

IGUALDADE DE TRATAMENTO ENTRE TRABALHADORES E TRABALHADORAS EM MATÉRIA REMUNERATÓRIA: A APLICAÇÃO DA DIRECTIVA 75/117/CE EM PORTUGAL (*)

*Por Dr.^a Maria do Rosário Palma Ramalho (**)*

1. Sequência

A abordagem do tema da igualdade de tratamento entre trabalhadores e trabalhadoras em matéria remuneratória — primeiro e vital domínio em que o princípio geral da igualdade de tratamento em razão do sexo foi enunciado, de forma directa, no art. 119.º do Tratado de Roma, e depois desenvolvido na Directiva 75/117/CE — na perspectiva da sua implementação e aplicação em Portugal, passa, no nosso entender, por uma análise a três níveis: o nível legislativo, que nos propicia o enquadramento genérico desta temática e nos permite aferir da forma de conjugação das fontes nacionais e comunitárias neste domínio; o nível regimental, com a apreciação dos principais problemas em concreto suscitados por esta matéria — a questão do conceito de remuneração em geral e

(*) Comunicação apresentada por ocasião das Jornadas Hispano-Portuguesas sobre a Igualdade de Tratamento em Direito Comunitário, iniciativa conjunta da Faculdade de Direito da Universidade de Cádiz e da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa sob o patrocínio da Comissão Europeia — Jerez de la Frontera, 16 e 17 de Novembro de 1995.

(**) Assistente da Faculdade de Direito de Lisboa. Mestre em Direito.

do alcance do conceito de remuneração igual para efeitos de aplicação da Directiva 75/117, a questão dos conceitos de trabalho igual e de trabalho de valor igual e dos critérios de avaliação do trabalho para aqueles efeitos, e a questão do ónus da prova e da protecção do trabalhador ou da trabalhadora que aleguem a situação de discriminação — e o nível da aplicação judicial, com a apreciação da forma como, na prática, os tribunais portugueses têm encarado esta temática.

Cabe, contudo, advertir que, se os dois primeiros níveis de análise se revelam acessíveis, já o terceiro suscita as maiores dificuldades, dada a peculiaridade da situação portuguesa nesta matéria. É que, não obstante o abrangente enquadramento legal da temática da igualdade em geral e da matéria da igualdade em razão do sexo em particular no nosso país, e sendo certo que com alguma frequência se suscitam questões de igualdade em geral e nomeadamente de igualdade remuneratória com motivações diversas, a verdade é que só muito raramente uma questão sobre discriminação com base no sexo é apresentada perante os tribunais portugueses. Desta forma, convém estabelecer, como ponto prévio à análise que vamos empreender, que as referências à jurisprudência que formos fazendo são, na sua esmagadora maioria, reportadas a casos de discriminação remuneratória não atinentes ao sexo do trabalhador. Ainda assim, pareceu-nos esta referência útil por dois motivos: por um lado, porque na base de qualquer decisão sobre a temática da igualdade se encontram um sistema de protecção unitário e conceitos operativos idênticos, cujo conteúdo tem sido precisado pela jurisprudência de uma forma relativamente uniforme; por outro lado, porque se nos afigura possível equacionar a partir da análise destas decisões a forma de interpretação e de aplicação daqueles conceitos se estivesse em causa uma questão de discriminação com base no sexo — o que permitirá, porventura, avançar algumas conclusões sobre o grau de especialidade das questões da igualdade remuneratória com base no sexo do trabalhador e determinar em que medida o respectivo sistema de protecção se deve ou não afastar do sistema geral e em que sentido.

É nesta perspectiva e com esta prevenção que vamos pois proceder à análise proposta.

2. Enquadramento da temática da igualdade de remuneração pelo direito português e compatibilização das fontes nacionais com o direito comunitário

2.1. Enquadramento constitucional da temática da igualdade salarial em razão do sexo

Relativamente ao enquadramento geral da temática da igualdade de remuneração no sistema jurídico português e ao problema da compatibilização das fontes formais nacionais com o direito comunitário, primário e secundário, a primeira constatação a fazer, relevante não apenas pelo seu significado teórico como pelas implicações práticas que acarreta, nomeadamente ao nível jurisprudencial, é a constatação do acolhimento constitucional que a temática da igualdade em geral e da igualdade dos trabalhadores em particular mereceu no sistema jurídico português.

No nosso entender, esta circunstância foi não apenas determinante da forma como se desenvolveu em Portugal o quadro legal de protecção e promoção dos valores da igualdade, nos seus diversos aspectos, e nomeadamente na vertente laboral, que aqui nos ocupa, como contribui para explicar a diferença da situação portuguesa relativamente à da maioria dos países da Comunidade, no que se refere ao recurso às instâncias judiciais comunitárias nesta matéria ⁽¹⁾.

A base do sistema português relativo à temática da igualdade de oportunidades no trabalho e no emprego encontra-se na Constituição, cujo art. 13.º consagra o princípio da igualdade em termos gerais, e cujo n.º 2 se reporta directamente à igualdade sexual: no seu n.º 1, o art. 13.º estabelece que todos os cidadãos são iguais perante a lei e têm a mesma dignidade social — é a vertente positiva do princípio da igualdade; e no n.º 2 estabelece-se a proibição de discriminação entre os cidadãos, em razão da raça, credo, sexo, língua, etc. ... — é a vertente negativa do princípio da igualdade, também chamada de “princípio da não discriminação”.

⁽¹⁾ Como é sabido, não têm até agora sido suscitadas perante o TJ quaisquer questões relativas à igualdade remuneratória provenientes de tribunais portugueses, ao contrário do que sucede com a maioria dos países da União Europeia.

A Lei Fundamental assume pois a ideia de igualdade em termos genéricos, como um princípio fundamental do Estado, autonomizando, no seu conteúdo, a referência à igualdade entre homens e mulheres ⁽²⁾.

