CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
M. POIARES MADURO
apresentadas em 12 de Março de 2008 [1]

1. Contrariamente à convicção geral, as palavras podem ferir. Mas poderão ser constitutivas de discriminação? Esta é, no essencial, a questão principal suscitada no presente processo. O Arbeidshof te Brussel (Bélgica) pediu ao Tribunal de Justiça que se pronunciasse a título prejudicial sobre a interpretação da Directiva 2000/43/CE do Conselho, de 29 de Junho de 2000, que aplica o princípio da igualdade de tratamento entre as pessoas, sem distinção de origem racial ou étnica [2]. O referido tribunal pede esclarecimentos sobre várias questões que surgiram no âmbito de um litígio que opõe um organismo para a promoção da igualdade de tratamento a uma entidade patronal que declarou que não recrutaria pessoas de origem marroquina.

I — Matéria de facto e reenvio prejudicial

2. A NV Firma Feryn (a seguir «Feryn») é uma empresa especializada na venda e na instalação de portões basculantes e de portões seccionados. No início de 2005, a Feryn procurava recrutar operários para instalar portões basculantes nas casas dos seus clientes. Para tanto, colocou um cartaz com a inscrição «precisa-se de pessoal», nos seus terrenos situados ao longo da auto-estrada que liga Bruxelas a Antuérpia.

3. Em 28 de Abril de 2005, o jornal *De Standaard* publicou uma entrevista com Pascal Feryn, um dos directores da empresa, com o título «Os clientes não querem marroquinos». Nessa entrevista, P. Feryn terá afirmado que a sua empresa não recrutaria pessoas de origem marroquina:

«Com excepção destes marroquinos, em 14 dias, mais ninguém respondeu ao nosso anúncio [...] mas não estamos à procura de marroquinos. Os nossos clientes não os querem. Os operários têm de instalar portões basculantes em residências privadas, muitas vezes em moradias, e os clientes não querem vê-los entrar nas suas casas.»

Artigos análogos foram publicados nos quotidianos *Het Nieuwsblad* e *Het Volk*.

P. Feryn desmente o relatado pelos jornais.

1 — Língua original: inglês.
2 — JO L 180, p. 22.

4. Na noite de 28 de Abril de 2005, P. Feryn participou num programa na televisão nacional belga, no qual afirmou:

«[M]uitos dos nossos representantes deslocam-se a casa dos clientes [...] Toda a gente instala sistemas de alarme e é claro que, hoje em dia, toda a gente tem muito medo. Não são só os não autóctones que assaltam casas. Não estou a dizer isso, não sou racista. Os belgas também o fazem. Mas é claro que as pessoas têm medo. Por isso, dizem muitas vezes 'não autóctones não'. [...] Tenho de satisfazer as exigências dos meus clientes. Se [você me disser 'quero determinado produto ou quero desta ou daquela maneira', e se eu responder 'não, não faço assim, vou mandar estas pessoas', então você responder-me-á 'não preciso do portão'. Assim, terei de fechar o meu negócio]. Eu tenho de satisfazer as exigências dos clientes. Esse problema não é meu. Não fui eu que criei o problema [na Bélgica]. Quero que a empresa funcione [bem] e que, no final do ano, consigamos [atingir] o nosso volume de negócios; e como é que o consigo? Fazendo a vontade aos clientes!»

5. O Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding (Centro para a Igualdade de Oportunidades e o Combate ao Racismo, a seguir «CGKR») é um organismo para a promoção da igualdade de tratamento, criado pela Lei de 15 de Fevereiro de 1993. Esta lei foi alterada pela Lei de 25 de Fevereiro de 2003 (a seguir «lei contra a discriminação»), que transpôs a Directiva 2000/43 para o direito belga.

