

Distribuição do Ónus da Prova na Lei Antidiscriminação da UE

Goran Selanec S.J.D



Financiado pelo Programa Direitos, Igualdade e Cidadania 2014-2020 da Comissão Europeia

1

Fundamento Legislativo

Diretiva 2006/54/EC (Reformulação) :

*“OS Estados-Membros tomarão as medidas necessárias, de acordo com os respetivos sistemas judiciais, para assegurar que quando uma pessoa que se considere lesada pela não aplicação, no que lhe diz respeito, do princípio da igualdade de tratamento apresentar, perante um tribunal ou outra instância competente, **elementos de facto constitutivos da presunção de discriminação direta ou indireta, incumba à parte demandada provar que não houve violação do princípio de igualdade de tratamento.**”*

- Diretiva do Conselho 2000/43/CE, Art 8
- Diretiva do Conselho 2000/78/CE, Art 10

2

O Princípio da Proteção Jurisdicional Efetiva

- ***Não isenta os queixosos*** de convencer o tribunal de que ocorreu discriminação
- Visa ***eliminar as barreiras à proteção judicial efetiva*** do direito de igualdade concedido pela UE
 - Expressão do princípio fundamental da proteção jurídica efetiva do direito da UE (direitos que os indivíduos derivam da ordem jurídica da UE)

3

Proteção Jurisdicional Efetiva

- Processo 222/84 Johnston

„...É necessário recordar que o artigo 6 da Diretiva impõe aos Estados Membros a obrigação de introduzirem na sua ordem jurídica interna as medidas necessárias para permitir a qualquer pessoa que se considere vítima de uma discriminação «fazer valer judicialmente os seus direitos». Decorre desta disposição que os Estados Membros são obrigados a tomar medidas que sejam suficientemente eficazes para atingir o objetivo da diretiva e a fazer que os direitos atribuídos possam ser invocados pelas pessoas interessadas nos tribunais nacionais.....

O controlo jurisdicional imposto por este artigo, é a expressão de um princípio geral de direito que está na base das tradições constitucionais comuns aos Estados Membros. Este princípio foi igualmente consagrado pelos artigos 6º e 13º da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, de 4 de novembro de 1950. Como foi reconhecido pela declaração comum da assembleia, do Conselho e da Comissão, de 5 de abril de 1977, (JO C 103, p.1) e pela jurisprudência do Tribunal, convém ter em conta, no quadro do direito comunitário, os princípios em que se inspira essa convenção.

Por força do artigo 6 da Diretiva 76/207, interpretado à luz do princípio geral mencionado, todas as pessoas têm direito a um recurso efetivo para o órgão jurisdicional competente contra os atos que considerem que atentam contra o princípio da proporcionalidade de tratamento entre homens e mulheres estabelecido na Diretiva 76/207. Cabe aos Estados-membros assegurar um controlo jurisdicional efetivo do respeito das disposições aplicáveis do direito comunitário e da legislação nacional destinada a aplicar os direitos estabelecidos na diretiva.

A resposta a esta parte da sexta questão colocada pelo Tribunal do Trabalho deve, portanto, ser que o princípio do controlo judicial efetivo, consagrado no artigo 6 da Diretiva do Conselho nº 76/207, de 9 de fevereiro de 1976, não permite que uma certidão emitida por uma autoridade nacional declarando que as condições de derrogação ao princípio de igualdade de tratamento entre homens e mulheres para efeitos de proteção da segurança pública, estão preenchidas para serem tratadas como prova conclusiva, de modo a excluir o exercício de qualquer poder de revisão pelos tribunais."

4

O Mecanismo de Distribuição

- a finalidade da garantia do ónus é **distribuir responsabilidades** entre as partes perante o tribunal, relacionadas com a apresentação de provas que **demonstrem um conjunto de factos** com base nos quais o tribunal possa concluir com fiabilidade respeitável que a alegação de discriminação é (não) justificada.

5

Âmbito Processual do Princípio do Ónus da Prova da UE

- O Princípio exige o ajuste das regras processuais nacionais relacionadas
- Que tipo de regras processuais se enquadram no âmbito do princípio:
 - Regras sobre a apresentação de provas?
 - Regras sobre a avaliação da evidência apresentada?
 - Ambos?

