O DIREITO COMO INSTRUMENTO PARA A IGUALDADE DE HOMENS E MULHERES – MEIOS DE TUTELA DO DIREITO[1]

Jorge Costa

Resumo O texto começa por analisar a evolução da consagração constitucional do princípio da igualdade: de uma perspectiva jurídico-formal abstracta (artigo 13º) para uma perspectiva jurídico-material concreta. Assim importa constatar: – o dever estatal da promoção da igualdade (material) entre homens e mulheres em todos os domínios, incluindo o domínio cívico, laboral e político (artigos 9º e 109º da CRP); – o princípio da igualdade: de uma matriz originária de não discriminação à necessária discriminação positiva. Prossegue-se com uma breve nota sobre a evolução do princípio no direito português. Finalmente, reflecte-se sobre a tutela do direito, analisando os contributos das instituições, estruturas e mecanismos, de acordo com uma grelha.

Palavras-chave Acções positivas; direito à tutela jurisdicional efectiva; direito ao direito; igualdade material; Ministério Público; "rede" de defesa do direito; Tribunal Constitucional.

1. A igualdade na Constituição: de uma perspectiva jurídico-formal abstracta (artigo 13º) para uma perspectiva jurídico-material concreta

- **O dever estatal da promoção da igualdade (material) entre homens e mulheres em todos os domínios, incluindo o domínio cívico, laboral e político (artigo 9º da CRP).**
- **O principio da igualdade: de uma matriz originária de não discriminação à necessária discriminação positiva.**

Percorrer a Constituição à procura do termo "igualdade" não é tarefa menor, surgindo tal expressão com inusitada frequência. Nem sempre, é certo, na perspectiva da igualdade entre homens e mulheres, ou apenas nesta perspectiva.

---

1 Este artigo foi adaptado pelo autor da sua intervenção sobre o mesmo tema no 1º Curso de Pós-Graduação em Direito da Igualdade de Género, organizado pelo Centro de Direito da Família da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, em 2003/2004.

Assim, o Preâmbulo revela o momento político em que os portugueses e portuguesas, a par das liberdades em geral (liberdade de expressão, de circulação, de associação), viram não só reconhecidos direitos fundamentais como a possibilidade de os exercer, na medida em que foram criadas as condições jurídicas e estruturais para tal exercício.

Seguidamente surgem os "Princípios fundamentais" (artigos 1º a 11º), verdadeiro travejamento jurídico-político em que assenta o Estado e segundo o qual o Estado deve dirigir a sua acção. Nessa linha, Portugal, como Estado de Direito democrático (artigo 2º), baseia a sua acção "no respeito e na garantia de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais".

Coerentemente com aqueles princípios fundamentais a Constituição, na Parte I, regula os Direitos e Deveres Fundamentais, sendo de destacar, para a economia do texto, o artigo 13º, que refere:

> *"1. Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei.*
> *2. Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica ou condição social".*

Tal normatividade, representa, desde a versão originária da Constituição de 1976, o princípio clássico da igualdade, na perspectiva da proibição da discriminação, ou seja, iguais perante a lei. O princípio tal como inscrito no artigo 13º da CRP, alinha, ainda, pelo enfoque liberal dos ordenamentos jurídico-constitucionais.

Essa era, e ainda é, uma densidade formal e abstracta da igualdade, sob o ângulo do igual tratamento segundo a lei.

Mas esta era, e é, também a "law in books", desmentida pela "law in action"!

Na verdade a discriminação assente na desigualdade de oportunidades, nas diferenças materiais, sociais e culturais, e incisivamente baseada na diferença de género, faz parte do nosso quotidiano.

Ora, muito por força da acção de movimentos reivindicativos de aprofundamento da cidadania e das lutas sociais inerentes, as Constituições ocidentais foram reconhecendo a necessidade de, a par da igualdade formal, reconhecer e consagrar expressamente a igualdade material, para o que se foi desenvolvendo uma doutrina sobre a necessidade de medidas discriminatórias positivas, também chamadas "acções positivas".

O que não deixa de ser paradoxal, já que se pretende obter a igualdade pela desigualdade ou pela "discriminação". Tal paradoxo justifica-se na medida em que as acções positivas se fundam na necessidade de, ainda que provisoriamente, adoptar medidas materiais para repor (algum) equilíbrio na desigualdade real.

É grato verificar que também a Constituição Portuguesa tem vindo a consagrar na sua normatividade esta evolução no sentido de uma densificação material deste direito. Com efeito, a revisão constitucional de 1997 aditou a alínea h) ao artigo 9º, atribuindo ao Estado a tarefa fundamental de "promover a igualdade entre homens e mulheres", alterando, também, a redacção do artigo 109º, sobre a participação política dos cidadãos, prescrevendo-se que a lei deve promover a igualdade no exercício dos direitos cívicos e políticos e a não discriminação em função do sexo no acesso a cargos políticos.

Os referidos preceitos (artigos 9º e 109º) – que, a meu ver, estão numa relação de especialidade para com a norma do artigo 13º, – estabelecem uma tarefa estadual de promoção, o que significa, necessariamente, uma acção.