6. Em 31 de Março de 2006, depois de uma série de contactos com a Feryn, o CGKR intentou uma acção contra a Feryn no Arbeidsrechtbank Brussels, pedindo ao presidente que declarasse, designadamente, que a Feryn tinha violado a lei contra a discriminação e que a intimasse a pôr fim à sua política discriminatória de contratação. Todavia, o presidente do Arbeidsrechtbank considerou que as declarações públicas em questão não constituíam actos discriminatórios, podendo, quando muito, ser constitutivas de discriminação potencial, uma vez que indicavam que as pessoas de determinada origem étnica não seriam recrutadas pela Feryn caso decidissem candidatar-se. O CGKR não sustentou nem demonstrou que a Feryn, efectivamente, tivesse alguma vez recusado um pedido de emprego devido à origem étnica do candidato. Por estas razões, os pedidos do CGKR foram indeferidos por despacho de 26 de Junho de 2006. O CGKR recorreu desse despacho para o Arbeidshof te Brussel, o qual submeteu ao Tribunal de Justiça o presente pedido de decisão prejudicial.

7. O Arbeidshof te Brussel coloca um certo número de questões muito precisas sobre a directiva e as circunstâncias específicas em causa no processo principal [3]. Essas questões referem-se, no essencial, ao conceito de discriminação directa (primeira e segunda questões), ao ónus da prova (terceira, quarta e quinta questões) e à questão das vias de recurso adequadas (sexta questão). Examinarei estas questões tendo presente que, em conformidade com o artigo 234.º CE, o Tribunal não tem competência para aplicar as normas comunitárias a um caso concreto,

3 — JO 2007, C 82, p. 21.

podendo unicamente fornecer a um órgão jurisdicional nacional elementos de interpretação do direito comunitário que lhe possam ser úteis para apreciar os efeitos de uma disposição de direito nacional.

II — Apreciação

O conceito de discriminação directa

8. A directiva tem por objectivo «estabelecer um quadro jurídico para o combate à discriminação baseada em motivos de origem racial ou étnica, com vista a pôr em prática nos Estados-Membros o princípio da igualdade de tratamento» [4]. A directiva é aplicável tanto ao sector público como ao sector privado, no que respeita, designadamente, «às condições de acesso ao emprego […] incluindo os critérios de selecção e as condições de contratação, seja qual for o ramo de actividade e a todos os níveis da hierarquia profissional […]» [5].

Nos termos do artigo 2.º, n.º 1, da directiva, «entende-se-por 'princípio da igualdade de tratamento' a ausência de qualquer discriminação, directa ou indirecta, em razão da origem racial ou étnica». Nos termos do artigo 2.º, n.º 2, alínea a), «considera-se que existe discriminação directa sempre que, em razão da origem racial ou étnica, uma pessoa seja objecto de tratamento menos favorável que aquele que é, tenha sido ou possa vir a ser dado a outra pessoa em situação comparável».

9. A primeira questão a que o Tribunal de Justiça deve responder é, no essencial, a seguinte: para efeitos da directiva, é constitutivo de discriminação directa o facto de uma entidade patronal declarar publicamente, no contexto de um processo de contratação, que as candidaturas de pessoas de determinada origem étnica serão recusadas?

10. O tribunal nacional que apreciou a questão em primeira instância entendeu que, enquanto a entidade patronal não pusesse em prática as suas declarações discriminatórias, a discriminação seria meramente hipotética e não seria abrangida pelo âmbito de aplicação da directiva. O Reino Unido e a Irlanda apresentaram observações no mesmo sentido. Sustentam que a directiva não é aplicável por não existir um queixoso identificável que tenha sido vítima de discriminação. Consequentemente, organismos como o CGKR não podem, em tais circunstâncias, recorrer aos tribunais nacionais, alegando a existência de discriminação directa na acepção da directiva.

11. O CGKR defende a opinião contrária e afirma que a proibição de discriminação directa abrange tanto o processo de

4 — Artigo 1.º da directiva.

5 — Artigo 3.º, n.º 1, alínea a), da directiva.

contratação como a decisão final de contratação. Segundo o CGKR, o âmbito de aplicação material da directiva deve ser determinado independentemente da questão de saber quem tem legitimidade para intentar uma acção. Por outras palavras, a questão da legitimidade do CGKR não tem a ver com a questão de saber se existiu discriminação directa. A Comissão e o Governo belga são da mesma opinião que o CGKR.