Para além desta formulação geral, o princípio da igualdade é objecto de concretização, em sede da própria Constituição, no domínio profissional e laboral — é o denominado “princípio da igualdade de tratamento”, que se manifesta em duas vertentes essenciais: a vertente da igualdade de oportunidades nas áreas do acesso ao emprego, carreira e formação profissional, e a vertente dos direitos dos trabalhadores. Na primeira vertente, encontramos a matéria constante dos arts. 47.º, 50.º e 58.º n.º 3, alíneas *b)* e *c)* da CRP, que estabelecem, por um lado, o direito de escolha da profissão e de acesso a cargos públicos e privados em condições de igualdade para qualquer cidadão e, por outro lado, o dever de o Estado assegurar essa igualdade de oportunidades, na sua condução de políticas de pleno emprego, evitando, designadamente, que o acesso a quaisquer trabalhos, cargos ou funções seja limitado ou vedado em função do sexo (neste sentido expressamente dispõe a al. *c)* do n.º 3 do art. 58.º); na segunda vertente se incluem as matérias da remuneração, organização do trabalho, condições de trabalho, direito ao repouso e protecção na situação de desemprego involuntário — são as matérias elencadas no art. 59.º n.º 1 da Constituição, também expressamente proibindo a discriminação em razão do sexo dos trabalhadores.

É justamente a propósito da projecção do princípio da igualdade na vertente dos direitos dos trabalhadores que surge o princí-

(2) Não é necessário lembrar que, do ponto de vista histórico, a assunção de tal princípio em Portugal, no momento em que a Constituição foi aprovada, não teve apenas um significado formal mas verdadeiramente um significado cultural e axiológico, nomeadamente no aspecto da igualdade sexual, em que rompe com uma tradição muito diferente, sancionada pela própria Constituição de 1933, na forma como enunciava o princípio da igualdade no seu art. 5.º, ressaltando, quanto à mulher, aquilo a que chamava “as diferenças resultantes da sua natureza e do bem da família”. E grato é também reconhecer que esta assunção da ideia da igualdade pelo legislador constituinte de 1976, no seu enunciado geral do n.º 1 do art. 13.º como nas suas diversas concretizações no n.º 2, pode hoje ser considerada clássica, ao fim de quase vinte de prática constitucional, uma vez que o texto do art. 13.º não sofreu alterações materiais nas diversas revisões constitucionais.

pio da igualdade remuneratória, constitucionalmente traduzido na fórmula “para trabalho igual, salário igual” — art. 59.º n.º 1 a). E dentro deste brocardo se integra, naturalmente, o princípio da não discriminação remuneratória em razão do sexo, que aqui nos ocupa mais especificamente.

Descrito o enquadramento constitucional da matéria da igualdade remuneratória entre os trabalhadores dos dois sexos, importa agora fixar o alcance destes preceitos constitucionais. É que, independentemente do desenvolvimento infra-constitucional do princípio, a sua referência na Lei Fundamental tem por si só, no nosso entender, uma projecção jurídica imediata, já que o princípio da igualdade do art. 13.º tem a natureza de direito fundamental, sendo qualificável como um direito, liberdade e garantia. Esta qualificação traduz a importância atribuída pelo Estado ao princípio da igualdade, não apenas em termos formais, mas também em termos substanciais, uma vez que determina, de acordo com a própria lógica constitucional, a sujeição a um sistema de especial tutela: por um lado, como direito, liberdade e garantia, a norma constante do art. 13.º é dotada de eficácia imediata e vincula de forma directa as entidades públicas e privadas; por outro lado, este princípio não pode ser objecto de restrições legais, excepto nos casos previstos na Constituição e apenas na medida estritamente necessária para assegurar o respeito por outros direitos fundamentais — é o regime constante do art. 18.º n.ºs 1, 2, e 3 da CRP⁽³⁾. Desta forma, ainda que algumas das normas constitucionais que concretizam a ideia da igualdade ao nível das oportunidades profissionais, como ao nível dos direitos dos trabalhadores, possam ter a natureza de normas programáticas, o certo é que a base do sistema é uma norma dotada de eficácia imediata e fortemente tutelada.

(3) Por todos, GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.ª ed., Coimbra, 1993, 145 ss.

2.2. O conteúdo do princípio constitucional da igualdade remuneratória — apreciação do art. 59.º n.º 1 a) da CRP

A concretização constitucional do princípio geral da igualdade do art. 13.º na matéria da remuneração é feita no art. 59.º n.º 1 a) da CRP, que confere aos trabalhadores um “direito à retribuição do trabalho, segundo a quantidade, natureza e qualidade, observando-se o princípio de que para trabalho igual salário igual, por forma a garantir uma existência condigna”.

Esta formulação do preceito constitucional obriga, no nosso entender, à delimitação do seu conteúdo em duas áreas normativas, de valor e natureza diversos: por um lado, a garantia de uma existência condigna, referida na parte final do preceito, é reportada à questão da fixação e actualização de um salário mínimo, obrigação cometida ao Estado pelo n.º 2 alínea a) do mesmo artigo — trata-se pois de um preceito programático, que tem o Estado por destinatário, usualmente designado como “princípio da suficiência da retribuição”⁽⁴⁾; por outro lado, a Constituição enuncia na primeira parte do preceito o direito à retribuição do trabalho, de acordo com um princípio de igualdade, a aferir em função da quantidade, natureza e qualidade do trabalho prestado — esta norma constitucional tem sido entendida não já como um preceito programático mas como um comando preceptivo imediatamente vinculante, pela doutrina maioritária e pela jurisprudência⁽⁵⁾.

A qualificação da norma constitucional sobre a igualdade remuneratória como preceito preceptivo é da maior importância por determinar a sua eficácia civil imediata. Ou seja, ao contrário do que sucede com outros direitos fundamentais, designadamente com alguns dos chamados direitos dos trabalhadores (incluindo diversos direitos consagrados no próprio artigo 59.º e a segunda

(4) MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito do Trabalho*, Coimbra, 1991, 727; MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, I, 9.ª ed., Coimbra, 1994, 384.

(5) Neste sentido por exemplo, os Acórdãos do STJ de 26/05/88, de 14/1/90 e de 17/2/93, respectivamente CJ, 1988, 3, 15; BMJ, 401-368; AD, 378-709. E, na doutrina, por todos, MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho cit.*, 385.

parte do seu n.º 1, relativa ao salário mínimo), o direito constitucional à igualdade remuneratória não só é um direito fundamental para o Estado português, como não carece de qualquer mediação normativa na sua aplicação prática (provenha esta mediação do direito interno ou do direito comunitário), podendo ser invocado directamente por qualquer particular perante um tribunal nacional e sendo por este directamente aplicável — situação que, na prática, com frequência se tem verificado⁽⁶⁾.

