

MANUAL

Manual sobre a legislação europeia antidiscriminação



© Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia, 2010.
Conselho da Europa, 2010.

O manuscrito foi finalizado em julho de 2010.

Reprodução autorizada, excepto para fins comerciais, mediante indicação da fonte.

***Europe Direct e um serviço que responde
à suas perguntas sobre a União Europeia***

**Linha telefónica gratuita (*):
00 800 6 7 8 9 10 11**

(*) Alguns operadores de telefonia móvel não permitem a o acesso aos números iniciados por 00 800
cu cobram estas chamadas.

Crédito das fotos (portada e interior): © iStockphoto

Encontram-se disponíveis numerosas outras informações sobre a União Europeia
na rede Internet, via servidor Europa (<http://europa.eu>).

Uma fiche catalográfica figura no fim desta publicação.

Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 2011

ISBN 978-92-871-9980-5 (Conselho da Europa)

ISBN 978-92-9192-868-2 (FRA)

doi:10.2811/99423

Impresso no Luxemburgo por Imprimerie Centrale

IMPRESSO EM PAPEL BRANQUEADO SEM CLORO ELEMENTAR (ECF)

O presente Manual foi redigido em inglês. O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) e a Agência Dos Direitos Fundamentais Da União Europeia (FRA) não assume qualquer responsabilidade pela qualidade das traduções para outras línguas.

As opiniões expressas neste Manual não vinculam o TEDH. O Manual remete para um conjunto de comentários e manuais sobre a Convenção Europeia dos Direitos do Homem. O TEDH não assume qualquer responsabilidade pelo seu conteúdo, e a referência aos mesmos no presente Manual não equivale a qualquer forma de apoio a essas publicações. Existem outros manuais relativos à Convenção referenciados nas páginas Internet da biblioteca do TEDH: (www.echr.coe.int/Library/).



Manual sobre a legislação europeia antidiscriminação

Prefácio

Em Janeiro de 2010, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e a Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia decidiram colaborar na elaboração do presente Manual sobre a jurisprudência europeia no domínio da luta contra a discriminação. É-nos grato apresentar aqui os resultados concretos desse esforço conjunto.

A entrada em vigor do Tratado de Lisboa conferiu força jurídica vinculativa à Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Além disso, o Tratado de Lisboa prevê a adesão da União Europeia à Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Neste contexto, o conhecimento acrescido dos princípios comuns desenvolvidos pelo Tribunal de Justiça da União Europeia e pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem é não só desejável, mas também essencial para garantir a aplicação adequada, a nível nacional, de um dos aspectos fundamentais da legislação europeia em matéria de direitos humanos: as normas antidiscriminação.

Em 2010, comemoraram-se o 60.º aniversário da Convenção Europeia dos Direitos do Homem que, no seu artigo 14.º estabelece uma proibição de discriminação, e o 10.º aniversário da adopção de dois textos fundamentais para a luta contra a discriminação no seio da União Europeia, nomeadamente a Directiva relativa à igualdade racial e a Directiva relativa à igualdade de tratamento no emprego e na actividade profissional. Atendendo ao impressionante corpus de jurisprudência desenvolvido pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e o Tribunal de Justiça da União Europeia no domínio da luta contra a discriminação, afigurou-se útil apresentar um manual (acompanhado de um CD-ROM) facilmente acessível aos profissionais da justiça, juizes, representantes do Ministério Público, advogados e responsáveis pela aplicação da lei, que exercem nos Estados-Membros da União Europeia e no Conselho da Europa, e não só. Ocupando a linha da frente da protecção dos direitos do Homem, os profissionais da justiça, em particular, devem ter um bom conhecimento dos princípios de não discriminação, a fim os poderem aplicar eficazmente na prática. Com efeito, é no plano nacional que as disposições que visam lutar contra a discriminação são aplicadas na prática e é no terreno que os desafios se colocam.

