORAL, de Francisco Meton Marques De Lima e Zoraíma Meneses Brandão, e apresentado pela última; 3) COMPLIANCE TRABALHISTA E RESPONSABILIDADE SOCIAL E EMPRESARIAL: UMA REFLEXÃO A RESPEITO DA NECESSÁRIA SUPERAÇÃO DA RAZÃO INSTRUMENTAL NAS RELAÇÕES TRABALHISTAS, de Natalia Branco Lopes Krawczun, Clodomiro José Bannwart Júnior e Lourival José de Oliveira, e apresentado pela primeira; 4) CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE E TRABALHO EM PLATAFORMA EM TEMPOS DE NEOLIBERALISMO, de Fernando Guizzardi Vaz e

Jessica Rabelo Barbosa, e apresentado pelo primeiro; 5) DEPRESSÃO, SAÚDE MENTAL E TRABALHO: A INFLUÊNCIA DA RELAÇÃO DE TRABALHO NO QUADRO DE DEPRESSÃO E A SUA CARACTERIZAÇÃO COMO DOENÇA OCUPACIONAL, de Jessica Hind Ribeiro Costa e Júlia Sousa Silva, e apresentado pela última; 6) DESENVOLVIMENTOS RECENTES NA PROTECÇÃO DO TRABALHADOR COM DEFICIÊNCIA NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA, apresentado por Pedro Oliveira; 7) O DIREITO ANTIDISCRIMINATÓRIO COMO INSTRUMENTO PARA PROMOÇÃO DA IGUALDADE E ENFRENTAMENTO À DISCRIMINAÇÃO DE GÊNERO NO MUNDO DO TRABALHO, de Celene Torres Guarino e Gine Alberta Ramos Andrade Kinjyo, e apresentado pela última; 8) RECONHECIMENTO DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO NOS SERVIÇOS DE APLICATIVO: ANÁLISE CRÍTICA DAS AÇÕES DE RECONHECIMENTO DE VÍNCULO DE EMPREGO MEDIANTE A SUBORDINAÇÃO ALGORÍTMICA, apresentado por Priscilla Dias de Souza; e, 9) SAÚDE DO TRABALHADOR E ACESSO À JUSTIÇA: REFLEXÕES A PARTIR DA UTILIZAÇÃO DO AMIANTO, de Leonardo Kaufman, Gabrielle Kolling e Gernardes Silva Andrade, e apresentado pelo último.

São textos atuais, elaborado por pesquisadores de todos os cantos do país, e representando, em seu todo, um conjunto que vale a pena conhecer, o que nos leva a fortemente recomendar a sua leitura.

José Claudio Monteiro de Brito Filho

Jerônimo Siqueira Tybusch

Zulmar Antonio Fachin

DESENVOLVIMENTOS RECENTES NA PROTECÇÃO DO TRABALHADOR COM DEFICIÊNCIA NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA

RECENT DEVELOPMENTS ON THE LEGAL PROTECTION OF WORKERS WITH DISABILITIES UNDER THE CJEU CASE LAW

Pedro Oliveira

Resumo

No Processo C-16/19, o Tribunal de Justica da Uniao Europeia foi mais uma vez chamado a pronunciar-se acerca de problemas interpretativos no contexto da Directiva 2000/78/CE, relativa a igualdade no emprego e na actividade profissional. O caso controvertido prendia-se com duas questoes essenciais. Uma delas reportava-se ao ja conhecido (e nem sempre inequivoco) conceito defi- nitorio de discriminacao directa e indirecta, consignado no artigo 2.o, n.o 2, a) e b), do referido instrumento normativo. A outra, porem, constituia uma novidade na judicatura da Uniao, conforme recordou o Advogado-Geral Giovanni Pitruzzella nas linhas iniciais das suas conclusoes: «a questao juri- dica que esta na origem do presente processo, que e inedita para o Tribunal de Justica, respeita, pois, a aplicabilidade de atos discriminatorios (diretos ou indiretos) ao comportamento de um empregador que trate de maneira diferente dois grupos de pessoas» com deficiencia. Efectivamente, o areopago do Luxemburgo nunca antes havia dirimido um litigio em que nao estivessem em causa os interesses de um trabalhador com deficiencia em confronto com um trabalhador sem deficiencia. Com o presente estudo, pretendemos dar a conhecer alguns dos principais aspectos da retorica argumentativa expendida pelo TJ em mais uma peca importante do seu tabuleiro jurisprudencial.