2.3. *Enquadramento legal da temática da igualdade remuneratória*

Prosseguindo na apresentação do enquadramento legislativo nacional em matéria de igualdade remuneratória em razão do sexo, cabe referir que esta matéria é tratada nos dois diplomas que desenvolvem a concretização laboral do princípio constitucional da igualdade sexual, nas suas vertentes do acesso e progressão profes-

(6) A natureza e a força da norma constitucional sobre a igualdade remuneratória contribui para compreender a situação portuguesa no que se refere à coordenação das fontes formais de direito interno e de direito comunitário, em ordem à aplicação prática das normas sobre a igualdade remuneratória. No nosso entender, o enquadramento constitucional, desta matéria e, no caso concreto da igualdade remuneratória, a natureza imediatamente vinculante da norma sobre igualdade salarial, explicam a ausência de questões colocadas pelo Estado português perante o TJ, como ainda a pouca tradição que existe no nosso sistema para aplicar o direito comunitário, em matéria de igualdade remuneratória. É que o entendimento geralmente aceite sobre a natureza desta norma permitiu que se criasse em matéria de igualdade remuneratória alguma tradição da sua aplicação directa pelos tribunais nacionais (a prová-lo estão os diversos acórdãos que em matéria salarial se socorrem da previsão constitucional sobre igualdade remuneratória), prescindindo da aplicação do direito comunitário e tornando desnecessária a apreciação prejudicial da questão da igualdade pelas instâncias comunitárias.

Em matéria de igualdade remuneratória, parece-nos pois importante desmistificar um pouco a ideia, porventura perfeitamente aceitável noutras matérias, de que a ausência de recurso para as instâncias comunitárias e a não invocação do direito comunitário significa, só por si, um sistema de protecção menos eficaz ao nível nacional. A menor eficácia deste sistema apenas poderá decorrer da análise comparativa concreta das disposições normativas comunitárias e nacionais que concretizam o princípio constitucional da igualdade remuneratória, em ordem à verificação dos respectivos conteúdos, que nos ocupará no ponto seguinte.

sionais e dos direitos dos trabalhadores: o DL n.º 392/79, de 20 de Setembro, aplicável à generalidade dos trabalhadores subordinados, com exclusão dos trabalhadores domésticos e dos trabalhadores no domicílio (art. 20.º n.º 1); e o DL n.º 426/88, de 18 de Novembro, aplicável aos funcionários e agentes do Estado, autarquias locais, serviços municipalizados e instituições de segurança social.

A matéria da igualdade remuneratória é, nestes dois diplomas, tratada de uma forma sistemática, abrangente e bastante idêntica para as duas categorias de trabalhadores, introduzindo no direito interno um sistema de protecção amplo, apoiado basicamente na Convenção n.º 100 da OIT sobre igualdade remuneratória entre trabalhadores do sexo feminino e masculino, que Portugal aprovou através do DL n.º 47302, de 4 de Novembro de 1966.

Parece-nos relevante salientar que a regulamentação legal do princípio da igualdade remuneratória em razão do sexo é a única concretização legal do princípio constitucional “trabalho igual, salário igual”, o que aumenta o seu valor como quadro de referência para a concretização dos próprios critérios que condicionam aquele princípio na Constituição (i.e., a natureza, quantidade e qualidade do trabalho prestado), na sua aplicação pelos tribunais, mas conduz também à autonomização do princípio da não discriminação remuneratória em razão do sexo relativamente ao princípio geral do trabalho igual, salário igual. E, na verdade, esta autonomização é extremamente importante por determinar na prática, na nossa opinião, um sistema de tutela mais amplo e eficaz do que o que seria propiciado apenas pela aplicação directa da norma constitucional.

Cabe ainda referir que a eficácia do sistema legal de protecção da igualdade de tratamento entre os trabalhadores do sexo masculino e feminino é assegurada pela norma revogatória genérica constante do art. 23.º do DL n.º 392/79, determinando expressamente a revogação de toda e qualquer norma legal, administrativa ou regulamentar contrária ao princípio da igualdade — o que inclui naturalmente as disposições relativas à igualdade remuneratória.

2.4. *A igualdade remuneratória e os instrumentos de regulamentação colectiva do trabalho*

Antes de entrarmos na apreciação de algumas questões regimentais do sistema de tutela do valor da igualdade remuneratória em razão do sexo, cabe ainda referir, a propósito do enquadramento desta temática, que, para além das fontes constitucionais, comunitárias e legais, as questões da igualdade em geral e da igualdade remuneratória em particular podem ser objecto dos instrumentos de regulamentação colectiva do trabalho, nomeadamente das convenções colectivas de trabalho.

Contudo, esta regulamentação convencional apenas poderá ser estabelecida num sentido mais favorável aos trabalhadores do que o previsto na lei, desde logo em razão da norma revogatória geral do art. 23.º do Decreto-Lei n.º 392/79 acima referida e em cujo âmbito previsional se incluem naturalmente as convenções colectivas de trabalho; e, por outro lado, porque esta mesma solução decorre das normas gerais delimitadoras do conteúdo das convenções colectivas de trabalho, designadamente do art. 6.º da LRCT, que estabelece a nulidade de todas as disposições delas constantes contrariando normas constitucionais ou legais imperativas ou determinando um tratamento menos favorável aos trabalhadores do que o previsto na lei — o que, naturalmente, inclui a matéria da igualdade remuneratória.

Para além destas disposições gerais, deve referir-se que, especificamente em matéria remuneratória, o DL n.º 392/79 prescreve, de forma expressa, a nulidade das cláusulas dos instrumentos de regulamentação colectiva que estabeleçam, para as mesmas categorias ou para categorias equivalentes de trabalhadores, remunerações inferiores para as mulheres, prevendo, em tal caso, a substituição automática de tais remunerações pelas existentes para os homens — é o que dispõe o art. 12.º n.º 2, em conformidade com o art. 4.º da Directiva 75/117.

Trata-se pois de um regime de protecção bastante forte, uma vez que, para além da previsão da nulidade das disposições, que terá que ser declarada nos termos gerais, a lei estabelece o mecanismo que assegura a eficácia prática do sistema de uma forma

imediate, através da substituição da remuneração inferior pela remuneração superior.