Erik Fribergh

Secretário do Tribunal Europeu
dos Direitos do Homem

Morten Kjærum

Director da Agência dos Direitos
Fundamentais da União Europeia

Índice

PREFÁCIO	3
ABREVIATURAS	9
1. INTRODUÇÃO À LEGISLAÇÃO EUROPEIA ANTIDISCRIMINAÇÃO:	
CONTEXTO, EVOLUÇÃO E PRINCÍPIOS-CHAVE	11
1.1. Contexto e antecedentes da legislação europeia antidiscriminação	12
1.1.1. O Conselho da Europa e a Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais	12
1.1.2. A União Europeia e as directivas antidiscriminação	14
1.2. Desenvolvimentos actuais e futuros nos mecanismos de protecção europeus	15
1.2.1. Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia	15
1.2.2. Tratados das Nações Unidas sobre os direitos humanos	17
1.2.3. Adesão da União Europeia à Convenção Europeia dos Direitos do Homem	18
Questões-chave	19
Leitura adicional	19
2. CATEGORIAS DE DISCRIMINAÇÃO E EXCEPÇÕES AO PRINCÍPIO DE NÃO-DISCRIMINAÇÃO	23
2.1. Introdução	23
2.2. Discriminação directa	24
2.2.1. Tratamento desfavorável	25
2.2.2. Elemento de comparação	25
2.2.3. A característica protegida	29
2.3. Discriminação indirecta	32
2.3.1. Disposição, critério ou prática neutra	32
2.3.2. Efeitos significativamente mais negativos num grupo protegido	33
2.3.3. Elemento de comparação	34
2.4. Assédio e instrução no sentido de discriminar	35
2.4.1. Assédio e instrução no sentido de discriminar no âmbito das directivas antidiscriminação da UE	35
2.4.2. Assédio e instrução no sentido de discriminar à luz da CEDH	38
2.5. Medidas especiais e específicas	39
Questões-chave	47
2.6. Excepções à proibição do tratamento menos favorável no âmbito da legislação europeia antidiscriminação	48
2.6.1. Introdução	48

2.6.2. Discriminação da excepção geral	49
2.6.3. Aplicação da excepção geral	51
2.6.4. Excepções específicas no âmbito da legislação da UE	51
2.6.4.1. Requisito genuíno e determinante para o exercício da actividade profissional	52
2.6.4.2. Instituições religiosas	56
2.6.4.3. Excepções em razão da idade	57
Questões-chave	60
Leitura adicional	61

3. O ÂMBITO DE APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO EUROPEIA ANTIDISCRIMINAÇÃO..... 63

3.1. Introdução.....	63
3.2. Quem goza de protecção ao abrigo da legislação europeia antidiscriminação?	64
3.3. Âmbito de aplicação da Convenção Europeia: Artigo 14.º e Protocolo n.º 12.....	66
3.3.1. Natureza da proibição de discriminação estabelecida na Convenção	66
3.3.1.1. Direitos abrangidos pela Convenção.....	67
3.3.1.2. Âmbito dos direitos reconhecidos pela Convenção.....	68
3.3.1.3. Protocolo n.º 12.....	70
3.4. Âmbito de aplicação das directivas antidiscriminação da UE	71
3.4.1. Emprego.....	71
3.4.1.1. Acesso ao emprego	72
3.4.1.2. Condições de emprego, incluindo o despedimento e a remuneração.....	72
3.4.1.3. Acesso à orientação e formação profissionais	74
3.4.1.4. Organizações sindicais ou patronais	75
3.4.1.5. A Convenção europeia e o contexto do emprego	76
3.4.2. Acesso ao sistema previdencial e a formas de segurança social	77
3.4.2.1. Protecção social, incluindo a segurança social e os cuidados de saúde.....	77
3.4.2.2. Regalias sociais	78
3.4.2.3. Educação.....	79
3.4.2.4. A Convenção europeia e o contexto da protecção social e da educação.....	80
3.4.3. Acesso ao fornecimento de bens e serviços, incluindo a habitação	81
3.4.3.1. A Convenção europeia e o contexto dos bens e serviços, incluindo a habitação.....	84
3.4.4. Acesso à justiça	85
3.4.4.1. A Convenção europeia e o contexto do acesso à justiça	86