12. Parece haver uma certa confusão a propósito da relação entre o conceito de discriminação directa e a questão de saber se um organismo de interesse público tem legitimidade para pedir uma reparação judicial em caso de violação do princípio da igualdade de tratamento. Como sublinharam o Reino Unido e a Irlanda, a directiva não tinha por objectivo permitir aos organismos de interesse público, ao abrigo da legislação dos Estados-Membros, intentar uma acção com a natureza de *actio popularis*. Remetem, a este propósito, para o artigo 7.º da directiva. Esta disposição exige que os Estados-Membros garantam que os processos judiciais sejam acessíveis «a todas as pessoas que *se* considerem lesadas pela não aplicação, no que lhes diz respeito, do princípio da igualdade de tratamento» [6] e aos organismos de interesse público que actuem «*em nome ou em apoio da parte requerente e com a aprovação desta*» [7].

13. Todavia, deste artigo não decorre que os Estados-Membros estejam impedidos de conceder possibilidades adicionais de protecção ou de reparação judiciais. Pelo contrário, a directiva prevê expressamente que «[o]s Estados-Membros podem introduzir ou manter disposições relativas à protecção do princípio da igualdade de tratamento mais favoráveis do que as estabelecidas na presente directiva» [8] e que «[a] implementação da presente directiva não constituirá em caso algum motivo para uma redução do nível de protecção contra a discriminação que já é proporcionado nos Estados-Membros nos domínios abrangidos pela presente directiva» [9]. Assim, em princípio, compete ao legislador nacional determinar se um organismo que tem por objectivo promover a igualdade de tratamento, como o CGKR, pode intentar uma acção se não estiver a actuar em nome de um queixoso bem determinado. A directiva permite que os Estados-Membros optem por diferentes métodos de tutela judicial, desde que as pessoas que se considerem vítimas de discriminação e os organismos de interesse público que as representem possam instaurar processos judiciais ou administrativos. A este respeito, estou de acordo com o Reino Unido e a Irlanda, quando afirmam que a directiva não *exige* que os Estados-Membros garantam que seja reconhecida aos organismos de interesse público legitimidade para intentar acções judiciais quando não existe um queixoso que alegue ter sido vítima de discriminação.

14. Isto não significa, porém, que o âmbito de aplicação da directiva esteja limitado aos casos em que as vítimas-queixosas sejam identificáveis. As formas de discriminação abrangidas pela directiva devem ser inferidas, sobretudo, do seu teor literal e da sua finalidade, e não das medidas de tutela judicial que os Estados-Membros são, no mínimo,

6 — Artigo 7.º, n.º 1, da directiva (o sublinhado é meu).
7 — Artigo 7.º, n.º 2, da directiva (o sublinhado é meu).
8 — Artigo 6.º, n.º 1, da directiva.
9 — Artigo 6.º, n.º 2, da directiva.

obrigados a assegurar. O leque dos comportamentos discriminatórios proibidos pela directiva é uma coisa; os mecanismos de tutela e as medidas de protecção que a directiva especificamente impõe são outra, totalmente distinta. Com efeito, a directiva deve ser interpretada no contexto de uma política mais ampla, destinada a «promover as condições para uma maior abrangência social do mercado de trabalho» [10] e a «assegurar o desenvolvimento de sociedades democráticas e tolerantes, que permitam a participação de todas as pessoas, independentemente da origem racial ou étnica» [11]. Além disso, como defendi nas minhas recentes conclusões apresentadas no processo Coleman, quando uma directiva é adoptada com base no artigo 13.º CE, deve ser interpretada à luz dos valores mais amplos subjacentes a esta disposição [12]. É verdade que a directiva estabelece medidas mínimas, mas isso não é razão para interpretar o seu âmbito de aplicação em sentido mais restrito do que o que autorizaria uma leitura à luz desses valores. Um padrão mínimo de protecção não é o mesmo que uma protecção *mínima*. As normas comunitárias de protecção contra a discriminação podem deixar aos Estados-Membros uma margem que lhes garanta uma protecção ainda maior, mas daí não se pode concluir que o nível de protecção garantido pelas normas comunitárias seja o mais baixo que se possa conceber [13].