3. Desenvolvimento de algumas questões regimentais colocadas pelo princípio da igualdade remuneratória em razão do sexo no sistema jurídico português

Na sua disciplina da matéria da igualdade de tratamento e no que se refere especificamente à igualdade remuneratória entre os trabalhadores dos dois sexos, a lei portuguesa assegura, conformemente à CRP e ao art. 119.º do Tratado de Roma, o direito à “igualdade de remuneração entre trabalhadores e trabalhadoras por um trabalho igual ou de valor igual prestado à mesma entidade patronal” — art. 9.º n.º 1 do DL n.º 392/79 e art. 6.º n.º 1 do DL n.º 426/88, de 18 de Novembro, respectivamente para a generalidade dos trabalhadores e para os funcionários do Estado em sentido amplo.

Em desenvolvimento destes preceitos, os diplomas procedem depois, de uma forma muito idêntica, à concretização do conteúdo dos conceitos de remuneração, de trabalho igual e de valor igual, ao estabelecimento dos critérios de avaliação de funções e à delimitação dos conceitos de discriminação directa e indirecta. É desta matéria que nos vamos ocupar de seguida.

3.1. O conceito de remuneração

A primeira questão colocada pela aplicação concreta da ideia de igualdade remuneratória é a questão do próprio conceito de remuneração, para efeitos de verificação da conformidade da legislação portuguesa com o art. 119.º § 2.º do Tratado de Roma.

A noção de remuneração, para efeitos da determinação das situações de discriminação, é feita pelas leis especiais sobre a igualdade de uma forma bastante extensa. A lei qualifica como remuneração toda a prestação patrimonial (pecuniária ou não) a que o trabalhador tenha direito em razão do seu contrato de trabalho, incluindo a remuneração principal, a remuneração pela presta-

ção de trabalho suplementar e nocturno, as diuturnidades e prémios de antiguidade, os subsídios de férias e de Natal, os prémios de assiduidade e de produtividade e as comissões de vendas, os subsídios de risco, de alimentação, de deslocação, de alojamento e de turno, e os abonos para falhas — artigo 2.º c) do DL n.º 392/79. A noção de remuneração constante do art. 3.º do DL n.º 426/88, aplicável aos funcionários públicos, é ainda mais extensa, incluindo para este efeito também as despesas de representação.

Além disso, deve referir-se que, tanto no diploma aplicável à generalidade dos trabalhadores subordinados como no diploma aplicável aos funcionários e agentes públicos, a enumeração das diversas prestações consideradas remuneratórias para efeitos de igualdade salarial entre homens e mulheres tem natureza exemplificativa, pelo que ainda outras prestações a que o trabalhador tenha direito em razão do seu contrato de trabalho poderão ser tidas em conta para a avaliação de situações concretas de discriminação.

Se procedermos à comparação deste conceito de remuneração para efeitos de igualdade sexual com as referências constitucionais e legais às prestações retributivas do empregador verificamos o seguinte: relativamente à Constituição, parece-nos que a lei desenvolveu de forma ampla o conceito de retribuição previsto no já referido art. 59.º n.º 1 a), uma vez que as expressões “retribuição” e “salário” aí referidas e a sua ligação à prestação de uma actividade laborativa poderiam porventura permitir uma leitura mais restritiva do conteúdo das prestações remuneratórias aqui integráveis (7) — esta leitura mais ampla do conceito de remuneração levada a efeito pela lei determina pois um sistema de protecção mais favorável ao trabalhador ou à trabalhadora objecto de discriminação em razão do sexo do que aquele que a Constituição, por si só, poderia proporcionar, e que será porventura o conceito a adoptar quando estejam em causa questões de igualdade remuneratória por outras razões que não a do sexo dos trabalhadores em causa; relativamente ao conceito legal interno de retribuição, constante do art. 82.º n.º 1 da LCT e desenvolvido ao longo das normas

(7) Que, aliás, é feita pela doutrina — neste sentido, por todos, BERNARDO XAVIER, *Curso de Direito do Trabalho*, Lisboa, 1992, 401.

subsequentes, verificamos que ele é também muito menos extenso do que o conceito previsto para efeitos de igualdade remuneratória entre os trabalhadores dos dois sexos, uma vez que um dos seus elementos essenciais é a ideia de “contrapartida do trabalho”, ou seja, a relação directa e sinalagmática entre a prestação desenvolvida pelo trabalhador e a prestação correspondente do empregador — elemento este que não transparece do conceito de remuneração constante dos diplomas sobre a igualdade, já que no seu conteúdo estão abrangidas diversas prestações não decorrentes da prestação laborativa propriamente dita (subsídios de deslocação, de penosidade, etc...).

Da análise do conteúdo do conceito de remuneração constante dos diplomas legais sobre a igualdade dos trabalhadores em razão do sexo e da sua conjugação com a referência constitucional e com a lei geral do trabalho portuguesa podemos pois concluir que o conceito de remuneração para efeitos da verificação de uma prática discriminatória com base no sexo tem um conteúdo mais amplo, já que que o critério essencial para a sua delimitação parece ser a sua decorrência do contrato de trabalho ou da ligação de emprego público (exigência mencionada quer por um quer pelo outro preceito legal) e não a sua natureza retributiva, i.e., o facto de ser contrapartida do trabalho prestado. Ou seja, se atentarmos na distinção doutrinal clássica entre remuneração e retribuição, esta última significando a contrapartida da prestação laborativa, que assegura a natureza sinalagmática do contrato de trabalho e a primeira abrangendo todas as prestações patrimoniais devidas ao trabalhador em razão do seu contrato⁽⁸⁾, verificamos que, para efeitos de igualdade remuneratória entre trabalhadoras e trabalhadores, o legislador nacional quiz englobar no âmbito da tutela todas as prestações incluídas no conceito mais amplo — i.e., o conceito de remuneração.

Mas já se procedermos à comparação do conteúdo do conceito com o conceito de remuneração do parágrafo 2.º do art. 119.º do Tratado de Roma, verificamos que há conformidade da lei

(8) Por todos, MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito do Trabalho cit.*, 717 s.

nacional com o direito comunitário, uma vez que o critério delimitador da prestação como remuneratória na norma comunitária também parece ser o facto de ela decorrer da existência de uma relação de trabalho ou de emprego e não o facto de ser contrapartida directa do trabalho prestado. Ou seja, para efeitos da verificação de situação de tratamento discriminatório, a Comunidade adopta também um conceito amplo de remuneração e não o seu sentido retributivo estrito.