Palavras-chave: Trabalhadores com deficiencia, Igualdade e nao discriminacao no emprego e na actividade profissional, Directiva 2000/78/ce, Discriminacao directa, Discriminacao indirecta

Abstract/Resumen/Résumé

In January 2021, the Court of Justice of the European Union delivered a remarkable judgement regarding the rights of workers with disabilities. The case concerned a Polish employer who would grant a monthly allowance to workers with disabilities if such workers provided a disability certificate after a certain date. However, those workers who had submitted their certificates before the said date, including VL, were not entitled to that allowance. As a result, VL brought an action against the employer before a Polish Court claiming that she had been discriminated against due to her disability. Such Court dismissed the case and VL lodged an appeal with the referring court which decided on a stay of proceedings and to refer the case to the CJEU for a preliminary ruling under the Equality Employment Directive. The aim of this study is to raise awareness regarding some of the

main points of the argumentative rhetoric by the Court of Justice in one more important counter on its board game.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Equality employment directive, Direct discrimination, Indirect discrimination, Disability, Workers with disabilities

OBJECTIVO

Com as seguintes notas a propósito do Processo C-16/19 (caso VL), pretendemos dar a conhecer alguns dos principais aspectos da retórica argumentativa expendida pelo Tribunal de Justiça da União Europeia em mais uma peça importante do seu tabuleiro jurisprudencial respeitante à tutela dos trabalhadores com deficiência.

METODOLOGIA

Tendo como objecto essencial as coordenadas argumentativas do Tribunal de Justiça da União Europeia sobre o problema jurídico que lhe é inédito, o presente estudo alicerça-se metodologicamente nos instrumentos da interpretação jurídica, atendendo ao confronto crítico do caso julgado e regime legal aplicável e a sua ressonância na doutrina e jurisprudência.

1. INTRODUÇÃO

Num recentíssimo aresto[1], o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJ) foi mais uma vez chamado a pronunciar-se acerca de problemas interpretativos no contexto da Directiva 2000/78/CE, relativa à igualdade no emprego e na actividade profissional[2].

[1] Acórdão de 26 de janeiro de 2021, Processo C-16/19, VL contra Szpital Kliniczny im. Dra J. Babinskiego Samodzielny Publiczny Zaklad Opieki Zdrowotnej w Krakowie, disponível na página online do Tribunal (doravante, Acórdão). Vejam-se, também, as conclusões do Advogado-Geral Giovanni Pitruzzella (doravante, Conclusões).

[2] Directiva 2000/78/CE do Conselho, de 27 de Novembro de 2000, que estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na actividade profissional.

O caso controvertido prendia-se com duas questões essenciais. Uma delas reportava-se ao já conhecido (e nem sempre inequívoco) conceito definitório de discriminação direta e indireta, consignado no artigo 2.º, n.º 2, a) e b), do referido instrumento normativo[3]. A outra, porém, constituía uma novidade na judicatura da União, conforme recordou o Advogado-Geral Giovanni Pitruzzella nas linhas iniciais das suas *conclusões*: «a questão jurídica que está na origem do presente processo, que é inédita para o Tribunal de Justiça, respeita, pois, à aplicabilidade de atos discriminatórios (diretos ou indiretos) ao comportamento de um empregador que trate de maneira diferente dois grupos de pessoas» com deficiência[4].

Efetivamente, o areópago do Luxemburgo nunca antes havia dirimido um litígio em que não estivessem em causa os interesses de um trabalhador com deficiência em confronto com um trabalhador sem deficiência[5]. Com as seguintes notas, pretendemos dar a conhecer alguns dos principais aspetos da retórica argumentativa expendida pelo TJ em mais uma peça importante do seu tabuleiro jurisprudencial.

2. O CASO

O processo junto do TJ teve origem num reenvio do Sąd Okręgowy w Krakowie, o Tribunal Regional de Cracóvia, na Polónia, no âmbito de um litígio que opunha a trabalhadora VL ao Hospital Clínico Dr. J. Babiński, instituição pública independente de cuidados de saúde (doravante Hospital).