E esta evolução no plano constitucional tem sido uma constante: veja-se que

> [a] quarta revisão constitucional provocou numerosas alterações na parte da Constituição da República Portuguesa (CRP) dedicada aos direitos fundamentais (...). Estas traduzem a consagração de novos direitos, o reforço e a clarificação de outros, uma vez atingida a maturidade democrática do nosso Estado de direito, e o aperfeiçoamento de um outro aspecto do novo Estado Constitucional, em matéria de direitos fundamentais (...).
> [N]o título dos princípios gerais, foi reforçado o direito geral à protecção jurídica (...) consagrando-se, em termos explícitos, o direito à tutela jurisdicional efectiva, a manifestar-se desde logo, quer no reconhecimento expresso dos direitos a uma decisão judicial em prazo razoável e a um processo justo (artigo 20º/4) quer na imposição constitucional de criação pelo legislador ordinário de procedimentos judiciais céleres e prioritários de defesa contra ameaças ou violações dos direitos, liberdades e garantias pessoais (artigo 20º/5 (...).
> No capítulo dos direitos, liberdades e garantias pessoais consagraram-se novos direitos (...) e a protecção legal contra quaisquer formas de discriminação (artigo 26º n.º 1)[2].

Promover não pode, porém, significar um mero reconhecimento formal do princípio da igualdade, antes determinando um comando de acção, no sentido da adopção de medidas, criação de condições ou remoção de obstáculos para uma igualdade em sentido material. Estas podem incluir as chamadas "discriminações positivas" ou acções positivas, necessárias à compreensão, densificação e vivência da igualdade [3],[4].

---

2 Ventura, Catarina Sampaio – "Os Direitos Fundamentais à Luz da Quarta Revisão Constitucional", em Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Vol. LXXXIV, 1998, (493 e 494).

3 Evolução esta a merecer aplauso: "*Relevo particular merecem, desde 1997, o combate à discriminação intolerável entre homens e mulheres*"; "a *ideia de promoção da igualdade no exercício dos direitos cívicos e políticos e em especial a da não discriminação em função do sexo no acesso a cargos políticos parecem consentir intervenções instituidoras de discriminações positivas (do género das da lei das quotas) sem, contudo – e sensatamente – as não imporem ao legislador ordinário. Também abarcam outras medidas, de estímulo (por exemplo, vantagens ou desfavorecimentos em função do grau de efectivação da igualdade de acesso e no exercício dos direitos cívicos e políticos)", in* Sousa, Marcelo Rebelo e Alexandrino, José de Melo, Constituição da República Portuguesa, comentada, LEX, anotações aos artigos 9º e 109º.

4 Ou seja, e por outras palavras, "*o Estado deveria fazer todas as normas necessárias (penais, administrativas, laborais, civis, processuais, etc.), organizar e realizar todas as actuações administrativas e velar*

De forma geral, tem vindo a entender-se que *"o principio da igualdade, enquanto proibição de discriminações, se refere a uma igualdade material e se dirige especialmente às actuações arbitrárias ou injustificadas determinadas por diferenças como o sexo, a religião, as convicções políticas, etc."*[5].

2. O direito português: algumas notas breves sobre a sua evolução recente

Como é sabido, o ordenamento jurídico português anterior a 1974 previa várias situações directamente discriminatórias da mulher[6]. Refira-se, a título de exemplo, que estavam vedadas às mulheres as carreiras na magistratura, na diplomacia e na vida militar.

Por outro lado não podemos esquecer o estatuto menorizado da mulher casada, o qual se revestia de autêntica *"capitis diminutio"*: veja-se a necessidade de autorização pelo marido para o exercício do comércio ou para deslocação ao estrangeiro por parte da mulher casada.

E a par dessa directa discriminação legal uma verdadeira discriminação se verificava nas relações sociais, familiares e culturais.

Com o advento da democracia e com a aprovação da Constituição da República Portuguesa, em 1976, o ordenamento jurídico conflituante com o estabelecido nesta tornou-se, por esse modo, inconstitucional, devendo ser desaplicado pelos Tribunais.

O legislador ordinário viu-se, assim, obrigado a conformar o direito com a Lei Fundamental. Porque

> incidindo a Constituição, com a eficácia preceptiva que lhe é própria, sobre praticamente todas as instituições que amoldam a vida dos homens em comum, nenhum ramo do direito fica imune à irradiação dos seus comandos.
>
> No que concerne ao direito civil, o reconhecimento constitucional de certos direitos, tidos por fundamentais, significa também a consagração de princípios ordenadores das situações pessoais e patrimoniais que formam o campo vivencial do sujeito das relações civis[7].

A "projecção do direito constitucional no direito civil" teve profundo impacto em matérias dos direitos fundamentais (estatuto da mulher casada), sendo certo que *"para eliminar esse desajustamento flagrante, a Constituição incluiu uma disposição transitória – o artigo 293°, n.° 3 – impondo a adaptação das normas autênticas atinentes ao exercício dos direitos, liberdades e garantias nela consignadas. Essa tarefa foi levada a cabo pelo Dec. Lei 496/77, de 25 de Novembro"*[8].