Desta forma, entendemos que é este sentido amplo de remuneração que tem que ser tomado em consideração na apreciação das concretas questões de discriminação remuneratória em razão do sexo em Portugal (incluindo pois as chamadas “prestações não retributivas do empregador”), não só porque é este sentido que consta das leis especiais sobre a igualdade, em conformidade com o direito comunitário, mas também porque tal sentido, se bem que não claramente retirável do texto constitucional, é possibilitado pelo sistema, uma vez que a lei desenvolve um princípio fundamental num sentido mais favorável aos trabalhadores e não num sentido restritivo - o que é permitido pelas regras gerais de coordenação hierárquica das fontes em direito do trabalho, nomeadamente pelo art. 13.º n.º 1 da LCT.

Este entendimento amplo do conceito de remuneração para efeitos da apreciação das questões de igualdade remuneratória entre os trabalhadores do sexo feminino e masculino parece-nos da maior importância por determinar um regime mais favorável para estas questões do que para outras questões de igualdade remuneratória que nada tenham a ver com o sexo. No nosso entender, esta conclusão inviabiliza uma interpretação restritiva do princípio constitucional do “trabalho igual, salário igual”, na sua aplicação judicial, a uma situação de discriminação salarial com base sexual, interpretação esta que já tem sido feita por tribunais portugueses na apreciação de questões de igualdade remuneratória por outros motivos⁽⁹⁾.

(9) Um breve exemplo ilustra esta situação. Como já referimos, os tribunais portugueses fazem, com frequência, apelo ao princípio constitucional do trabalho igual, salário igual, atribuindo-lhe um campo de aplicação directo e bastante amplo, uma vez que admi-

Em conclusão, parece-nos pois que o conceito de remuneração para efeitos de verificação de situações de discriminação com base no sexo terá que ser entendido em sentido amplo, por forma a abranger todas as prestações patrimoniais versadas ao trabalhador ou à trabalhadora em razão do seu contrato de trabalho⁽¹⁰⁾.

tem que ele se sobreponha ao próprio princípio da filiação sindical, emanação do princípio mais vasto da liberdade sindical (também e le de consagração constitucional e legal), e nos termos do qual só o trabalhador filiado no sindicato que outorgue uma convenção colectiva poderá ser integrado no seu âmbito pessoal de aplicação - é a regra constante do art. 7.º da LRCT. Ora, no que se refere à remuneração, os tribunais têm entendido (aliás sob crítica de alguma doutrina (por exemplo, BERNARDO XAVIER, *Curso de Direito do Trabalho cit.*, 401 s.) que o princípio constitucional da igualdade salarial determina que, uma vez estabelecida a igualdade do trabalho, em termos de natureza, quantidade e qualidade, de acordo com a exigência constitucional, é devido um salário igual, mesmo para os trabalhadores não sindicalizados ou até para os trabalhadores membros de um sindicato que não subscreveu a convenção colectiva que estabeleceu aquele valor salarial — neste sentido dispõem, por exemplo, os Ac. do STJ de 5/5/1988, BMJ 377-368, de 26/05/1988, BMJ 377 - 402, de 19/5/1988, AD 328-1017, e de 14/11/1990, AD, 350-268.

Invertendo esta orientação jurisprudencial, o Ac. STJ de 20/01/1993, CJ, 1993, 1, 239, considerou, contudo, excluídas das exigências da igualdade salarial todas as prestações patrimoniais complementares versadas pelo empregador e previstas em convenção colectiva de trabalho que não decorram directamente da prestação de trabalho, mas tenham a natureza de benefícios complementares do sistema de segurança social — como o complemento da pensão de velhice ou do subsídio de doença. O tribunal sustenta a sua decisão no princípio da filiação e da liberdade sindical e numa interpretação mais restritiva do conceito de salário igual, enunciado no art. 59.º n.º 1 da Constituição. E no mesmo sentido, o STJ se voltou recentemente a pronunciar no Ac. de 8/2/1995, CJ, 1995, 1, 267.

Ora, independentemente de qualquer opinião sobre a justeza da decisão e sobre a legitimidade de uma interpretação tão restritiva do conceito de retribuição no caso em análise, o que temos por certo, salvo melhor opinião, é que não seria admissível uma tal interpretação restritiva se a situação de discriminação tivesse um fundamento sexual, justamente pela maior favorabilidade dos sistemas nacional e comunitário de protecção destas situações.

⁽¹⁰⁾ Exemplo ilustrativo deste entendimento amplo do conceito de remuneração para efeitos de igualdade remuneratória entre trabalhadores dos dois sexos é um Ac. RLx de 10/3/1994, CJ, 1994, 2, 59, sobre uma situação de discriminação, decorrente da utilização por trabalhadoras mães de uma hora por dia para amamentação, nos termos da lei de protecção da maternidade e da paternidade — no caso em apreço, o empregador aproveitou esse facto para negar às trabalhadoras em causa um subsídio de alimentação criado pela convenção colectiva que lhes era aplicável mas dependente de uma jornada completa de trabalho, alegando que, justamente pelo direito que exerciam, a jornada de trabalho daquelas trabalhadoras não era completa. O tribunal decidiu que, uma vez que o direito exercido pelas trabalhadoras não determinava a perda da retribuição (já que a hora de aleitação é paga), e que o subsídio de alimentação previsto na convenção colectiva integrava a remuneração, tal subsídio era devido às trabalhadoras em causa. No nosso entender, este entendimento demonstra a não redutibilidade do conceito de remuneração à ideia de contrapartida do trabalho prestado, para efeitos de verificação da situação de discriminação em razão do sexo.

b) *Os conceitos de trabalho igual e de trabalho de valor igual e os critérios de avaliação do trabalho*

Delimitado o conteúdo do conceito de remuneração para efeitos de detecção de situações de discriminação com base no sexo, importa agora que nos debrucemos sobre a outra vertente do problema — ou seja, sobre a determinação do conceito de trabalho igual.