3.5. Aplicação da Convenção para além da legislação da UE.....	87
3.5.1. A esfera “pessoal”: vida privada e familiar, adopção, domicílio e casamento.....	87
3.5.2. Participação política: liberdade de expressão, reunião e associação, e direito a eleições livres.....	90
3.5.3. Controlo da aplicação da lei.....	91
3.5.4. Questões de direito penal.....	93
Questões-chave	94
Leitura adicional	95
4. CARACTERÍSTICAS PROTEGIDAS	97
4.1. Introdução	97
4.2. Sexo.....	98
4.3. Orientação sexual	106
4.4. Deficiência	109
4.5. Idade	112
4.6. Raça, origem étnica, cor e pertença a uma minoria nacional	113
4.7. Nacionalidade ou origem nacional.....	117
4.8. Religião ou convicções.....	121
4.9. Língua	124
4.10. Origem social, nascimento e riqueza	126
4.11. Opiniões políticas ou outras.....	128
4.12. “Outras situações”	129
Questões-chave	130
Leitura adicional	131
5. QUESTÕES PROBATÓRIAS NA LEGISLAÇÃO ANTIDISCRIMINAÇÃO.....	135
5.1. Introdução.....	135
5.2. Partilha do ónus da prova.....	136
5.2.1. Factores que não carecem de prova.....	139
5.3. Papel das estatísticas e de outros dados	141
Questões-chave	147
Leitura adicional	147
LISTA DE PROCESSOS	149
Jurisprudência do Tribunal Internacional de Justiça.....	149
Jurisprudência do Tribunal de Justiça Europeu	149
Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem	152
Jurisprudência do Comité Europeu dos Direitos Sociais.....	155
Jurisprudência do Comité dos Direitos Humanos.....	155
Jurisprudência dos tribunais nacionais	155

ÍNDICE DE TEXTOS JURÍDICOS.....	159
Instrumentos internacionais.....	159
Instrumentos da EU	160
OUTRA DOCUMENTAÇÃO DISPONÍVEL EM CD-ROM	161
FONTES EM LINHA.....	163
NOTA SOBRE A JURISPRUDÊNCIA CITADA.....	165

Abreviaturas

CDC	Convenção sobre os Direitos da Criança
CdE	Conselho da Europa
CDH	Comité dos Direitos Humanos
CEDAW	Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres
CEDH	Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais
CEDS	Comité Europeu dos Direitos Sociais
CIEDR	Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial
CDPD	Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência
DUDH	Declaração Universal dos Direitos do Homem
NPT	nacional de um país terceiro
NU	Nações Unidas
OIG	organização intergovernamental
PIDCP	Pacto Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos
PIDESC	Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais
TEDH	Tribunal Europeu dos Direitos do Homem
TIJ	Tribunal Internacional de Justiça
TJE	Tribunal de Justiça da União Europeia
TPI	Tribunal de Primeira Instância
UE	União Europeia

1

Introdução à legislação europeia antidiscriminação: contexto, evolução e princípios-chave

No presente capítulo introdutório explicam-se as origens do direito antidiscriminação na Europa, bem como as evoluções actuais e futuras do direito substantivo e dos procedimentos de protecção.