Ora, a análise do preâmbulo deste diploma revela a amplitude da conformação que houve necessidade de fazer, de modo muito particular no que tem a ver com a eliminação do estatuto diminuído da mulher, em geral, e da mulher casada, em especial.

Mas os novos tempos fizeram também sentir a necessidade de proceder à substituição, *ex novo* ou por alteração, da regulamentação existente em outros domínios do Direito, como o Direito Penal, o Direito de Família e o Direito de Menores.

Com efeito

> as leis declaradamente discriminatórias foram revogadas pela Constituição de 1976 e muitos códigos essenciais (Civil, Penal) alterados ou substituídos na sua sequência. No campo do Direito do Trabalho, (...) foram publicadas sucessivas leis, desde 1979 até 1999. A protecção da maternidade, o planeamento familiar e a educação sexual foram também legalmente resolvidos. A violência 'doméstica', em especial os maus-tratos conjugais, foi objecto de várias medidas legislativas[9].

3. Meios de tutela do Direito: instituições, estruturas e mecanismos

Além do já referido sobre os artigos 9°, 13° e 109°, encontramos na CRP outra precipitação normativa, essencial para a compreensão desta matéria, nos artigos 16° (âmbito e sentido dos direitos fundamentais), 18° (força jurídica), 20° (acesso ao direito e tutela jurisdicional efectiva), 21° (direito de resistência), 22° (responsabilidade das entidades públicas) e 23° (Provedor de Justiça).

Vemos que, para lá quer da possibilidade do exercício do "direito de resistência" e do recurso ao Provedor de Justiça, isto é, recurso a dois mecanismos extrajudiciais, o disposto no artigo 20° garante aos cidadãos o acesso ao direito.

Este "direito ao direito" é um poliedro sobre cujas faces importa fazer incidir a luz necessária à projecção do seu integral sentido.

Assim, tentarei, neste capítulo, dar uma panorâmica do que designo como "rede" de defesa do direito. A estrutura que idealizei para a apresentação tem a seguinte arquitectura, de acordo com a caracterização das instâncias em:

pelo funcionamento adequado dos tribunais, de modo a assegurar, a todos os níveis e em todas as circunstâncias, uma protecção efectiva dos direitos fundamentais dos cidadãos" Vide Andrade, Vieira de, "Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976", 2.ª edição, Almedina, 144.

5 Andrade, Vieira de, ob. cit., 272.

6 Beleza, Teresa ob. cit., 48.

7 Ribeiro, Joaquim de Sousa "Constitucionalização do Direito Civil", in *BFDC*, vol. LXXIV, Coimbra, 1998, 729.

8 Ribeiro, Joaquim de Sousa, ob. cit., 734.

9 Vide Beleza, Teresa, ob. cit., 36.

a) Formais
  a.1 – Judiciais
    – O Tribunal Constitucional
    – Os Tribunais Judiciais comuns:
    – Tribunais de Trabalho
    – Tribunais Cíveis
    – Tribunais Criminais (responsabilidade penal)
    – Os Tribunais Administrativos
    – O (papel do) Ministério Público

  a.2 – Não Judiciais
    – O Provedor de Justiça
    – A CITE (Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego)
    – A IGT (Inspecção-Geral do Trabalho)

b) Informais
    – Os sindicatos
    – As organizações não governamentais
    – A comunicação social

Esta "rede" de tutela pode sofrer uma primeira divisão entre instâncias formais e instâncias não formais. Comecemos por isso, pelas instâncias formais.

Instâncias Formais

Judiciárias

O âmbito da protecção e tutela ao nível das instâncias formais enquadra-se em dois campos distintos: de um lado, as instâncias judiciais/judiciárias e de outro as instâncias não judiciais, compreendendo organismos da Administração e instâncias independentes.

À cabeça das instâncias formais, de natureza judiciária, surge o Tribunal Constitucional, como guardião da conformidade das leis com a Constituição[10].

A este cabe um papel primordial na fiscalização da constitucionalidade das leis e das normas em geral,[11] constituindo a sua jurisprudência um referencial, quer para a estrutura judiciária quer para a Administração e particulares.

10 Moreira, Vital, (2003) "A fiscalização concreta no quadro do sistema misto de justiça constitucional", in *BFDC*, volume comemorativo (75), Coimbra.
11 A. e ob. cit., 825.

Com efeito, sendo a normatividade da Constituição, relativa aos direitos fundamentais, aplicável "*urbi et orbi*",[12] a interpretação pelo Tribunal Constitucional impõe-se a todos,[13] porquanto, como Tribunal que é, as suas decisões devem ser acatadas por todos, de acordo com o artigo 205º, n.º 2, conjugado com os artigos 202º, 209º, n.º 1 e 221º, da CRP[14].

Importa, por outro lado, sublinhar o carácter pioneiro que este Tribunal tem tido na interpretação de normas legais, ou princípios, segundo os ditames ou o sentido da Constituição, sobretudo no campo dos direitos fundamentais.

A norma, na redacção actual, (revisão de 1997) do artigo 20º da CRP, consagrando o direito fundamental de "acesso ao direito e tutela jurisdicional efectiva", permite aos cidadãos fazerem valer os seus direitos ou interesses legítimos por recurso aos tribunais, seja qual for a sua natureza, incluindo assim, naturalmente, o recurso para o Tribunal Constitucional.