O conceito de trabalho igual para efeitos da verificação de discriminações retributivas em razão do sexo é retirável do conceito constitucional de trabalho igual, dos conceitos de trabalho igual e de trabalho de valor igual constantes dos diplomas especiais sobre igualdade em função do sexo e das referências feitas pelo artigo 119.º do Tratado de Roma, bem como pela Convenção n.º 100 da OIT sobre igualdade de remuneração entre homens e mulheres, e respectiva noção de trabalho de valor igual.

Do ponto de vista do direito interno, verifica-se que o conceito constitucional de trabalho igual é delimitado pelos critérios da “natureza, qualidade e quantidade” do trabalho prestado, mas não é concretizado no plano legal em termos gerais, mas apenas nas leis especiais sobre a igualdade atinente ao sexo, único texto infraconstitucional onde aparece também a noção de trabalho de valor igual — em consonância com a Directiva 75/117 e com a Convenção n.º 100 da OIT.

O não desenvolvimento do conceito ao nível do direito interno em termos gerais contribui para explicar que, na aplicação prática do preceito constitucional às questões de discriminação remuneratória não fundadas no sexo do trabalhador, os tribunais portugueses se limitem a desenvolver e a aplicar directamente os critérios de determinação da identidade do trabalho que a própria Constituição estabelece — ou seja, as ideias de quantidade, natureza e qualidade do trabalho, referidas no próprio art. 59.º n.º 1 a) da CRP.

Em aplicação destes critérios, a jurisprudência tem entendido que apenas haverá uma discriminação salarial quando a diferença remuneratória corresponda a um trabalho igual em termos de quantidade (reportada à duração e à intensidade da prestação laborativa), em termos de natureza (reportada à dificuldade, ao grau de

penosidade ou à perigosidade da prestação) e em termos de qualidade (aferida de acordo com as exigências técnicas, de prática e de capacidade do trabalhador para o desempenho da tarefa) da prestação⁽¹¹⁾.

Desta forma, na apreciação das questões de igualdade remuneratória em geral tem sido exigida a identidade material das tarefas ou funções desempenhadas (ou seja, a ocupação de postos de trabalho idênticos) e não apenas o posicionamento do trabalhador na mesma categoria profissional daquele em relação a quem se sinta discriminado, para que se consubstancie a quebra do princípio constitucional do trabalho igual, salário igual — na verdade, embora alguns acórdãos se refiram ao conceito de categoria como critério de referência na apreciação das questões de igualdade remuneratória, o certo é que a jurisprudência mais recente tem vindo a acentuar a necessidade de prova da identidade material de funções ou tarefas para integrar os critérios atinentes à natureza, qualidade e quantidade do trabalho que a Constituição enuncia⁽¹²⁾.

Neste quadro geral, como posicionar as questões de igualdade remuneratória em razão do sexo? Uma vez mais, parece-nos que a apreciação do conceito de trabalho igual para efeitos de discriminação remuneratória com base no sexo, pese embora o facto de não dispensar o recurso aos critérios constitucionais da quantidade, qualidade e natureza do trabalho, tem que ser feita de uma forma diferente, uma vez que à fonte constitucional acrescem outras fontes, que cabe tomar em consideração para esse efeito: as leis sobre igualdade de tratamento entre trabalhadoras e trabalhadores, que definem os conceitos de trabalho igual e de trabalho de valor igual e que, especificamente em matéria de remuneração, fazem apelo ao conceito de categoria, como critério de aferição das situações de discriminação em razão do sexo; o art. 119.º do Tratado de Roma, que refere também os dois conceitos, embora não proceda à sua concretização de forma precisa; e a própria Convenção n.º 100 da OIT, que define o trabalho de valor igual para efeitos de igualdade remuneratória entre homens e mulheres. É pois da conjugação des-

(11) Por todos, o Ac. STJ de 19/01/1989, AD, 328-558.

(12) Por todos, neste sentido, o Ac. RLx de 25/03/1992, RDES, 1992, 4, 349.

tas normas com os critérios de aferição constitucional que terá que decorrer a integração dos conceitos de trabalho igual e de trabalho de valor igual, para o efeito da verificação de uma situação discriminatória com base no sexo.

Para efeitos de igualdade de direitos entre os trabalhadores e as trabalhadoras, os dois diplomas acima referidos estabelecem os conceitos de trabalho igual e de trabalho de valor igual da seguinte forma: trabalho igual é o que é prestado a um mesmo empregador, quando as tarefas nele compreendidas tenham um conteúdo igual ou objectivamente semelhante (art. 2.º *d*) do DL n.º 392/79, e no mesmo sentido, em relação aos funcionários do Estado e afins, o art. 3.º *d*) do DL n.º 426/88, referindo a identidade de cargos ou funções desempenhadas); trabalho de valor igual é aquele que é prestado para um mesmo empregador, quando as tarefas nele compreendidas, tendo um conteúdo objectivamente diverso, sejam de considerar equivalentes em resultado da aplicação de critérios objectivos de avaliação de funções (art. 2.º *e*) do DL n.º 392/79 e, no mesmo sentido o art. 3.º *e*) do DL n.º 426/88, para os funcionários do Estado, também aqui referindo a equivalência de funções ou cargos) - a objectividade da avaliação de funções é assegurada através da exigência legal de que os critérios de avaliação sejam comuns aos trabalhadores dos dois sexos, por forma a excluir discriminações baseadas no sexo, nos termos do art. 9.º n.º 3 do DL n.º 392/79 e do art. 6.º n.º 3 do DL n.º 426/88, respectivamente para a generalidade dos trabalhadores subordinados e para os funcionários públicos e em consonância com o parágrafo 2.º do art. 1.º da Directiva 75/117.

Da delimitação destes dois conceitos resulta, no nosso entender, uma clarificação do conceito de trabalho igual quando aplicado a situações de discriminação remuneratória em razão do sexo num sentido porventura mais amplo do que aquele que poderia resultar da aplicação directa e simples do brocardo constitucional "trabalho igual, salário igual, segundo a sua natureza, qualidade e quantidade". É que as dúvidas sobre o âmbito previsional desta forma e, nomeadamente, sobre a questão de saber se ela inclui ou não os trabalhos materialmente diversos mas valorativamente idênticos, não se colocarão no caso de discriminação remuneratória com base no sexo, uma vez que do texto legal, em consonância

com a legislação internacional e comunitária, resulta que tal discriminação pode ter lugar tanto no caso de uma identidade material de funções, como no caso de funções materialmente diversas mas valorativamente idênticas⁽¹³⁾.