---

[3] O Advogado-Geral observou, Conclusões, n.º 74, que «a distinção entre discriminação directa e directa não é assim tão evidente no texto da Directiva e, mesmo entre os intérpretes, há diversidade de opiniões a respeito dessas duas categorias». Como se verá de seguida, o caso vertente retrata precisamente essas dificuldades.

[4] Conclusões, n.º 3.

[5] Na doutrina, encontramos quem defenda uma concepção assimétrica do quadro de protecção da deficiência. Conforme escreve BRUNO MESTRE, *Direito Antidiscriminação – uma perspectiva europeia e comparada*, Grupo Editorial Vida Económica, 2020, pp. 145-146, ela encontra-se «configurada

VL esteve contratada como psicóloga pelo Hospital entre 3 de Outubro de 2011 e 30 de Setembro de 2016. A 8 de Dezembro de 2011, obteve um atestado de deficiência, que remeteu à sua entidade patronal a 21 de Dezembro do mesmo ano.

Em 2013, o diretor do Hospital realizou uma reunião na qual decidiu atribuir um complemento salarial aos trabalhadores que lhe apresentassem um atestado de deficiência. Esta medida destinava-se a reduzir o montante das contribuições do Hospital para o Fundo Nacional para a Reabilitação das Pessoas com Deficiência. A data decisiva para efeitos da atribuição do complemento não era a da obtenção do referido documento, mas sim o momento em que se fizesse a comunicação do mesmo ao diretor.

O referido complemento, não estatuído na ordem jurídica polaca, veio a ser atribuído apenas aos 13 trabalhadores que apresentaram o atestado em data posterior à da reunião referenciada. Os restantes 16 trabalhadores com deficiência, que tinham apresentado o documento antes da data da reunião, incluindo a trabalhadora VL, ficaram excluídos da medida.

Na sequência de uma fiscalização desenvolvida pela Inspecção Nacional do Trabalho, que ressaltara o carácter discriminatório do critério utilizado para atribuição do benefício, a trabalhadora VL impugnou a decisão do Hospital no Tribunal de Primeira Instância de Cracóvia. VL pretendia obter o pagamento do complemento salarial, bem como uma indemnização pelos danos sofridos em decorrência da violação do princípio da igualdade de tratamento em matéria de emprego.

Aquele órgão jurisdicional negou provimento à pretensão de VL, declarando, relativamente ao complemento, que o direito da mesma não só não fora formalizado em nenhum ato interno em vigor no Hospital, como também não vinha consagrado nem no seu contrato individual de trabalho, nem num procedimento específico da sua entidade patronal. No tocante à indemnização, o tribunal sustentou que o complemento não constituía uma remuneração pelo trabalho prestado; o critério diferenciador utilizado pelo empregador, *rectius*, a

data de apresentação do atestado de deficiência, não estava proibido pela legislação laboral polaca. A este propósito, o tribunal entendeu que o Hospital não havia diferenciado VL em função da deficiência, na medida em que essa diferenciação pressuporia o confronto entre trabalhadores com e sem deficiência.

VL interpôs recurso desta decisão junto do Sąd Okręgowy w Krakowie, alegando que a Diretiva 2000/78 proíbe qualquer discriminação direta ou indireta das pessoas com deficiência. No entender da trabalhadora, a utilização pelo Hospital do critério *data de entrega do atestado de deficiência* como elemento decisivo para a atribuição do subsídio caracterizava um comportamento discriminatório em seu detrimento, e nesta medida transgredia o princípio da não discriminação.

O Tribunal de recurso, contrariamente ao órgão jurisdicional *a quo*, teve dúvidas quanto à interpretação do artigo 2.º da Diretiva 2000/78 e, em especial, sobre a subsunção do caso controvertido em uma das hipóteses de discriminação proibidas no preceito normativo – a discriminação indireta. Desse modo, o referido tribunal resolveu suspender a instância, colocando ao TJ a seguinte questão prejudicial:

«Deve o artigo 2.º da Diretiva 2000/78/CE, de 27 de Novembro de 2000, que estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na atividade profissional, ser interpretado no sentido de que a diferenciação efetuada na situação de certas pessoas pertencentes a um grupo definido por uma característica protegida (a deficiência) constitui uma forma de violação do princípio da igualdade de tratamento, caso a diferenciação feita pela entidade empregadora dentro desse grupo tenha sido feita com base num critério aparentemente neutro mas esse critério não possa ser objetivamente justificado por um objetivo compatível com a lei e as medidas tomadas com vista a alcançar esse objetivo não sejam adequadas nem necessárias?»