Com efeito, "*A todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais*" e "*Para defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efectiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos*" (n.ºs 1 e 5, do artigo 20º).

Aliás, uma das possibilidades de recurso, no âmbito constitucional, objecto de reflexão na doutrina, é o do recurso de amparo, ainda não previsto na nossa lei. Tal recurso permitiria aos cidadãos recorrer directamente para o Tribunal Constitucional em caso de violação de direitos fundamentais [vide artigos 221º (Definição), e 223º (Competências)][15].

Mas essas possibilidades de acesso também se verificam quanto aos Tribunais comuns, de competência genérica ou especializada, e quanto aos Tribunais Administrativos.

Vejamos por que forma.

O reconhecimento de um direito (como, aqui, o direito à igualdade) e correspondente exercício podem verificar-se, digamos, em três grandes áreas do direito positivado: o cível, o do trabalho e o administrativo.

Em termos simples, poderíamos afirmar que, essencialmente, o primeiro pode ter lugar nas relações privadas entre cidadãos (relações de consumo, v.g.); o segundo nas relações laborais privadas (trabalhador-empregador) e o último nas relações do cidadão com o Estado, nomeadamente nas relações de função pública.

12 Vide artigo 18º da *CRP*, segundo o qual os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.
13 Moreira, Vital, ob. cit., 824.
14 No dizer de Vital Moreira, ob. cit., 824: "*Significativa é a ênfase constitucional sobre a natureza jurisdicional do Tribunal Constitucional, o que não quer dizer que, embora tribunal ao mesmo título que os outros, o Tribunal Constitucional não seja um tribunal diferente dos outros*".
15 Quanto ao recurso de amparo, vide Moreira, Vital, ob. cit., 845-847.

Ora, a cada uma destas situações o direito responde com soluções e meios processuais diferenciados.

Assim, na área cível, o cidadão pode reclamar uma providência judicial quer de simples reconhecimento do direito (acção de declaração), quer de reconhecimento e condenação de *facere* ou de ressarcimento (acção de condenação).

Na verdade, nos termos do artigo 2º, do Código do Processo Civil (Garantia de acesso aos tribunais), "*a protecção jurídica através dos tribunais implica o direito de obter, em prazo razoável, uma decisão judicial...*" (n.º 1), e "*a todo o direito, excepto quando a lei determine o contrário, corresponde a acção a fazê-lo reconhecer em juízo, a prevenir ou reparar a violação dele e a realizá-lo coercivamente, bem como os procedimentos necessários para acautelar o efeito útil da acção*" (n.º 2).

Portanto, em face da ampla previsão do artigo 2º, para efectivação do direito à igualdade, no âmbito cível, são admissíveis os procedimentos judiciais constantes do artigo 4º do CPC, ou seja, acções declarativas (simples apreciação, condenação ou constitutivas) ou executivas, podendo, inclusive, lançar-se mão, se e quando se verificarem as circunstâncias de admissibilidade, dos procedimentos cautelares (artigos 381º, 382º e 383º).

Já nas relações laborais a reclamação *sub judice* se não bastará, a maior parte das vezes, com o mero pedido de reconhecimento do direito, exigindo-se também o pagamento de montantes pecuniários decorrentes da reposição da igualdade ou de eventual indemnização pelos prejuízos sofridos, seja a título de danos patrimoniais, seja de danos morais.

E, hoje, o novo Código do Trabalho (artigo 26º) prevê que a prática de qualquer acto discriminatório lesivo de um trabalhador ou candidato a emprego confere o direito a uma indemnização, por danos patrimoniais e não patrimoniais, nos termos gerais. Para defesa do seu direito, o interessado pode usar os procedimentos que o Código do Processo do Trabalho coloca à sua disposição, de acordo com o disposto no artigo 21º, designadamente acções em processo comum e procedimentos cautelares.

Idênticas soluções podem encontrar-se no regime do contencioso administrativo. Sempre que o administrado vê o seu direito lesado pela Administração (v.g., o direito à igualdade) pode intentar uma acção contra o Estado a fim de ver reparada aquela lesão.

A título meramente informativo vejam-se as soluções consagradas pela reforma do contencioso administrativo, designadamente em vista do reforço da tutela jurisdicional efectiva que compreende o direito de obter, em prazo razoável, uma decisão judicial.

Pois bem. No desenvolvimento deste princípio, e dado que "*a todo o direito ou interesse legalmente protegido corresponde a tutela adequada junto dos tribunais administrativos*" (n.º 2, do artigo 2º, do CPTA[16]) o código prevê as diversas acções

16 Lei 15/2002, de 22 de Fevereiro, alterada pela Lei 4-A/2003, de 19 de Fevereiro.

admissíveis para aquela tutela: acção administrativa comum (artigo 37º), acções de simples apreciação (artigo 39º) e acção administrativa especial (artigo 46º).

Aqui chegados, julgo importante alinhar algumas palavras no âmbito da área penal.