6

O Âmbito Material do Princípio do Ónus da Prova da UE

- A aplicação do princípio do ónus da prova da UE mostrará diferentes «especificidades» dependendo da garantia material antidiscriminação cuja execução deve facilitar:
 - Discriminação direta
 - Discriminação indireta
 - Adaptação razoável
 - Vexames
 - Assédio sexual

7

Discriminação comprovada Fundamentos: Formal v Real

- **O que precisa de ser comprovado?**
 - Preconceito
 - Prejuízo
 - Estereótipo (racional e/ou irracional)
 - Inconsistência (violação de forma)
 - Preferências consideradas diferentemente
 - Tudo o que seja diferente, tratado do mesmo modo
 - Implicações Negativas da Adesão ao Grupo (efeito na vida real)
 - O foco está nas consequências reais do tratamento examinado

8

Discriminação Direta Comprovada

- Os fatos presentes em que o tribunal se baseia para chegar a uma conclusão sobre *se a questão do tratamento contestado foi*:
- **desfavorável**
 - **Relacionado** com o motivo discriminatório
- O papel perturbador do „comparador”

9

Prima Facie Treshold

- Que se entende por “**presumir**”
 - fatos indicam com razoável probabilidade que ocorreu discriminação (**causa provável**)
 - Sem outra explicação dos factos apresentados, (**preponderancia de prova**)
 - Suspeita específica, articulável e individualizada (**suspeita razoável**)
 - A prova apresentada deve ser tal, que torne forte e substancialmente mais provável ser verdade que a discriminação ocorreu, do que não.

10

Mudança

- De que modo um requerido pode provar que não houve discriminação?
 - Ao refutar a credibilidade da presunção prima facie
 - Demonstrando que a prática não estava de modo algum ligada ao critério suspeito? (ónus total)
- Que grau de persuasão deve atingir para convencer o tribunal?

11

Jurisprudência inicial C-109/88 Danfoss (1989)

*“se o sistema de remuneração for **totalmente** desprovido de **transparência** e as evidências estatísticas revelarem uma diferença de remuneração entre trabalhadores masculinos e femininos, o ónus da prova incumbe ao empregador **para explicar** a diferença salarial baseada **em fatores alheios ao sexo.**”*

- PFT:
 - adesão ao grupo
 - Dados estatísticos revelando tratamento desfavorável
 - total falta de transparência
 - “propôs-se e foi negado/recusado” – o requerente pediu explicações
- A transição:
 - Provas de fatores não relacionados com o sexo
 - Dever de „prestar contas”

12

Jurisprudência recente

C-127/92 Enderby

“ se a remuneração relativa às funções de terapeutas da fala for sensivelmente inferior à que respeita as funções de farmacêutico e se os primeiros forem quase exclusivamente ocupados por mulheres, ao passo que os segundos principalmente por homens , tal situação revela uma aparência de discriminação baseada no sexo.....”

Numa situação de discriminação aparente, cabe à entidade patronal demonstrar que existem razões objetivas para a diferença de remuneração verificada. Com efeitos, os trabalhadores seriam privados do meio para fazer respeitar o princípio da igualdade de remuneração perante o órgão jurisdicional nacional se a apresentação de elementos suscetíveis de revelar uma discriminação aparente não tivesse por efeito impor ao empregador o ónus de demonstrar que a diferença de remuneração não é, efetivamente, discriminatória (v., por analogia, o acórdão H.K Danfoss, já referido, nº 13). ”

13

Jurisprudência Inicial

C-127/92 Enderby

- Elementos Prima Facie
 - Dados mostrando diferença no tratamento estatisticamente relevante (entre grupos executando trabalho de igual remuneração)
 - Dados revelando diferença estatisticamente relevante na (género, etnia, etc.) estrutura de dois grupos .
- Elementos de Transição da Defesa
 - Apresentar razões objetivas
 - Não relacionadas com motivos discriminatórios
 - Questão de falta de transparência
 - O empregador tentou a defesa processual apoiando-se no processo “democrático” de negociação coletiva
 - a falta de transparência do processo supostamente “representativo r a história dos sindicatos como organizações “dominadas por homens” sugeriam que o motivo não era “objetivo”