15. Neste contexto, considero que uma interpretação que limite o âmbito de aplicação da directiva aos casos de queixosos identificáveis que se tenham candidatado a um determinado emprego poderia pôr em causa a eficácia do princípio da igualdade de tratamento no domínio laboral. Em qualquer processo de contratação, a maior «selecção» tem lugar entre os que se candidatam e os que não o fazem. Não se pode razoavelmente esperar que alguém se candidate a um emprego se souber de antemão que, em razão da sua origem étnica ou racial, não tem possibilidade alguma de ser contratado. Por conseguinte, a declaração pública segundo a qual pessoas de determinada origem racial ou étnica não se devem candidatar, feita por uma entidade patronal, tem um efeito que está longe de ser hipotético. Não qualificar essa declaração como um acto discriminatório significaria ignorar a realidade social de que tais declarações têm inevitavelmente um impacto humilhante e desmoralizador nas pessoas com essa origem e que querem fazer parte do mercado de trabalho e, em especial, naqueles que teriam tido interesse em trabalhar para a entidade patronal em questão.

16. Todavia, em casos como este, poderá ser extremamente difícil identificar vítimas individuais, uma vez que, em primeiro lugar, pode acontecer que as pessoas lesadas nem sequer se candidatem a um emprego nessa entidade patronal. Na audiência, o Reino Unido e a Irlanda admitiram que o conceito de vítima deve abranger as pessoas interessadas em candidatar-se e que têm as qualificações para o emprego em questão. Mas isto dificilmente resolve o problema, dadas as dificuldades em identificar individualmente essas pessoas e a pouca motivação para se candidatarem. A entidade patronal, ao manifestar publicamente a sua intenção de não contratar pessoas de determinada origem racial ou étnica, exclui, com efeito, essas pessoas do processo de candidatura e

10 — Considerando 8 da directiva.

11 — Considerando 12 da directiva.

12 — V. as minhas conclusões no processo C-303/06, Coleman, ainda pendente no Tribunal de Justiça (n.os 7 e segs.). Esse processo diz respeito à Directiva 2000/78/CE, de 27 de Novembro de 2000, que estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na actividade profissional (JO L 303, p. 16).

13 — *Ibidem* (n.º 24).

do próprio emprego. Não está simplesmente a falar de discriminação, *está* a discriminar. Não está simplesmente a proferir palavras, está a praticar um «acto verbal» [14]. Anunciar que as pessoas de uma determinada origem racial ou étnica não são bem-vindas enquanto candidatas constitui, por si só, uma forma de discriminação.

17. Se discriminações deste tipo fossem, por alguma razão, excluídas por completo do âmbito de aplicação da directiva, isso levaria a resultados paradoxais, uma vez que, implicitamente, os Estados-Membros poderiam, com base na directiva, permitir que as entidades patronais, muito eficazmente, tratassem os candidatos de maneira diferente, em razão da sua origem racial ou étnica, anunciando simplesmente de antemão, e o mais abertamente possível, o carácter discriminatório da sua política de contratação. Deste modo, a estratégia mais agressiva de contratação discriminatória poderia revelar-se também ser a mais «proveitosa». Isto prejudicaria claramente, em vez de promover, as condições de um mercado de trabalho favorável à inserção social. Em suma, o próprio objectivo da directiva seria frustrado se as declarações públicas feitas por uma entidade patronal no contexto de um processo de contratação — de que seriam recusadas as candidaturas de pessoas de determinada origem étnica — não fossem abrangidas pelo conceito de discriminação directa.

18. O argumento de P. Feryn de que haveria uma predisposição negativa, por parte dos clientes, em relação aos trabalhadores de determinada origem étnica é completamente irrelevante para a questão da aplicabilidade da directiva. Mesmo que tal correspondesse à verdade, esse argumento demonstraria apenas que «os mercados não porão cobro à discriminação» [15] e que é essencial a intervenção do legislador. Além disso, a adopção de medidas reguladoras ao nível da Comunidade ajuda a resolver um problema de acção colectiva das entidades patronais, impedindo a distorção da concorrência que, precisamente em razão dessa falha do mercado, poderia acontecer se existissem, a nível nacional, diferentes padrões de protecção contra as discriminações.