O direito à igualdade e correlativa violação não têm, directamente, protecção e tutela no Código Penal. A parte especial do Código Penal, que descreve as condutas passíveis de censura jurídico-penal, incluindo por isso, uma sanção penal, não releva inequivocamente, de *per si*, este valor.

Todavia, e independentemente desta omissão de protecção penal "tout court", a lei tutela o direito à igualdade em termos quase penais, através de contra-ordenações, nomeadamente as laborais.

Veja-se, no novo Código do Trabalho, o Livro II sobre a responsabilidade penal e contra-ordenacional. Ora, se no Capítulo relativo à responsabilidade penal nada encontramos sobre a matéria já na Secção II do Capítulo sobre responsabilidade contra-ordenacional, (Contra-ordenações em especial), o artigo 642º considera como contra-ordenação, muito grave, a violação das normas que dispõem sobre a igualdade (nomeadamente a do direito a igual retribuição por trabalho igual – vide artigos 28º e 263º, 2ª parte).

Acresce que este Código elege certos comportamentos do empregador como equivalentes a assédio (artigo 24º), em termos de discriminação.

Comportamento esse integrador de contra-ordenação laboral, muito grave (artigo 642º e 24º), e sancionável com coima, nos termos do artigo 620º.

Sem prejuízo de tal comportamento ser ainda, eventualmente, integrador de ilícito criminal, segundo a parte especial do Código Penal, verificados que estejam os elementos objectivos e subjectivos de qualquer dos tipos ali descritos[17].

E ainda que os trabalhadores lesados não possam constituir-se assistentes, já as associações sindicais o podem fazer, nos termos e condições previstas no artigo 640º do CT[18].

Há por esta via uma tutela quase penal do direito em causa.

O papel do Ministério Público

No âmbito das instâncias formais de que estamos a falar, justifica-se autonomizar o (papel desempenhado pelo) Ministério Público (MP) no contexto da tutela do direito.

Na actividade do MP, em qualquer jurisdição, podemos encontrar os vectores de:

17 Vide, sobre assédio moral, Redinha, Maria Regina Gomes, "Assédio Moral ou *Mobbing* no Trabalho" em "Estudos em Homenagem do Prof. Doutor Raul Ventura", Revista da FDUL, Coimbra Editora, 2003, 833-847.

18 Como já o podia fazer segundo a Lei 105/97, de 13 de Setembro.

– informação
– orientação
– patrocínio/representação

As áreas do direito civil e do direito do trabalho são aquelas em que o exercício da actividade pelos magistrados do MP pode ter início com o denominado "atendimento", pelo qual se visa prestar informação aos cidadãos portadores de queixas, reclamações, participações e solicitações relacionadas com direitos que pretendam exercer.

No contexto do "atendimento", a acção do MP pode esgotar-se aí, em simples informação sobre o direito e o modo do seu exercício. Ou, pode, como é frequente, prosseguir por orientação do cidadão para as entidades competentes para o efeito, sejam externas, ou não, à actividade judiciária.

A maior parte das vezes, após a informação pertinente, o MP vê-se confrontado com o pedido de patrocínio ou representação.

Não querendo reconduzir a situação apenas ao espaço laboral, penso que a maioria de situações de eventual discriminação com base no género ocorrerá no âmbito das relações laborais.

É aqui que o MP pode desempenhar, como já desempenha, um papel importante:

– no reconhecimento do direito,
– no exercício do direito, (pelos trabalhadores sob o patrocínio do MP),
– na contribuição para uma cultura judiciária atenta à igualdade,
– na reposição da legalidade,

Importa fazer considerações muito breves sobres estes vectores de acção.

Relativamente ao reconhecimento do direito, cabe ao MP, na sua actividade de atendimento dos cidadãos e cidadãs, estar atento a situações materialmente discriminatórias ainda que aparentem não o ser.

Isto é, o MP deve saber usar de sageza para, em face dos relatos de situações factuais, designadamente de ordem laboral, encontrar o fundamental da queixa, porquanto e exemplificativamente, sob a aparência de uma queixa por diferenças salariais pode estar uma situação de discriminação em razão do género; ou, a não renovação de um contrato pode dever-se à gravidez de uma trabalhadora... ainda que se invoque uma menor produtividade daquela trabalhadora!

O eventual exercício judicial, pelo trabalhador ou pela trabalhadora, tendente ao reconhecimento do direito à igualdade, com reparação do dano, imporá ao MP patrocinante uma análise, compreensão e, direi mesmo, uma adesão ao valor em causa, sem prejuízo da liberdade de apreciação sobre a justeza, *in casu*, da reclamação apresentada.

Liberdade essa que, nos termos quer do EMP, quer do CPT, confere ao

magistrado o poder de *facere* ou *non facere*, isto é, de propor ou não uma acção judicial. O que terá de sempre fazer, na estrita observância de comandos constitucionais e legais, é fundamentar eventual recusa de patrocínio (nomeadamente por entender não haver lugar ao exercício do direito)[19].

Tal recusa há-de ser levada ao conhecimento do interessado que dela poderá reclamar, conforme dispõe o artigo 8º, n.º 2, do CPT[20].

O que aqui e agora importa sublinhar é a necessidade de o magistrado do MP estar sensível ao direito em referência.