É importante assinalar desde já que tanto os juízes como os delegados do Ministério Público estão obrigados a aplicar as garantias previstas na Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (CEDH) e nas directivas antidiscriminação da União Europeia (UE), independentemente do facto de as mesmas serem ou não invocadas por qualquer das partes no processo. Os tribunais nacionais e os funcionários judiciais não têm de se cingir aos argumentos legais avançados pelas partes, antes devem determinar a legislação aplicável com base no quadro factual apresentada pelas mesmas. Essencialmente, isto significa que as partes num processo escolhem efectivamente se pretendem ou não prosseguir uma acção por discriminação através dos argumentos e das provas que apresentam. Esta situação decorre dos princípios jurídicos evidentes por que se rege cada sistema, por exemplo, o efeito indirecto do direito comunitário nos 27 Estados-Membros que integram a União Europeia, ou a aplicabilidade directa reconhecida à CEDH, que implica a sua observância em todos os Estados-Membros da UE e do Conselho da Europa (CdE). Contudo, existe uma restrição importante a esta exigência, nomeadamente, os prazos de prescrição aplicáveis. Antes de ponderar a aplicação das garantias antidiscriminação, os profissionais da justiça deverão familiarizar-se com os prazos de prescrição aplicáveis à jurisdição contemplada e determinar se o tribunal em causa pode lidar com a questão.

Na prática, isto significa que os profissionais da justiça, sempre que tal se justifique, podem invocar os instrumentos aplicáveis em matéria de não discriminação e a jurisprudência pertinente perante os tribunais e as autoridades nacionais.

Tal exige que os profissionais da justiça compreendam os sistemas actualmente em vigor no domínio da luta contra a discriminação e saibam como se processa a sua aplicação, nomeadamente em determinadas situações concretas.

1.1. Contexto e antecedentes da legislação europeia antidiscriminação

A expressão “legislação europeia antidiscriminação” parece sugerir que existe um sistema único de regras à escala europeia em matéria de luta contra a discriminação mas, na verdade, essa legislação cobre uma diversidade de contextos. O presente Manual baseia-se sobretudo na legislação da CEDH e da UE. Os dois sistemas têm origens distintas, tanto em termos da data de criação como no que se refere às razões da sua criação.

1.1.1. O Conselho da Europa e a Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais

O Conselho da Europa (CdE), organismo intergovernamental (OIG) formada após a Segunda Guerra Mundial, foi criado com o objectivo de promover, nomeadamente, o Estado de direito, a democracia, os direitos do Homem e o desenvolvimento social (ver Preâmbulo e artigo 1.º do Estatuto do Conselho da Europa). Como instrumento de apoio na prossecução destes objectivos, os Estados membros do CdE adoptaram a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), o primeiro tratado moderno em matéria de direitos humanos, inspirado na Declaração Universal dos Direitos do Homem das Nações Unidas. A CEDH impõe às partes signatárias a obrigação, juridicamente vinculativa, de garantir a todas as pessoas (e não apenas aos seus cidadãos) sob sua jurisdição um conjunto de direitos humanos. A aplicação da CEDH é controlada pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (inicialmente assistido por uma comissão), que julga acções judiciais instauradas contra países membros. O Conselho da Europa conta actualmente com 47 membros e qualquer Estado que pretenda integrar o CdE deve igualmente aderir à CEDH.

Desde a sua instituição, em 1950, a CEDH tem sido alterada e acrescentada através de actos a que se dá o nome de “Protocolos”. A mais importante modificação processual da CEDH teve lugar com o aditamento do Protocolo n.º 11 (1994), que instituiu o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) como órgão permanente e a tempo inteiro, e aboliu a referida comissão. O objectivo do Protocolo n.º 11 foi o de reforçar os mecanismos estabelecidos pela CEDH, tendo em conta o provável aumento do número de queixas susceptíveis de serem apresentadas por Estados da Europa Oriental que aderiram ao Conselho da Europa após a queda do Muro de Berlim e o desmoronamento da ex-União Soviética.

A proibição da discriminação está consignada no artigo 14.º da CEDH,¹ o qual garante a igualdade de tratamento no gozo dos restantes direitos reconhecidos na Convenção. O Protocolo n.º 12 (2000) à CEDH, ainda não ratificado por todos os Estados-Membros da UE,² alarga o âmbito da proibição da discriminação ao garantir a igualdade de tratamento no gozo de qualquer direito (incluindo os direitos ao abrigo da legislação nacional). Segundo o Relatório explicativo do Protocolo, este nasceu do desejo de reforçar a protecção contra a discriminação, considerada um elemento essencial para garantir o respeito dos direitos humanos. Na origem do Protocolo estiveram debates sobre a questão de saber como reforçar, em particular, a igualdade entre mulheres e homens e a igualdade racial.