14

Jurisprudência Inicial- Lições

- O Princípio BoP faz parte da categoria mais ampla de garantias processuais originadas do princípio da proteção legal/judicial efetiva como um dos princípios fundamentais do direito da UE PFC Limite : presunção (forte)
- **PFC Limite : presunção (forte)**
 - Exige que o investigador assuma, pelo menos temporariamente, a existência de certos fatos caso uma parte tenha provado outros – geralmente relacionados
 - Transfere o ónus da *produção e persuasão*.
 - Preponderância ou menos
- **O Limite de transição: inferência**
 - Obrigação de 1) **produzir prova** dos factos que 2) permitam ao investigador **deduzir conclusões com base na razão e experiência sobre**
 - *i) se o tratamento foi desfavorável*
 - *ii) se o tratamento estava relacionado com discriminação*
 - O inquirido não pode empregar a estratégia de “a razão menos acessível”

15

Jurisprudência contemporânea

- C-381/99 Brunhoffer
- C - 17/05 Cadman
- C - 54/07 Feryn
- C-104/10 Kelly
- C-81/12 Accept
- C-83/14 CHEZ

16

O Papel do Comparador

- **A prova de „semelhança” é fundamental para a conclusão judicial sobre discriminação?**
 - Discriminação como consistência formal
 - A discriminação implica diferença de tratamento entre duas situações suficientemente semelhantes
 - Requer comparador
- **Quem deve apresentar a prova de (des)similaridade?**
 - O autor/queixoso/requerente numa fase prima facie?
 - A parte requerida como parte da defesa transferida/alterada?

17

C - 54/07 Feryn

„O fato de uma entidade patronal declarar publicamente que não empregará trabalhadores de certa origem técnica ou racial, o que, como é evidente, **pode dissuadir seriamente** certos candidatos de apresentarem a sua candidatura e, portanto, **dificultar o acesso ao mercado de trabalho, constitui uma discriminação direta** na aceção do Artigo 2(2) da Diretiva 2000/43 implementando o princípio de igualdade de tratamento independentemente da sua origem racial ou étnica. A existência de tal discriminação direta não pressupõe que seja identificável um queixoso que alegue ter sido vítima dessa discriminação. ...

O Artigo 15 da Diretiva 2000/43 implementando o princípio de igualdade entre pessoas, independentemente da sua origem racial ou étnica exige que, **mesmo quando não exista uma vítima identificável, o regime das sanções** aplicáveis às violações de disposições nacionais adotadas para transpor esta directiva seja eficaz, proporcional e dissuasivo.

18

C - 54/07 Feryn

“O artigo 8º da Diretiva 2000/43 precisa, a este respeito, que incumbe à parte demandada provar que não houve violação do princípio de igualdade de tratamento **quando são apresentados elementos de facto constitutivos da presunção** de discriminação direta ou indireta. A obrigação de produzir prova em contrário que, nestes termos, incumbe ao presumível autor da discriminação, **depende apenas da existência de uma presunção**, que deve ser baseada em factos assentes.

Podem constituir tais factos que permitem presumir a existência de uma política de contratação discriminatória, as declarações pelas quais uma entidade patronal anuncia publicamente que, no âmbito da sua política de contratação, não empregará trabalhadores de determinada origem étnica ou racial.

Por consequência, cabe a esta entidade patronal **produzir prova** de que **não foi violado** o princípio da igualdade de tratamento, o que pode fazer, designadamente, demonstrando que a prática real da contratação da empresa não corresponde a essas declarações.

Compete ao órgão jurisdicional de reenvio verificar se estão demonstrados os factos imputados a essa entidade patronal e **apreciar se são suficientes os elementos que esta fornece em apoio** das suas afirmações, segundo as quais não violou o princípio da igualdade de tratamento.”

19

C-81/12 Accept

47 Todavia, o acórdão **Feryn não exige** que, para se provar a existência de «elementos de facto constitutivos da presunçãode discriminação», em conformidade com o artigo 10, nº 1 da diretiva de 2000/78, o autor das declarações relativas à política de recrutamento de uma entidade determinada **deve necessariamente dispor da capacidade jurídica de definir diretamente essa política ou ainda de vincular ou representar essa entidade** em matéria de recrutamento.

48 Com efeito, o simples facto de declarações co as que estão em causa no processo principal não emanarem diretamente de um requerido determinado, não obsta necessariamente a que seja possível provar, relativamente a essa parte, a existência de «elementos de facto constitutivos da presunção de..... discriminação»....