Quanto ao terceiro vector apontado – contribuição para uma cultura judiciária – parece-me pertinente falar-se de cultura![21] A questão da igualdade, ao menos na intensidade que hoje ela tem, no seu aspecto material que não apenas formal, traz desafios ao poder judicial.

Dir-se-á, sem mais, que os tribunais sempre aplicaram a lei segundo critérios de igualdade, no respeito por essa mesma lei.

Mas esta igualdade perante a lei é sobretudo uma "igualdade formal", hoje manifestamente insuficiente para dar materialização ao princípio.

Note-se que os ordenamentos se viram obrigados a densificar normativamente o princípio, de molde a fazer descolar da interpretação e aplicação deste uma leitura *in abstractum*, formal, "legalista" e positivista (proibido discriminar!).

Assim, da enunciação, pela negativa, do princípio da igualdade, proclamando que ninguém podia ser discriminado em razão do sexo (artigo 13º da CRP), paulatinamente se foi evoluindo no sentido da necessidade de criação de condições (materiais) para a igualdade, ainda que isso tivesse de pressupor discriminações positivas, para corrigir situações factuais de desigualdade[22].

Ora, também os Tribunais, em geral, terão de se deixar envolver na sua *praxis* por esta nova ideia do direito da igualdade.

E essa praxis passará a ser uma cultura, quando assumida e interiorizada

---

19 Todas as decisões devem ser fundamentadas, segundo o nosso ordenamento jurídico, a começar pela Constituição (vide artigo 205º n.º 1), passando pelo Código de Procedimento Administrativo e pelos ordenamentos processuais. Neste caso, cfr. artigo 8º , do Código de Processo de Trabalho.

20 Código de Processo de Trabalho, aprovado pelo Dec. Lei 480/89, de 9 de Novembro, alterado pelos Dec. Lei 323/2001, de 17 de Dezembro e 38/2003, de 8 de Março.

21 Vide Teresa Beleza, "Género e Direito: da Igualdade ao "Direito das Mulheres", em *Themis, revista de Direito*, I.2 (2000) FDUNL, 35 e ss. A autora fala em "quadros mentais" e "estruturação do pensamento jurídico".

22 Veja-se, no mundo laboral, o novo Código do Trabalho. Este, nos artigos 22º e seguintes, enuncia o princípio da igualdade seja pela proibição da discriminação, seja pela possibilidade de assunção de medidas de acção positivas, as quais não são consideradas discriminatórias, se, provisoriamente, beneficiarem certos grupos desfavorecidos, com o objectivo de garantir o exercício, em condições de igualdade, dos direitos previstos no Código e de corrigir uma situação factual de desigualdade que persistia na vida social (artigo 25º).
No mesmo sentido vai o previsto na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia que, no artigo 23º, consagra uma norma específica sobre Igualdade entre homens e mulheres. Vide Vitorino, António em Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, Principia, 38-39.

generalizadamente. Julgo que o MP – afirmada e firmada como magistratura de impulso e de iniciativa –, pode e deve exercer uma acção de sensibilização, seja pela sistematização de procurar o tribunal a pronunciar-se sobre situações reais, seja pugnando pela sua convicção por via dos recursos.

E é, aliás, esta actividade recursal, pelo MP, uma fonte a não desprezar na acção em prol da legalidade, melhor, do direito.

Com efeito, a CRP e o Estatuto do Ministério Público (EMP) definem como uma das atribuições do MP a defesa da legalidade democrática. O EMP, em termos de competências, comete ao MP, no artigo 3º, n.º1, alínea f), o dever de "...velar para que a função jurisdicional se exerça em conformidade com a Constituição e as leis".

Nesse âmbito se prevê, legalmente, a obrigatoriedade de recurso constitucional, nos termos do n.º 2 do preceito referido.

Um outro vasto mundo de possibilidades de recurso, designadamente para o Tribunal Constitucional, é o de recurso de eventual inconstitucionalidade de normas integradas em instrumentos de regulamentação colectiva do trabalho (negociais ou não negociais) (artigo 2º, n.ºs 1 a 4, do Código do Trabalho)[23].

Estas podem não respeitar a determinação constitucional e legal sobre o princípio da igualdade (veja-se a norma do artigo 31º do novo Código do Trabalho – regras contrárias ao princípio da igualdade). Ora, assim sendo, vem entendendo-se que é possível o Tribunal Constitucional apreciar a eventual inconstitucionalidade de tais normas.

Interessante, ainda, é a possibilidade de o Procurador-Geral da República, de *per si*, requerer a declaração de inconstitucionalidade ou de legalidade, com força obrigatória geral, de qualquer norma – nos termos do artigo 281º, n.º 2, alínea e), da CRP e artigo 12º, n.º 1, alínea c), do EMP.

Instâncias Formais

Não Judiciais

No conjunto complexo desta "tutela" de que falamos, outras instâncias há que, sendo instâncias formais não são instâncias judiciais, embora órgãos independentes ou instâncias administrativas, algumas delas ligadas, de modo especial, às questões do emprego e do trabalho.