19. Por conseguinte, proponho ao Tribunal de Justiça que responda do seguinte modo à primeira e segunda questões colocadas pelo tribunal nacional: uma declaração pública feita por uma entidade patronal no contexto de um processo de contratação, que tem por efeito recusar as candidaturas de pessoas de determinada origem étnica, constitui uma discriminação directa, na acepção do artigo 2.º, n.º 2, alínea a), da directiva.

14 — Searle, J. — *Speech Acts*, Cambridge University Press 1969; Austin, J. L. — *How to Do Things With Words*, Cambridge (Mass.), 1962.

15 — Sunstein, C. — «Why markets don't stop discrimination», in *Free markets and social justice*, Oxford University Press, Oxford, 1997, p. 165.

O ónus da prova

20. O tribunal de reenvio pede igualmente esclarecimentos sobre o ónus da prova. Estas questões são pertinentes no contexto da alegação do CGKR, no tribunal nacional, de que a Feryn continua a praticar uma política de contratação discriminatória.

21. A disposição pertinente é o artigo 8.º da directiva. Decorre deste artigo que, quando tenham sido apurados factos constitutivos de uma presunção de discriminação directa ou indirecta, incumbe ao demandado provar que não se verificou uma violação do princípio da igualdade de tratamento. Por conseguinte, em caso de discriminação aparente, incumbe à entidade patronal provar que este princípio não foi violado.

22. Esta inversão do ónus da prova é compatível com a legislação da Comunidade e com a jurisprudência do Tribunal de Justiça em matéria de discriminação baseada no sexo. Como o Tribunal de Justiça declarou, «numa situação de discriminação aparente, cabe à entidade patronal demonstrar que existem razões objectivas que justificam a diferença de remuneração [entre trabalhadores do sexo masculino e trabalhadores do sexo feminino]. Com efeito, os trabalhadores seriam privados da possibilidade de fazerem respeitar o princípio da igualdade de remuneração perante o órgão jurisdicional nacional se a apresentação de elementos de prova susceptíveis de revelar uma discriminação aparente não tivesse por efeito impor ao empregador o ónus de demonstrar que a diferença de remuneração não é, na realidade, discriminatória» [16]. A este respeito, o que é válido para os casos de discriminação baseada no sexo também o é para os casos de discriminação baseada na origem étnica. Com efeito, o artigo 8.º da directiva reproduz exactamente o texto do artigo 4.º da Directiva 97/80/CE do Conselho, de 15 de Dezembro de 1997, relativa ao ónus da prova nos casos de discriminação baseada no sexo [17].

23. Compete ao tribunal nacional aplicar as regras relativas ao ónus da prova às circunstâncias específicas do caso concreto. No entanto, como a Comissão acertadamente observa, em circunstâncias em que esteja provado que uma entidade patronal fez declarações públicas sobre a sua própria política de contratação, do tipo das que estão em causa no processo principal, e em que, além disso, a prática efectiva de contratação da entidade patronal continua a não ser transparente e não tenham sido contratadas pessoas da origem étnica em questão, existe uma presunção de discriminação na acepção do artigo 8.º da directiva. Cabe à entidade patronal ilidir essa presunção.

24. No que respeita ao modo como o tribunal nacional deve avaliar as provas apresentadas pela entidade patronal, e com o objectivo de ilidir essa presunção, há que considerar que o tribunal nacional deve aplicar as normas processuais pertinentes, desde que, em primeiro lugar, essas normas

16 — Acórdãos de 30 de Março de 2000, JämO (C-236/98, Colect., p. I-2189, n.º 53), e de 10 de Março de 2005, Nikoloudi (C-196/02, Colect., p. I-1789, n.º 74).