Por outro lado, a lei socorre-se ainda de um outro conceito, que nos parece da maior importância como índice de aferição concreta das situações de trabalho de valor igual quando esteja em causa uma discriminação remuneratória com base no sexo — o conceito de categoria, referido no art. 12.º n.º 2 e 3. Na verdade, embora este conceito não seja mencionado de forma directa a propósito dos critérios de avaliação de funções mas sim das cláusulas remuneratórias estabelecidas nos instrumentos de regulamentação colectiva, a lei distingue entre “as mesmas categorias profissionais” e “categorias profissionais equivalentes” — aquelas cuja descrição de funções corresponda, efectivamente, a um trabalho igual ou de valor igual. Desta forma, a categoria do trabalhador, nomeadamente quando constante de convenção colectiva (o que sucede com frequência) será um critério de avaliação adicional para a verificação de situações de discriminação remuneratória em razão do sexo.

Mas, parece-nos relevante salientar, que do próprio texto legal resulta que a referência à categoria, porque ligada à ideia de descrição de funções, não será de tomar em sentido puramente formal ou hierárquico, mas em sentido horizontal e material — ou seja, como quadro delimitador de certo conjunto de funções ou de tarefas.

Mas será que a referência à categoria, assim entendida, basta para a configuração da situação de discriminação remuneratória em razão do sexo? Salvo melhor opinião, entendemos que não, sob pena de subvertermos, pela via oposta, o próprio princípio constitucional da igualdade salarial.

Na verdade, sendo proibida a discriminação remuneratória com base no sexo, ela não fica demonstrada apenas com a indica-

(13) Não se nos afiguraria pois admissível, salvo melhor opinião, uma posição tão restritiva como a sustentada pelo Ac. RLx de 25/03/1992, atrás referido (*supra*, nota 12), ao exigir a identidade material de tarefas, se, em vez de um caso de alegada discriminação com base em motivos diversos do sexo estivesse em causa uma discriminação remuneratória com base no sexo.

ção de que o trabalhador ou a trabalhadora que a invoquem detêm a mesma categoria que o trabalhador de referência que aufera melhor salário. Verificada a identidade da categoria, será necessário ainda aferir da identidade valorativa de funções e da quantidade e qualidade do trabalho prestado, sob pena de se frustrar o princípio do trabalho igual, salário igual através da retribuição igual de trabalhos objectivamente diferentes, do ponto de vista da sua utilidade e do grau de rendimento do próprio trabalhador em causa.

Este entendimento parece-nos ter apoio em argumentos constitucionais e legais: do ponto de vista constitucional, entendemos que ele resulta não só do texto constitucional (que consagra o direito à retribuição do trabalho, segundo a sua natureza, qualidade e quantidade), como da própria *ratio* do princípio da igualdade que certamente não pretende determinar o tratamento igual daquilo que for objectivamente diverso; do ponto de vista legal, pensamos que aponta neste sentido a referência da lei à necessidade de avaliação de funções de acordo com critérios objectivos e comuns aos dois sexos, que visa exactamente determinar em que medida se verifica a identidade material ou valorativa das tarefas desempenhadas, admitindo pois um juízo de valor não apenas sobre a natureza da prestação do trabalhador como sobre o seu rendimento no respectivo desempenho - esta conclusão decorre aliás directamente do art. 9.º n.º 2 do DL n.º 392/79, quando se estabelece a admissibilidade de variação de remuneração, com base em critérios objectivos comuns a homens e mulheres.

Desta forma, entendemos que o trabalho remunerado de forma diferente apenas manifesta uma situação de discriminação com base no sexo quando a diferença salarial não corresponder a uma prestação qualitativa e quantitativamente diferente — ou seja, são de admitir variações na remuneração por motivos objectivos, em função da qualidade e da quantidade do trabalho prestado, mesmo que os trabalhadores em causa estejam na mesma categoria — neste sentido se tem, aliás, pronunciado a jurisprudência comum⁽¹⁴⁾, e neste sentido se pronunciou também o Tribunal

(14) Ac. STJ 1/3/1990, BMJ, 395-396; Ac. STJ de 22/09/93, CJ, 1993, 3, 269; e Ac. RLx de 25/3/92, CJ, 1992, 2, 199.

Constitucional, considerando admissível a variação remuneratória por motivos objectivos, como manifestação positiva do próprio princípio constitucional da igualdade⁽¹⁵⁾.

Em conclusão, entendemos pois que a concretização do conceito de trabalho igual, para efeitos de verificação de situações de discriminação remuneratória com base no sexo, deve ser feita em termos amplos, já que passa em primeiro lugar pela assimilação do conceito de trabalho de valor igual ao conceito de trabalho materialmente igual; exige depois uma referência à ideia de categoria em sentido horizontal, ou seja, como conjunto de tarefas integrativas da função do trabalhador; e finalmente, exige uma concretização através dos critérios constitucionais da quantidade e qualidade do trabalho prestado.

Por outro lado, a conjugação da necessidade de estabelecimento de critérios objectivos de avaliação de funções, comuns aos dois sexos, com a permissão de diferenças objectivas na remuneração quando, por aplicação daqueles critérios, se verificarem diferenças objectivas no valor do trabalho, permite-nos também estabelecer duas regras fundamentais em matéria de igualdade remuneratória em função do sexo: por um lado, o princípio da igualdade remuneratória em razão do sexo proíbe o estabelecimento de regras de tratamento salarial diferenciadoras em razão do sexo dos trabalhadores, nomeadamente em convenção colectiva - ou seja, tem uma dimensão sobretudo negativa, de proibição de discriminações com base no sexo; mas, por outro lado, este princípio não estabelece qualquer igualização salarial formal, permitindo antes a individualização do salário, tanto para trabalhadores do sexo masculino como para trabalhadores do sexo feminino, de acordo com a natureza da prestação e o rendimento do trabalhador

(15) Ac. TC de 9/03/1989, BMJ, 385-188. Considerando que o princípio da igualdade vertido no art. 13.º da Constituição determina não só a necessidade de tratar de forma igual o que é idêntico mas igualmente a obrigação de tratar diferentemente o que é diverso, tendo pois como conteúdo negativo a proibição de discriminações e como conteúdo positivo a possibilidade de diferenciação, e conjugando esta interpretação com o princípio do trabalho igual, salário igual, o tribunal entendeu, em consequência, admissível a variação salarial fundada em critérios objectivos, demonstrativos da diversidade das situações em causa.

no seu desempenho, apurados através de critérios objectivos, comuns aos dois sexos.