Não sendo embora um tema prioritário deste Manual, vale a pena o leitor saber que o princípio da não-discriminação é um princípio orientador de inúmeros documentos do CdE. Importa igualmente referir que a versão de 1996 da Carta Social Europeia inclui tanto o direito à igualdade de oportunidades e de tratamento em matéria de emprego e de profissão, como a protecção contra a discriminação em razão do sexo.³ Igualmente se pode testemunhar o reforço da protecção contra a discriminação na Convenção-Quadro do Conselho da Europa para a Protecção das Minorias Nacionais,⁴ na Convenção do CdE relativa à Luta contra o Tráfico de Seres Humanos⁵ e na Convenção do CdE relativa ao Acesso a Documentos

1 Pode consultar um guia de formação, em formato de apresentação em Powerpoint, com orientações relativas à aplicação do artigo 14.º da CEDH no sítio Web “Human Rights Education for Legal Professionals” do Conselho da Europa: www.coehelp.org/course/view.php?id=18&topic=1.

2 Para saber quais os Estados-Membros da UE que ratificaram o Protocolo 12, ver: www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=177&CM=7&DF=16/07/2010&CL=ENG.

3 Ver artigo 20.º e artigo E na Parte V da Carta Social Europeia.

4 Ver artigos 4.º, 6.º, n.º 2, e 9.º da Convenção-Quadro do Conselho da Europa para a Protecção das Minorias Nacionais.

5 Ver artigo 2.º, n.º 1, da Convenção do Conselho da Europa relativa à Luta contra o Tráfico de Seres Humanos.

Oficiais. Também o Protocolo à Convenção do CdE sobre Criminalidade Informática estabelece medidas de protecção contra a incitação à discriminação. A questão da não-discriminação tem indiscutivelmente influenciado a formulação dos documentos legislativos produzidos pelo Conselho da Europa, e é encarada como uma liberdade fundamental que se impõe salvaguardar.

1.1.2. A União Europeia e as directivas antidiscriminação

A União Europeia (UE) começou por ser uma organização intergovernamental, mas é hoje uma entidade jurídica independente. A UE integra actualmente 27 Estados-Membros. Evoluiu a partir de três organizações intergovernamentais (OIs) distintas, criadas na década de 1950, no intuito de garantir a segurança energética e o comércio livre (designadas, no seu conjunto, por “Comunidades Europeias”). O principal objectivo das Comunidades Europeias era estimular o desenvolvimento económico através da livre circulação de bens, capitais, pessoas e serviços. A fim de assegurar condições equitativas de concorrência entre os Estados-Membros, o primeiro Tratado que instituiu a Comunidade Económica Europeia (1957) continha uma disposição que proibia a discriminação em razão do sexo no âmbito do emprego. Isto visava evitar que qualquer Estado-Membro adquirisse vantagens competitivas sobre os outros oferecendo níveis salariais mais baixos ou condições de trabalho menos favoráveis às mulheres. Embora este corpus legislativo tenha evoluído consideravelmente, passando a abranger domínios como as pensões, a gravidez e os regimes legais de segurança social, o certo é que, até 2000, a legislação antidiscriminação na UE se aplicava exclusivamente aos domínios do emprego e da segurança social e proibia unicamente a discriminação em razão do sexo.

Na década de 1990, assistiu-se a uma pressão significativa por parte de grupos da sociedade civil que exigiam que a proibição da discriminação prevista na legislação da UE fosse alargada a outros domínios, nomeadamente, a raça ou origem étnica, a religião ou crença, a deficiência, a idade e a orientação sexual. O espectro de um ressurgimento de nacionalismos extremistas em alguns Estados-Membros da UE estimulou suficientemente a vontade política entre os dirigentes europeus, tendo o Tratado da Comunidade Europeia sido alterado, passando a Comunidade a ter competência para legislar naqueles domínios.