49 Daqui decorre que um empregador demandado não pode refutar a existência de factos que permitam presumir que segue uma política de recrutamento discriminatória ao limitar-se a defender que as declarações sugestivas da existência de uma política de recrutamento emanam de *uma pessoa que, apesar de afirmar e parecer desempenhar um papel importante na gestão deste empregador, não é juridicamente capaz de o vincular em matéria de recrutamento.*

50 Numa situação como a que está na origem do litígio no processo principal, o facto desse **empregador não se ter claramente demarcado das declarações em causa, constitui um element que a instância competente pode ter em conta** no quadro de uma apreciação global dos factos.

20

C-81/12 Accept

- 56 Neste contexto, os requeridos poderão contestar, nas instâncias nacionais competentes, a existência dessa violação demonstrando por qualquer meio permitido em direito, que a sua política de recrutamento assenta em fatores alheios a qualquer discriminação baseada na orientação sexual.
- 57 Para inverter a presunção simples cuja existência pode resultar do artigo 10, nº1, da Diretiva 2000/78, não é necessário que um requerido prove que pessoas de uma determinada orientação sexual foram recrutadas no passado, sendo essa exigência efetivamente suscetível, em certas circunstâncias, de violar o direito ao respeito da vida privada.
- 58 No quadro de apreciação global que caberia então à instância nacional competente efetuar, a aparência de discriminação baseada na orientação sexual podia ser refutada a partir de um conjunto de indícios concordantes. Como a Accet alegou, no essencial, entre esses indícios podiam figurar designadamente uma reação do requerido em causa no sentido de uma demarcação clara relativamente às declarações públicas na origem da aparência de discriminação assim como a existência de disposições expressas em matéria de política de recrutamento dessa parte para efeitos de assegurar o respeito do princípio da igualdade de tratamento na aceção da Diretiva 2000/78.

21

C-83/14 CHEZ

Elementos Constitutivos de Discriminação Direta

„A este respeito, a jurisprudência do Tribunal de Justiça [...] é, neste caso, suscetível de justificar a interpretação de que o princípio da igualdade de tratamento a que se refere esta diretiva se aplica não a uma determinada categoria de pessoas, mas por referência aos fundamentos mencionados no seu artigo 1.º, de modo que este princípio se destina a beneficiar também as pessoas que, embora não sejam elas próprias da raça ou grupo étnico em causa, sofrem um tratamento menos favorável ou uma desvantagem especial por um desses motivos (v., por analogia, acórdão Coleman, C-303/06, EU:C:2008:415, n. os 38 e 50)...

No que diz respeito à situação em causa no processo principal, embora admitindo que, como a Sra. Nikolova afirma no Tribunal de Justiça, não é de origem cigana, a verdade é que **é de facto de origem cigana**, neste caso, a da maioria dos outros habitantes do distrito em que exerce a sua atividade, **que constitui o fator com base no qual considera ter sofrido um tratamento menos favorável** ou uma desvantagem especial...

... se a diferença de tratamento resultante da prática controvertida pode ser considerada como tendo sido introduzida em razão da origem étnica ... há que começar por salientar **que o simples facto de o distrito em causa no processo principal ser também habitado por habitantes que não são de origem cigana não exclui que tal prática tenha sido imposta, tendo em conta a origem étnica cigana compartilhada pela maioria dos habitantes daquele distrito**”.

22

C-83/14 CHEZ

Fase Prima Facie

...Compete ao órgão jurisdicional de reenvio **ter em conta todas as circunstâncias da prática envolvente**, a fim de determinar se existem elementos de prova suficientes para concluir que os factos a partir dos quais se pode presumir a existência de uma discriminação direta em razão da origem étnica, **e assegurar que a recusa de divulgação** por parte do demandado, a CHEZ RB, no âmbito da apuração de tais factos **não seja suscetível de comprometer** a realização dos objetivos prosseguidos pela Diretiva 2000/43.