17 — JO 1998, L 14, p. 6, alterada pela Directiva 98/52/CE do Conselho, de 13 de Julho de 1998 (JO L 205, p. 66). V. também o artigo 10.º, n.º 1, da Directiva 2000/78.

não sejam menos favoráveis do que as que regulam acções análogas de natureza interna (princípio da equivalência) e, em segundo lugar, não impossibilitem ou tornem excessivamente difícil, na prática, o exercício dos direitos conferidos pela ordem jurídica comunitária (princípio da efectividade) [18].

25. Consequentemente, proponho ao Tribunal de Justiça que responda do seguinte modo à terceira, quarta e quinta questões submetidas pelo tribunal nacional: quando for feita prova da existência de uma discriminação aparente baseada na origem racial ou étnica, incumbe ao demandado provar que o princípio da igualdade de tratamento não foi violado.

Medidas de tutela adequadas

26. Por último, o tribunal nacional pergunta quais são as medidas de tutela adequadas quando tenha sido demonstrada a existência de uma discriminação baseada na origem racial ou étnica. Mais especificamente, o tribunal nacional pergunta se uma decisão que declara a existência dessa discriminação constitui um remédio adequado, ou se, em circunstâncias como as do presente caso, o tribunal nacional deve intimar a entidade patronal a pôr fim à sua política discriminatória de contratação.

27. No que diz respeito às sanções, o artigo 15.º da directiva dispõe que «[o]s Estados-Membros determinarão os regimes das sanções aplicáveis às violações das disposições nacionais adoptadas em execução da presente directiva e adoptarão as medidas necessárias para assegurar a aplicação dessas disposições. As sanções, em que se pode incluir o pagamento de indemnizações à vítima, devem ser eficazes, proporcionais e dissuasivas […]». Além disso, o Tribunal de Justiça declarou no acórdão Von Colson e Kamann que os tribunais nacionais devem adoptar todas as medidas necessárias para assegurar o cumprimento da obrigação que incumbe aos Estados-Membros, de alcançarem o resultado previsto na directiva [19].

28. Cabe ao tribunal de reenvio determinar, de acordo com as disposições pertinentes de direito interno, quais as medidas de tutela adequadas nas circunstâncias do presente caso. Porém, em geral, as sanções meramente simbólicas não são suficientemente dissuasivas para garantir o respeito da proibição de discriminação [20]. Consequentemente, um despacho de um tribunal através do qual se proíbe esse comportamento parece constituir uma medida mais adequada.

29. Em suma, se o tribunal nacional entender que o princípio da igualdade de tratamento foi violado, deve ordenar medidas de tutela que sejam efectivas, proporcionadas e dissuasivas.

18 — V, neste sentido, acórdãos de 16 de Dezembro de 1976, Rewe (33/76, Colect., p. 813), de 14 de Dezembro de 1995, Van Schijndel e van Veen (C-430/93 e C-431/93, Colect., p. I-4705, n.º 17), e de 7 de Junho de 2007, Van der Weerd e o. (C-222/05 a C-225/05, Colect., p. 4233, n.º 28).

19 — Acórdão de 10 de Abril de 1984 (14/83, Recueil, p. 1891, n.º 26). V., também, acórdão Harz (79/83, Colect., p. 1921, n.º 26).

20 — V., por analogia, acórdão Von Colson e Kamann, já referido (n.os 23 e 24).

III — Conclusão

30. Pelas razões expostas, entendo que deve ser dada a seguinte resposta às questões submetidas pelo Arbeidshof te Brussel:

«1) Uma declaração pública feita por uma entidade patronal no contexto de um processo de contratação, que tem por efeito recusar as candidaturas de pessoas de determinada origem étnica, constitui uma discriminação directa, na acepção do artigo 2.º, n.º 2, alínea a), da Directiva 2000/43/CE do Conselho, de 29 de Junho de 2000, que aplica o princípio da igualdade de tratamento entre as pessoas, sem distinção de origem racial ou étnica.

2) Quando for demonstrada a existência de uma discriminação aparente baseada na origem racial ou étnica, incumbe ao demandado demonstrar que o princípio da igualdade de tratamento não foi violado.

3) Se o tribunal nacional entender que o princípio da igualdade de tratamento foi violado, deve ordenar medidas de tutela que sejam efectivas, proporcionadas e dissuasivas.»