Em 2000, foram adoptadas duas directivas: a Directiva relativa à igualdade no emprego, que proíbe a discriminação em função da orientação sexual, religião ou

crença, idade e eventual deficiência no domínio do emprego, e a Directiva sobre a igualdade racial, que proíbe a discriminação com base na origem racial ou étnica no contexto do emprego, mas também no acesso ao sistema de previdência e segurança social, e aos bens e serviços. Tratou-se de um alargamento significativo do âmbito de aplicação da legislação antidiscriminação da UE, a qual reconheceu que, para permitir às pessoas realizar plenamente o seu potencial no mercado de trabalho, era também essencial garantir-lhes igualdade de acesso em domínios como a saúde, a educação e a habitação. Em 2004, a Directiva relativa à igualdade de tratamento entre homens e mulheres no acesso a bens e serviços tornou extensiva a protecção contra a discriminação com base no sexo à área dos bens e serviços. Contudo, a protecção contra a discriminação em razão do sexo não corresponde exactamente ao alcance alcançado pela protecção conferida a coberto da Directiva sobre a igualdade racial, já que a Directiva relativa à igualdade de tratamento entre homens e mulheres em matéria de segurança social garante a igualdade de tratamento apenas em relação à segurança social e não ao sistema mais abrangente de benefícios sociais, como a protecção social e o acesso aos cuidados de saúde e à educação.

Embora a orientação sexual, a religião e as convicções, a deficiência e a idade sejam características protegidas apenas no contexto do emprego, está neste momento a ser debatida ao nível das instituições da UE uma proposta de directiva (denominada “Directiva Horizontal”) que visa tornar a protecção contra a discriminação por estes motivos extensiva ao acesso a bens e serviços.

1.2. Desenvolvimentos actuais e futuros nos mecanismos de protecção europeus

1.2.1. Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia

Os tratados fundadores das Comunidades Europeias não continham qualquer referência aos direitos humanos nem à sua protecção. Não se pensou que a criação de uma zona de comércio livre na Europa pudesse ter qualquer impacto relevante a nível dos direitos do Homem. Todavia, à medida que foram sendo instauradas acções junto do Tribunal de Justiça Europeu (TJE) com alegações de violações dos direitos humanos suscitadas pelo direito comunitário, o TJE foi desenvolvendo um corpus de jurisprudência, que constitui os chamados “princípios gerais” do direito

comunitário.⁶ Segundo o TJE, estes princípios gerais reflectiriam o teor da protecção dos direitos humanos constante nas constituições nacionais e nos tratados em matéria de direitos humanos, com destaque para a CEDH. O TJE declarou que asseguraria a conformidade do direito comunitário com aqueles princípios.

Em 2000, reconhecendo que as suas políticas poderiam ter um impacto nos direitos humanos, e num esforço para fazer os cidadãos sentirem-se mais “próximos” da União Europeia, a UE e os seus Estados-Membros proclamaram a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Inspirada nos direitos estabelecidos nas constituições dos Estados-Membros, na CEDH e nos tratados sobre os direitos humanos universais, como a Convenção das Nações Unidas sobre os direitos da criança, a Carta dos Direitos Fundamentais da UE consagra um conjunto de direitos humanos. Na versão adoptada em 2000, a Carta não passava de uma “declaração”, isto é, não era juridicamente vinculativa, se bem que a Comissão Europeia (o principal órgão com competência para apresentar novas propostas de actos legislativos) tenha declarado as propostas de regulamentação que apresentasse seriam conformes com a Carta.