23 No sentido dessa possibilidade, vide Moreira, Vital, ob. cit., 825, ao afirmar que " (...) *estão abrangidas todas as normas, qualquer que seja a natureza, a sua fonte, a sua forma, a sua hierarquia, desde que tenham natureza jurídica e façam parte ou vigorem na ordem jurídica portuguesa*".

Refiro-me em primeiro lugar ao Provedor de Justiça, e, depois, à Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego (CITE) e à Inspecção-Geral do Trabalho (IGT).

Em relação ao Provedor de Justiça, órgão independente consagrado no artigo 23º da CRP, importará, resumidamente, dizer que os cidadãos podem apresentar queixas ou reclamações contra os poderes públicos.

E contra o argumento de que este órgão não tem poder decisório, sempre pode invocar-se a importância das suas recomendações aos órgãos competentes a fim de serem reparadas ou prevenidas eventuais injustiças[24].

Uma outra instância é a CITE, a qual foi criada pelo Decreto-Lei 392/79, de 20 de Setembro (vide artigo 14º).

Nas suas competências inscrevem-se as de elaboração de estudos, emissão de pareceres, recomendações, entre muitas outras acções.

Cabe-lhe também combater a discriminação e promover a igualdade de oportunidades e de tratamento entre mulheres e homens no trabalho.

Pode dizer-se que a CITE tem operado uma actividade intensa, através de acções várias, merecendo um especial registo os seus pareceres, alguns de carácter obrigatório.

Ora este é um dos instrumentos que os particulares lesados se podem servir como meio de tutela do seu direito, visto que através da acção da CITE se pode responder positivamente ao apelo dos cidadãos e das cidadãs.

Finalmente duas palavras sobre a Inspecção-Geral do Trabalho.

De acordo com o Decreto-Lei 102/2000, de 2 de Junho, "*O desenvolvimento e a protecção das condições de trabalho implicam responsabilidades fundamentais para o Estado no plano legislativo, no desenvolvimento da negociação colectiva e na promoção e tutela da efectividade dos direitos dos trabalhadores*".

Mais se refere que em relação à Inspecção-Geral do Trabalho "*é necessário reforçar os seus poderes (...) para que seja mais efectivo o resultado da sua acção essencialmente no domínio da promoção dos direitos dos trabalhadores (...)*".

E o artigo 1º consagra a IGT como um serviço administrativo a quem compete promover e controlar o cumprimento das disposições legais, regulamentares e convencionais respeitantes às condições de trabalho... (artigo 3º), cabendo-lhe, nessa medida, uma acção sancionatória.

24 O Estatuto do Provedor foi aprovado pela Lei 9/91, de 9 de Abril, alterada pela Lei 30/96, de 14 de Agosto.

Desnecessário se torna, portanto, referir a relevante acção que a IGT pode realizar como meio de tutela deste direito fundamental.

Instâncias Informais

Ao lado de uma tutela orgânica, institucional e formal será possível, ainda, surpreender outras formas? Se sim, quais? E como poderão tais formas exercer tal tutela?

Com efeito, e dado que, contemporaneamente, os mecanismos não enquadrados organicamente na Administração exercem uma fiscalização social, nomeadamente dos direitos dos cidadãos, julgo que as "formas" que apresento em seguida poderão contribuir para a formação de uma "rede" de tutela do direito a que venho fazendo referência, designadamente:

– Os sindicatos
– As organizações não governamentais
– A comunicação social

A acção dos sindicatos constitui uma acção fundamental no conhecimento das situações reais de desigualdade e na denúncia pública dessas situações.

A esse conhecimento acresce a possibilidade de apoiar a vontade individual de reclamar, designadamente pela faculdade que os sindicatos têm de se constituir como assistentes em processos de contra-ordenações, quando estiver em causa a violação do direito no domínio laboral.

Se de tutela tivermos uma noção ampla, significando um (qualquer) mecanismo de protecção e de defesa de um direito, formal ou informal, orgânico ou inorgânico, exercitável por meio destas formas menos comuns, ou menos judiciarizadas, então não tenho dúvidas que esta acção primordial dos sindicatos constitui também um modo de tutela do direito.

Do mesmo modo, e com este pressuposto, também me permito aqui integrar o papel das organizações não governamentais.

Estas organizações representam, muitas das vezes, simples agregações de boas vontades e de sentimentos de solidariedade e de adesão a valores e ideais, exercitando em prol do cidadão uma actividade (geralmente) reivindicativa, de alteração do "*status quo*", denunciadora de violação de direitos fundamentais e de apoio e cooperação.

São conhecidas algumas organizações que, no âmbito do reconhecimento e afirmação da igualdade de género, têm realizado um trabalho muito meritório.

Também isto me parece uma outra forma de tutela.

Finalmente falarei sobre a comunicação social.

Todos os dias temos exemplos dessa "fiscalização", (tutela) dada pela atenção que, por exemplo, a comunicação social escrita, ou falada, confere a situações

que representam eventuais atentados ou violações de direitos, seja de pessoas individuais ou de grupo.

Ora, também a comunicação social, através da denúncia, pode ser instrumento para (que se exerça) uma "tutela", ainda que informal, sobre o direito à igualdade. Tutela essa que poderá ter maior visibilidade em situações conexas com o mundo laboral, porque "público" ou tendencialmente público.