Como resulta do circunstancialismo acima resumido, um dos pontos nevrálgicos discutido junto da judicatura nacional versava sobre o âmbito e alcance

do conceito de discriminação para efeitos do ordenamento polaco que transpôs a Directiva 2000/78.

Dos argumentos apresentados no litígio é possível identificar duas leituras principais. A trabalhadora VL considerava que a sua situação poderia entrar no âmbito da Directiva 2000/78. O Tribunal de primeira instância, como se recordou, não lhe dera razão: VL não havia sido discriminada com base na sua deficiência, na medida em que esse tratamento pressuporia o confronto entre as situações de trabalhadores com e sem deficiência; por outro lado, o critério distintivo adoptado pelo Hospital traduzia-se na data de entrega do documento certificativo da deficiência, e não na deficiência de VL em si mesma.

Mais hesitante (ou mais cauteloso), o Tribunal de recurso não desconsiderou o problema, interpelando o TJ sobre a possível aplicação do conceito de discriminação num caso em que a diferença de tratamento ocorre dentro de um grupo de trabalhadores que se distingue pela mesma característica protegida (a deficiência), bem como acerca da qualificação da conduta praticada pelo hospital enquanto discriminação indireta.

3. DIRECTIVA 2000/78/CE

Recordem-se, antes de mais, alguns elementos normativos convocados no caso VL, merecendo destaque a Directiva 2000/78. Como se sabe, esta tem como escopo a promoção do princípio geral da igualdade na União, por meio da proibição da discriminação com base em deficiência, religião ou convicção, idade ou orientação sexual[6]. Ao arrepio do que nela se preconiza – a Directiva assenta num instrumento de harmonização que permite alterações *in melius* das suas regras –[7], o TJ tem entendido que esse catálogo de fundamentos é taxativo. Além disso,

[6] Artigo 1.º da Directiva 2000/78.
[7] Assim, MARK BELL / ANN NUMHAUSER-HENNING, «Equal Treatment», in *European Labour Law* (ed. by Teun Jaspers, Frans Pennings, and Saskia Peters), Cambridge, Intersentia, 2019, p. 153.

e diversamente do que acontece noutros domínios, v. g. a discriminação étnica, o seu âmbito material está circunscrito ao contexto específico das relações laborais.

De nuclear importância no quadro legal da Directiva 2000/78, o artigo 2.º, n.º 1, sob a epígrafe «conceito de discriminação», define o *princípio da igualdade de tratamento* como a ausência de qualquer discriminação, direta ou indireta, por qualquer dos motivos referenciados, entre os quais figura a deficiência[8]. Por seu turno, o n.º 2, alíneas a) e b), do mesmo dispositivo, regula as duas tipologias de discriminação, que como já se disse nem sempre se revelam facilmente gizáveis.

Nas palavras de Mariana Canotilho, o elemento fundamental que as distingue «reside no carácter mais ou menos evidente, ou visível, da discriminação»[9]. Com efeito, uma conduta discriminatória dita direta ocorre sempre que, motivada designadamente por uma deficiência, uma pessoa seja objecto de um tratamento menos favorável do que aquele que é, tenha sido, ou que possa vir a ser dado a outra pessoa em situação comparável. Trata-se de uma «discriminação ostensiva, manifesta»[10], cuja determinação passa por verificar se o seu fundamento é explicitamente referenciado; por aplicar o teste da comparabilidade, constituindo-se a escolha do termo de comparação num elemento essencial à decisão do caso.

Por sua vez, existe discriminação indireta quando uma disposição, critério ou prática aparentemente neutra seja susceptível de colocar em situação de

[8] Diversamente do que sucedeu, por exemplo, no horizonte das regras de igualdade entre homens e mulheres, o reconhecimento da competência para legislar em matéria de deficiência foi reconhecida à União somente com a adopção do Tratado de Amsterdao (artigo 122.º), e encontra-se actualmente consagrada no artigo 19.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. Esta disposição constitui a base legal da Directiva 2000/78. Para uma análise mais detida sobre a evolução normativa respeitante às competências da comunidade na área da deficiência, bem como das políticas desta, cf. LISA WADDINGTON, «The European Union and the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities: A story of exclusive and shared competences», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 18, 4, 2011, pp. 431-453. «

[9] MARIANA CANOTILHO, «Igualdade de Oportunidades e Não Discriminação», *in Direito da União Europeia – Elementos de Direito e Políticas da União*, Coimbra, Almedina, 2016, p. 891.