As questões que podem ser tomadas em consideração a este respeito incluem, em particular, o facto de ser fundamento comum... e não contestado pela CHEZ RB, que esta estabeleceu a prática em causa **apenas em distritos urbanos que ... são conhecidos por ter búlgaros de origem cigana como a maioria da sua população**

O mesmo se aplica ao facto de... que... a CHEZ RB afirmou que, **na sua opinião**, os danos e as ligações ilegais **são cometidos principalmente por cidadãos búlgaros de origem cigana**. De facto, tais afirmações podem sugerir que a prática em causa se baseia em estereótipos ou preconceitos étnicos, combinando-se assim os motivos raciais com outros motivos

23

C-83/14 CHEZ

Fase Prima Facie

O órgão jurisdicional de reenvio deve igualmente ter em conta o carácter obrigatório, generalizado e duradouro da prática em causa que, por um lado, foi assim alargada indistintamente a todos os habitantes do distrito, independentemente de os seus contadores individuais terem sido manipulados ou terem dado origem a ligações ilícitas, e da identidade dos autores dessa conduta e, por outro, perdurar ainda quase um quarto de século após a sua introdução, é suscetível de sugerir que os habitantes daquele distrito, que se sabe serem maioritariamente serem cidadãos búlgaros de origem cigana, são, no seu conjunto, considerados potenciais autores de tal conduta ilícita. Essa perceção também pode ser relevante para a avaliação geral da prática em questão (ver, por analogia, acórdão Associação Accept, C-81/12, EU:C:2013:275, n.º 51).

24

C-83/14 CHEZ

Fase de Transição

A este respeito, resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça que, quando haja elementos de facto constitutivos da presunção de discriminação, na aceção da referida diretiva, **a aplicação efetiva do princípio da igualdade de tratamento exigirá então que o ónus da prova incumba aos requeridos no processo principal, que devem provar que a violação do referido princípio não ocorreu** (v, nesse sentido, acórdãos in *Coleman*, C-303/06, [EU:C:2008:415](#), paragraph 54, e *Asociația Accept*, C-81/12, [EU:C:2013:275](#), parágrafo 55). Nestas circunstâncias, caberia à CHEZ RB, **na qualidade de demandada, refutar a existência de tal violação do princípio da igualdade de tratamento, provando que o estabelecimento da prática controvertida e a sua atual manutenção não se baseiam de forma alguma no fato de que os distritos em questão são distritos habitados principalmente por cidadãos búlgaros de origem cigana, mas exclusivamente por fatores objetivos não relacionados a qualquer discriminação com base na origem racial ou étnica** (ver, por analogia, acórdãos em *Coleman*, C-303/06, [EU :C:2008:415](#), parágrafo 55, e *Asociația Accept*, C-81/12, [EU:C:2013:275](#), parágrafo 56).”

25

Observações Finais

Papel do Comparador

- Meramente instrumental
 - Meios probatórios
 - Desfavorável de tratamento contestado
 - Relação de tratamento contestado
 - Detetor de inconsistência
 - Levanta a questão da credibilidade da justificação apresentada.
- Pode ser utilizado em diferentes etapas do procedimento probatório (PFC, transição) por ambas as partes.

26

Observações Finais

Fase Prima Facie

- O autor deve apresentar provas de factos que permitam ao tribunal presumir que a discriminação pode ter ocorrido por preponderância de provas
- sem outra explicação dos fatos apresentados, é mais provável que a discriminação explique os fatos
- Principalmente diz respeito ao processo final de avaliação dos fatos compilados
- Requer um papel muito ativo de um tribunal

27

Observações Finais

Fase Prima Facie

- O limite de PFC pode ser alcançado por evidências que mostrem a conjunção de alguns dos seguintes fatos :
 - No contexto da competição por um cargo/oportunidade
 - Adesão ao grupo
 - Candidatou-se a uma oportunidade
 - Posse das qualificações exigidas
 - Rejeição
 - O cargo manteve-se em aberto
 - Falta de transparência/ Recusa em divulgar
 - Estatísticas relevantes sobre a estrutura dos grupos afetados pelas práticas contestadas.
 - Revelar padrão geral
 - História do comportamento do entrevistado
 - Inconsistências/Credibilidade
 - Comparador
 - Adequação
 - Necessidade
 - Política geral e práticas do entrevistado
 - Percepção do público e reação do entrevistado

28

Observações Finais

Fase de Transição

- A importância total do ónus
 - O ónus da persuasão não mera produção
 - Provar de forma clara e convincente a existência de uma razão objetiva real que não esteja de forma alguma relacionada com qualquer motivo discriminatório
 - A justificação tem de ser verdadeira
 - Desde que a razão objetiva seja apropriada e necessária para a efetiva realização do propósito legítimo da prática contestada.

29

Obrigada pela Vossa Atenção

30