4. As conclusões necessárias que urge retirar

Em jeito de finalização diria que, ao nível da lei, é verificável uma evolução do princípio e do direito da igualdade, no sentido de correcção de assimetrias das condições e oportunidades entre homens e mulheres.

Sem embargo, a análise sociológica da vivência do direito na vida das pessoas mostra-nos e demonstra-nos que a lei não é, ainda, Direito aplicado.

Cabe à lei combater, esbater e eliminar a hierarquização da diferença.

Nessa medida, o Direito servirá como instrumento para a Igualdade.

O Direito, porém, não reforma mentalidades.

E isso é preciso!

Referências Bibliográficas

Andrade, Vieira de (2001), *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2.ª edição, Coimbra, Almedina.

Beleza, Maria Teresa (2000), "Género e Direito: da Igualdade ao «Direito das Mulheres»", *Themis, Revista de Direito*, Ano I, n.º 2, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. http://www.almedina.net/mall/almedina/index.php?prodid=1881&handler_action=viewitem&dbName=Livros_cart_004_003&userstable=Revistas_Edic

Beleza, Maria Teresa (1990), *Mulheres, Direito e Crime, ou a perplexidade de Cassandra*, Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito.

Comissão Europeia (2003), *Relatório da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões – Relatório Anual sobre a Igualdade de Oportunidades entre Homens e Mulheres na União Europeia*, 2002. http://europa.eu.int/comm/employment_social/news/2003/mar/com0398 pt.pdf

Ferreira, António Casimiro (Investigador responsável) (1998), "A Justiça Laboral em Portugal numa perspectiva sócio-jurídica", em *Relatório da Investigação*, Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, Coimbra, Centro de Estudos Sociais.

Ministério do Trabalho e da Solidariedade (1998), *Igualdade de oportunidades: Trabalho, Emprego e Formação Profissional – Normas comunitárias, direito convencional e outros*

compromissos internacionais – Colecção Legislação – Lisboa, Ministério do Trabalho e da Solidariedade.

Moreira, Vital (2003), "A 'fiscalização concreta' no quadro do sistema misto de justiça constitucional", *Volume comemorativo (75.º tomo) do Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. http://www.fd.uc.pt/public/bfduc/indice75.pdf

Redinha, Maria Regina Gomes (2003), "Assédio moral ou *mobbing* no trabalho", *Estudos em Homenagem do Prof. Doutor Raul Ventura, Vol. II, Parte II, Revista da FDUL*, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 833-847.

Ribeiro, Joaquim de Sousa (1998), "Constitucionalização do Direito Civil" em *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXIV, Coimbra, 729-755.

Sousa, Marcelo Rebelo de, e Alexandrino, José de Melo (2000), *Constituição da República Portuguesa, comentada*, Lisboa, LEX.

Ventura, Catarina Sampaio (1998), "Os Direitos Fundamentais à Luz da Quarta Revisão Constitucional", *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXXIV, Coimbra, 493-527.

Vitorino, António (2002), *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*, Cascais, Principia.

Abreviaturas

BFDC – Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra
CITE – Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego
CPC – Código do Processo Civil
CPT – Código do Processo do Trabalho
CPTA – Código do Processo dos Tribunais Administrativos
CRP – Constituição da República Portuguesa
CT – Código do Trabalho
Dec. Lei – Decreto-Lei
EMP – Estatuto do Ministério Público
FDUL – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
FDUNL – Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa
FEUC – Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra
IGT – Inspecção-Geral do Trabalho
MP – Ministério Público

Jorge Albino Alves Costa é licenciado em Direito pela Universidade de Coimbra, em 1983.

Magistrado do Ministério Público, com a categoria de Procurador da República, exerceu funções de Delegado do Procurador da República (Procurador-Adjunto), em várias comarcas, de Vogal-Conselheiro no Conselho Superior do Ministério Público (1989-1991) e de Magistrado formador no Tribunal de Trabalho de Lisboa.

Exerceu as funções de Adjunto do Secretário de Estado da Justiça (Maio de 1996 a Fevereiro de 1999), de Chefe de Gabinete do Ministro da Justiça (Fevereiro a Outubro de 1999), de Coordenador Adjunto da Equipa de Missão (MJ) de Acompanhamento da Presidência Portuguesa da União Europeia (1999-2000) e de Secretário da Procuradoria-Geral da República desde 1 de Março de 2001 até 30 de Maio de 2004.

Desde 30 de Maio de 2004 está colocado, como Assessor, no Supremo Tribunal Administrativo.

Desenvolve actividade de acompanhamento de assuntos comunitários na área da Justiça.

Tem colaborado com entidades e instituições nacionais (CEJ; CITE; IGT; DGAE; PROJURIS; Centro de Direito da Família, AEFDUNL) e estrangeiras (Parlamento Europeu; ERA – Academia de Direito Europeu); em domínios conexos com o direito penal e processual penal, o direito do trabalho e o processo do trabalho, o combate ao trabalho infantil, a cooperação judiciária, o direito comunitário, a igualdade de homens e mulheres no trabalho e no emprego, a resolução alternativa de conflitos.