[10] MARIANA CANOTILHO, *cit*., p. 891. Nos dizeres de MARK BELL, *cit*., p.155, «the strength of the concept of direct discrimination lies in the absence of any possibility to justify such conduct».

desvantagem uma pessoa, designadamente com uma determinada deficiência, comparativamente com outras pessoas. Esta modalidade de discriminação consiste em «medidas que, no plano estritamente formal, são indistintamente aplicáveis, no que respeita aos critérios de diferenciação proibidos pelo ordenamento jurídico, mas que, no plano prático e material, têm um efeito idêntico ao das discriminações diretas»[11].

É de notar, porém, que diversamente do que sucede no caso da discriminação direta, uma discriminação indireta pode ser objetivamente justificada. Daqui se retiram, portanto, os seguintes requisitos, um genérico, outro específico, para se inferir da existência de uma discriminação indireta: elementos que evidenciem que a disposição, critério ou prática colocam em particular desvantagem um trabalhador com uma das características protegidas; essa disposição, critério ou prática não possa ser justificada de forma objetiva[12].

A singeleza dessas normas esconde múltiplos e delicados problemas. Eles resultam desde logo das dificuldades de compartimentação do âmbito de discriminação directa e indirecta, bem como das dúvidas a propósito do *termo de comparação*, pois nem sempre é fácil perceber quando o TJ vislumbrará duas situações como comparáveis – aliás, o Acórdão que ora nos ocupa espelha mais um exemplo expressivo dos problemas que aqui se fazem sentir.

4. CRITÉRIO DA COMPARABILIDADE

Ao TJ importava, num primeiro momento, determinar se a diferença de tratamento dado à trabalhadora VL nos moldes aduzidos seria ou não subsumível

[11] MARIANA CANOTILHO, *cit.*, p. 892.

[12] Conforme se pode ler no artigo 2.º, n.º 2, b), a não ser que: i) essa disposição, critério ou prática sejam objetivamente justificados por um objetivo legítimo e que os meios utilizados para o alcançar sejam adequados e necessários, ou que, ii) relativamente às pessoas com uma determinada deficiência, a entidade patronal, ou qualquer pessoa ou organização a que se aplique a presente diretiva, seja obrigada, por força da legislação nacional, a tomar medidas adequadas, de acordo com os princípios previstos no artigo 5.º, a fim de eliminar as desvantagens decorrentes dessa disposição, critério ou prática».

ao âmbito de aplicação da Directiva 2000/78. Trata-se, repita-se, de um elemento inovador na jurisprudência da União; saber se aquele desiderato comporta uma situação de discriminação entre trabalhadores com a mesma característica tutelada, *in casu*, a deficiência.

Até aqui, a generalidade dos casos levados ao arrimo do Tribunal requeria do intérprete a mobilização do teste da comparabilidade entre a situação de um trabalhador que tinha uma certa qualidade distintiva e a de outro que não a tinha. O raciocínio era lógico. Um trabalhador que se queixasse de ter sido discriminado pela entidade patronal em virtude da sua deficiência veria a sua situação aferida à luz da de um trabalhador sem deficiência, o mesmo se passando quanto aos demais fundamentos de discriminação taxativamente consignados na Directiva[13].

A complexidade do real acabaria de certa forma por mitigar a lógica dominante no direito da igualdade da União, particularmente no respeitante à escolha do mecanismo comparador. Com efeito, não só há casos em que ela se revela pouco clara, como também outros onde parece dar-se menos relevo a tal operador[14].