3.3. *Ónus da prova da situação de discriminação remuneratória com base no sexo e protecção da trabalhadora ou do trabalhador alegando discriminação*

Como última nota regimental, gostaríamos de chamar a atenção para um importante elemento diferenciador das situações de discriminação remuneratória em razão do sexo relativamente às restantes situações de discriminação remuneratória, que terá que ser tido em conta na prática judicial — é a questão do ónus da prova.

É frequente encontrarmos nos acórdãos sobre a igualdade remuneratória por motivo diverso do sexo a exigência de que o trabalhador alegando a situação de discriminação produza a respectiva prova, demonstrando que a prestação que desenvolve é materialmente igual, em termos de quantidade, natureza e qualidade, à dos colegas - é, aliás, a solução que decorre das regras gerais do ónus da prova e que as decisões judiciais têm perfilhado⁽¹⁶⁾.

Ora, como decorre das leis especiais sobre a igualdade (art. 9.º n.º 4 do DL n.º 392/79 e art. 10.º do DL n.º 426/88), no caso de discriminação remuneratória com base no sexo, à trabalhadora ou ao trabalhador que se sinta objecto de discriminação salarial caberá alegar fundamentadamente a situação de discriminação relativamente a um colega de referência, mas cabe ao empregador provar que a diferença remuneratória se deve a factor diverso do sexo⁽¹⁷⁾.

⁽¹⁶⁾ Acórdãos do STJ de 22/9/93, CJ, 1993, 3, 269; de 23/11/94, CJ, 1994, 3, 292; e de 8/2/95, CJ, 1995, 1, 267.

⁽¹⁷⁾ No nosso entender, a alegação da situação de discriminação em concreto encontra-se mais facilitada actualmente no sistema jurídico português pela exigência feita ao empregador pela L. n.º 5/94, de 11 de Janeiro, no sentido de fornecer ao trabalhador, aquando da celebração do contrato, uma informação escrita sobre os principais aspectos da relação de trabalho, nomeadamente, o valor da sua remuneração, o conteúdo da sua prestação de trabalho e a sua categoria.

Resta dizer que o trabalhador ou a trabalhadora que aleguem a situação de discriminação remuneratória, por via extra-judicial ou judicial estão protegidos nos termos gerais pela proibição constante do art. 32.º da LCT de aplicação de sanções disciplinares pelo empregador, como reacção ao exercício de um direito legítimo pelo trabalhador, e em termos específicos pelas leis especiais sobre a igualdade em razão do sexo (art. 11.º do DL n.º 392/79 e art. 12.º do DL n.º 426/88, em conformidade com o art. 5.º da Directiva 117/75), desenvolvendo-se esta protecção especial em três medidas: através da proibição imposta ao empregador de prejudicar e de aplicar sanções disciplinares (nomeadamente o despedimento) aos trabalhadores, pelo facto de estes terem reclamado alegando discriminação (art. 11.º n.º 1); através da presunção do carácter abusivo de qualquer sanção aplicada aos trabalhadores no prazo de um ano sobre a reclamação por discriminação (n.º 2), com as consequências gerais daí decorrentes; e através do reconhecimento de um direito especial a indemnização pelos prejuízos causados que acresce às consequências gerais das sanções abusivas (n.º 3).

4. Conclusões

Do exposto retiraríamos quatro notas de síntese sobre o sistema português de tutela do princípio da igualdade de tratamento entre trabalhadores e trabalhadoras em matéria remuneratória.

A primeira é que a base do sistema de protecção da igualdade remuneratória em Portugal é a Constituição, mas que a única concretização legal do princípio constitucional do trabalho igual, salário igual se verifica justamente a propósito da não discriminação remuneratória em razão do sexo — isto explica a razão pela qual os tribunais têm resolvido as questões da igualdade remuneratória com motivações diversas através da aplicação directa da norma constitucional, mas obriga a autonomizar o sistema de protecção desta quando o motivo da discriminação seja o sexo.

A segunda é que a noção de remuneração para efeitos da verificação de uma situação discriminatória com base no sexo tem um sentido amplo, que não coincide com as interpretações algo restritivas da expressão constitucional “salário” que os tribunais têm

ultimamente vindo a adoptar em relação a casos de discriminação remuneratória independente do sexo.

A terceira é que o conceito de trabalho igual constante da CRP só tem concretização ao nível legal nas leis sobre a igualdade de tratamento e não discriminação em razão do sexo, que estabelecem igualmente o conceito de trabalho de valor igual, para efeito da verificação de uma prática discriminatória em razão do sexo. Esta situação determina, no nosso entender, a inviabilidade de uma interpretação restritiva do conceito pelos tribunais, embora também não conduza à irrelevância da prestação executada para a determinação da retribuição devida.

A quarta e última nota de síntese é que nos casos de discriminação remuneratória com base no sexo se verifica uma inversão parcial do ónus da prova, cabendo apenas ao trabalhador(a) alegar a situação e ao empregador provar que ela se não deve ao sexo - inversão esta que não tem lugar nas outras situações de discriminação salarial, independentes do sexo.

Abreviaturas

Ac	Acórdão
AD	Acórdãos Doutriniais do Supremo Tribunal Administrativo
BMJ	Boletim do Ministério da Justiça
CJ	Colectânea de Jusrisprudência
CRP	Constituição da República Portuguesa
DL	Decreto-Lei
L	Lei
LCT	Regime Jurídico do Contrato de Trabalho (DL n.º 48408, de 24 de Novembro de 1969)
LRCT	Lei da Regulamentação Colectiva do Trabalho (DL n.º 519-C/79, de 29 de Dezembro)
OIT	Organização Internacional do Trabalho
RDES	Revista de Direito e Estudos Sociais
RLx	Tribunal da Relação de Lisboa
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TC	Tribunal Constitucional
TJ	Tribunal de Justiça das Comunidades