Não surpreende que, no caso em análise, as posições perfilhadas sobre esse ponto nodal não tenham sido coincidentes. De uma parte, tínhamos o Hospital e a Comissão Europeia que, interpretando restritivamente o âmbito de aplicação da Directiva, defendiam que o mesmo estava confinado aos tratamentos discriminatórios contra trabalhadores com deficiência em comparação a trabalhadores sem deficiência, e desde que fundados em motivos estrita e

[13] Note-se, de todo o modo, que esse método tem sido objecto de reparos críticos na literatura, uma vez que ele acaba por reforçar estereótipos relativamente às características tuteladas. Conforme se pode ler em MARK BELL / ANN NUMHAUSER-HENNING, *cit*., p. 155, «this tends to reinforce the norms and conduct of dominant groups who become the benchmark against which treatment is compared. The comparator, whether real or hypothetical, is likely to have characteristics such as being white, abled-bodied or a man».

[14] Escreve CATHERINE BARNARD, *EU Employment Law*, 4th ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 305: «in most cases the selection of the comparator is straightforward. However, this is not always the case». Ainda a esse respeito, MARK BELL / ANN NUMHAUSER-HENNING, *cit*., p. 154, formulam que «in some cases, the Court appears to place less weight on the identification of a comparator».

diretamente relacionados com tal característica. Em contraposição, a trabalhadora VL e os governos polaco e português consideravam que a Directiva seria igualmente aplicável a uma hipótese «em que a diferença de tratamento incidisse dentro da categoria dos trabalhadores com deficiência, e ainda que o elemento diferenciador não estivesse a esta diretamente ligado»[15].

Tal como se referiu a propósito das definições conceptuais de discriminação direta e indireta, a comparabilidade do tratamento menos favorável ou desvantajoso deve ser efetuada em relação ao de outra(s) pessoa(s). Surge de imediato a pergunta: quem pode figurar como as *outras pessoas*, isto é, quem pode servir de elemento de comparação para efeitos de aplicação dessas regras? Embora a Directiva não o diga explicitamente, a jurisprudência fixa algumas linhas de orientação que permitem auxiliar o intérprete nessa tarefa. Num importante Acórdão que incidia sobre a discriminação em função da orientação sexual, o TJ realçou que, «por um lado, não se exige que as situações sejam idênticas, mas simplesmente que sejam comparáveis, e, por outro, o exame deste carácter comparável não deve ser efetuado de modo global e abstrato, mas de modo específico e concreto»[16].

Ora, se o pressuposto aqui é o de que as situações tenham somente um cariz comparável, então parece que, *a fortiori*, a equiparação máxima entre elas pode ser, também ela, enquadrável no recorte normativo da Directiva. Faria sentido excluir do âmbito de proteção da mesma um caso em que uma entidade patronal executa determinada medida em favor de empregados com deficiência física, mas não a um outro grupo de empregados com deficiência mental, se se admitir que essa medida também poderia beneficiar o último? Não estaríamos aqui perante um tratamento favorável a um determinado grupo de trabalhadores com deficiência em detrimento de um outro grupo de trabalhadores com deficiência? Uma resposta em sentido afirmativo à primeira questão, ou seja, admitir a diferenciação neste

[15] Conclusões, n.º 36.
[16] Acórdão de 10 de maio de 2011, Processo C-147/08, Jürgen Römer contra Freie und Hansestadt Hamburg, n.º 42.

tipo de situações, como parece apontar a leitura da Comissão e do Hospital, traduz, salvo melhor opinião, uma leitura formalista e contrária ao escopo da Directiva, que é, repita-se, o de combater a discriminação.

No caso VL, o TJ, após ter recordado que a interpretação de um dispositivo do direito da União deve basear-se não apenas na sua textura legal, mas também no contexto e nos objetivos do desiderato do qual ele é parte integrante[17], enfatizou que a redação do artigo 2.º, n.º 1 e 2, da Directiva, em particular os termos «outra pessoa» e «outras pessoas» -, «não permite concluir que, no que respeita ao motivo protegido constituído pela deficiência (…) a proibição de discriminação estabelecida pela referida diretiva se limita unicamente às diferenças de tratamento existentes entre pessoas com deficiência e pessoas que não têm deficiência[18].

A proteção conferida pela Directiva, continua o TJ, «seria prejudicada se se devesse considerar que uma situação em que tal discriminação tem lugar num grupo de pessoas todas com deficiência não está abrangida, por definição, pela proibição de discriminação que estabelece unicamente porque a diferença de tratamento tem lugar entre pessoas com deficiência»[19].

Bem vistas as coisas, se o TJ acolhesse a posição de algumas das partes intervenientes no processo, como seja a de que a Directiva englobaria somente tratamentos diferenciados entre trabalhadores com deficiência e trabalhadores sem deficiência, tal argumentação poderia conduzir ao paradoxo de uma discriminação ao contrário, na medida em que atribuiria ao empregador uma obrigação absoluta e apriorística de igualdade de tratamento entre trabalhadores com deficiência[20]. Dentro de uma mesma empresa em que existe um círculo de trabalhadores com

[17] Acórdão, n.º 26. Na mesma linha já se havia pronunciado o Advogado-Geral no n.º 38 das Conclusões.
[18] Acórdão, n.º 29. Ainda de acordo com o TJ, Acórdão, n.º 30, embora os artigos 1.ºe 3.º, n.º 4, bem como os considerandos 11 e 12, da Directiva, se refiram genericamente à discriminação em razão de e baseada em, designadamente, deficiência, não contêm nenhuma especificação quanto à pessoa ou grupo de pessoas que podem servir de elemento de comparação para avaliar a possível existência de tal discriminação.
[19] Acórdão, n.º 35.
[20] Neste sentido, Conclusões, n.º 44.

deficiência, cada um deles pode requerer adaptações razoáveis que não coincidam entre si, cabendo neste caso ao empregador tratá-los diferenciadamente.

5. DISCRIMINAÇÃO DIRECTA OU INDIRECTA?

Mais discutível, porém, se mostra a retórica argumentativa do TJ a propósito da qualificação da conduta discriminatória do hospital como direta ou indireta. Por um lado, e sendo certo que o TJ remeteu tal concretização às instâncias judiciais nacionais, não é menos verdade que o seu juízo de prognose não se pautou pela lógica própria dessas tipologias discriminatórias. Como se sabe, além da alternatividade existente entre elas, a segunda é subsidiária da primeira, ou seja, quando se delimita o perímetro do artigo 2.º, n.º 2, alíneas a) e b), da Directiva 2000/78, a aferição da modalidade de discriminação indireta geralmente só tem lugar após o afastamento da direta. Todavia, no caso em análise, o TJ não só considerou que o comportamento do hospital poderia constituir uma discriminação direta, como indireta.

Mas talvez o ponto mais sensível da decisão se prenda com a possível subsunção do caso controvertido no desiderato respeitante à discriminação direta (artigo 2.º, n.º 2, a)). A pergunta que se nos coloca é, pois, se a trabalhadora VL foi, de facto, objecto de um tratamento menos favorável em razão da sua deficiência.

Note-se, a este propósito, que o TJ se afastou tanto da interpelação do Tribunal de reenvio, a qual se referia somente à discriminação indireta (existência de uma diferença de tratamento baseada num critério aparentemente neutro, concretamente a data de transmissão do atestado de deficiência), como ainda do entendimento do Advogado-Geral.

Ancorado na jurisprudência, o TJ começou por invocar que noutros casos de discriminação baseados, designadamente no estado civil de casado dos trabalhadores, e não expressamente na sua orientação sexual, constituía uma

discriminação direta em razão dessa orientação, dado que, pelo facto de o casamento estar, à data dos factos, nos Estados-Membros em causa, reservado às pessoas de sexo diferente, os trabalhadores homossexuais estavam impossibilitados de cumprir o requisito necessário para obterem o benefício reivindicado, pelo que a situação matrimonial não podia ser considerada um critério aparentemente neutro[21]. Na mesma linha, o TJ recordou que «uma diferença de tratamento entre trabalhadores baseada na elegibilidade para uma pensão de velhice e não expressamente na idade, nas condições de concessão de uma indemnização especial por despedimento, constitui uma discriminação direta na medida em que, uma vez que essa elegibilidade está sujeita a um requisito de idade mínima, tal diferença de tratamento se baseava num critério indissociavelmente ligado à idade»[22]. Tudo para concluir que «quando um empregador trata um trabalhador de maneira menos favorável do que outros do seus trabalhadores é, foi ou seria tratado numa situação comparável e se verifica, à luz de todas as circunstâncias do caso em apreço, que esse tratamento desfavorável é efetuado com base na deficiência desse primeiro trabalhador, na medida em que se baseia num critério indissociavelmente ligado a essa deficiência, tal tratamento é contrário à proibição de discriminação direta».

Não conseguimos vislumbrar, no entanto, uma identidade linear entre a casuística aduzida e o aresto que ora nos ocupa. Na verdade, há um elemento particularmente relevante que os distingue e os distancia: enquanto aos primeiros subjaz uma diferença de tratamento entre grupos heterogêneos de pessoas (trabalhadores casados e não casados / mais velhos e mais novos), aquilo que está em causa no caso VL é um tratamento diferenciado dado a um segmento de pessoas que apresentam, todas elas, a mesma característica protegida (pessoas com deficiência). Acresce que, nos primeiros os critérios constitutivos da discriminação eram o matrimónio e a idade, ao passo que, no caso VL, a diferença de tratamento

[21] Acórdão, n.º 45.
[22] Acórdão, n.º 46.

funda-se na data de entrega pela trabalhadora do atestado de deficiência ao hospital.

Razão assiste, pois, ao Advogado-Geral, quando pontua não existir «uma correspondência direta entre o procedimento do empregador e a característica protegida. Ou seja, falta um nexo direto de causalidade verdadeiro e próprio. O critério utilizado para diferenciar os dois grupos de trabalhadores deficientes, com efeito, não se refere diretamente à deficiência (ao tipo, ao grau, à origem ou ao início da mesma) mas é "aparentemente neutro", referindo-se à data de entrega da declaração de deficiência»[23].

Ressalte-se, contudo, que o que se vem de dizer não leva implicado que um tratamento menos favorável contra um trabalhador com deficiência em relação a outro trabalhador com deficiência possa configurar uma discriminação direta quando essa diferença de tratamento se baseie nessa característica. No caso VL, consideraríamos estar inequivocamente diante de uma discriminação direta, nos termos do artigo 2.º, n.º 2, a), da Directiva 2000/78, se o fundamento da diferença de tratamento dado à VL fosse efetivamente a sua deficiência, isto é, se a medida diferenciadora emanada pelo hospital tivesse tido como alvo essa característica, e a ela se referisse explicitamente.

Em nosso entender, e não estando o critério temporal - data de entrega do atestado de deficiência - diretamente relacionado com a característica protegida (a deficiência de VL), a conduta discriminatória do Hospital constitui uma discriminação indireta (artigo 2.º, n.º 2, b) da Directiva 2000/78), na medida em que ela resulta de um critério aparentemente neutro que conduz, no entanto, a uma desvantagem particular dos trabalhadores com deficiência, incluindo VL[24]. Esse tratamento discriminatório não parece poder ser objetivamente justificado em conformidade com a referida norma, dado que assenta na pretensão do Hospital de redução de custos monetários[25].

[23] Conclusões, n.º 77.
[24] Acórdão, n.º 55.
[25] Acórdão, n.º 59.

6. CONCLUSÃO

Em face do que acima se deu conta, julgamos que o TJ andou bem ao admitir, à luz da Directiva 2000/78, a existência da comparabilidade das situações nas quais figuram um grupo homogêneo de trabalhadores que apresenta uma característica em comum, concretamente uma deficiência. O mesmo não se pode dizer, porém, da possível subsunção do caso controvertido no conceito definitório de discriminação direta. A nosso ver, o TJ teria andado melhor se acolhesse a leitura do Advogado-Geral, admitindo a qualificação do comportamento do Hospital unicamente enquanto discriminação indireta; a menos que, por óbvio, o objetivo tenha sido aqui o de alargar o âmbito de proteção material da Directiva 2000/78. O TJ talvez possa clarificar esse ponto da decisão no futuro.

Referências

BARNARD, Catherine. *EU Employment Law*, 4th ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2012.

BELL, Mark /NUMHAUSER-HENNING, Ann. «Equal Treatment», in *European Labour Law* (ed. by Teun Jaspers, Frans Pennings, and Saskia Peters), Cambridge, Intersentia, 2019.

CANOTILHO, Mariana. «Igualdade de Oportunidades e Não Discriminação», *in Direito da União Europeia. Elementos de Direito e Políticas da União*, Coimbra, Almedina, 2016.

MESTRE, Bruno. *Direito Antidiscriminação – uma perspectiva europeia e comparada*, Grupo Editorial Vida Económica, 2020.

WADDINGTON, Lisa. «The European Union and the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities: A story of exclusive and shared

competences», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 18, 4, 2011, pp. 431-453.