Com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa em 2009, a Carta dos Direitos Fundamentais adquiriu força jurídica vinculativa. Em consequência, as instituições da UE devem obrigatoriamente cumprir as suas disposições. Os Estados-Membros são obrigados, por conseguinte, a respeitar as disposições da Carta, mas apenas em sede de transposição e aplicação da legislação da UE. Foi acordado um protocolo à Carta em relação à República Checa, Polónia e Reino Unido, no qual se reafirma explicitamente tal restrição. O artigo 21.º da Carta estabelece a proibição da discriminação por vários motivos, os quais serão abordados mais adiante neste Manual. Significa isto que qualquer pessoa pode apresentar queixa se considerar que a legislação da UE ou a legislação nacional que transpõe o direito comunitário não respeitam as disposições da Carta. Os tribunais nacionais podem pedir esclarecimentos ao o TJE sobre a correcta interpretação do direito comunitário, através do procedimento de pedido de decisão a título prejudicial previsto no artigo 267.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFEU).

6 Na sequência de alterações introduzidas pelo Tratado de Lisboa, o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (com frequência referido simplesmente como “Tribunal de Justiça Europeu” (TJE)), passou a designar-se Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE). Contudo, no Manual continua a fazer-se referência ao TJE para evitar confusão, já que a maior parte da literatura existente que os profissionais da justiça poderão desejar consultar foi publicada antes da entrada em vigor do Tratado de Lisboa em Dezembro de 2009.

1.2.2. Tratados das Nações Unidas sobre os direitos humanos

Naturalmente que os mecanismos de protecção dos direitos humanos não se cingem à Europa. A par de outros mecanismos regionais vigentes nas Américas, em África e no Médio Oriente, existe um corpus significativo de legislação internacional em matéria de direitos humanos criado através das Nações Unidas (NU). Todos os Estados-Membros da UE são parte nos seguintes tratados das NU no domínio dos direitos do Homem, os quais contêm, sem excepção, uma proibição de discriminação: o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (PIDCP),⁷ o Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais (PIDESC),⁸ a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (CIEDR),⁹ a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (CEDAW),¹⁰ a Convenção contra a Tortura,¹¹ e a Convenção sobre os Direitos da Criança (CDC).¹² O mais recente tratado em matéria de direitos humanos criado a nível das NU é a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD).¹³ Tradicionalmente, apenas os Estados enquanto tal podiam aderir aos tratados em matéria de direitos humanos. Contudo, dado que os Estados cooperam cada vez mais com organizações intergovernamentais (OIG), nas quais delegam poderes e responsabilidades consideráveis, verifica-se uma necessidade premente de assegurar que também as OIG se comprometam com o efectivo cumprimento das obrigações assumidas pelos Estados que representam. A CDPD é o primeiro tratado sobre direitos humanos a nível das NU aberto à adesão de organizações de integração regional, e a UE já declarou a sua intenção de ser parte na mesma.

7 999 UNTS 171.

8 993 UNTS 3.

9 660 UNTS 195.

10 1249 UNTS 13.

11 1465 UNTS 85.

12 1577 UNTS 3. Além disso, alguns Estados-Membros são também parte na Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (Doc. NU A/61/611, de 13 de Dezembro de 2006) e na Convenção Internacional para a Protecção de Todas as Pessoas contra os Desaparecimentos Forçados (Doc. NU A/61/488, de 20 de Dezembro de 2006); contudo, ainda nenhum é parte na Convenção internacional sobre a protecção dos direitos de todos os trabalhadores migrantes e dos membros das suas famílias (Doc. NU A/RES/45/158, de 1 de Julho de 2003).

13 Doc. NU A/61/611, de 13 de Dezembro de 2006.

A CDPD contém um extenso rol de direitos das pessoas com deficiência, destinado a garantir a igualdade das mesmas no gozo dos seus direitos, bem como a impor aos Estados uma série de obrigações no sentido da tomada de medidas positivas. À semelhança da Carta dos Direitos Fundamentais, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência vincula as instituições da UE, e tem igualmente força vinculativa para os Estados-Membros aquando da transposição e aplicação do direito comunitário. Acresce que alguns Estados-Membros estão actualmente em vias de aderir à CDPD, a título individual, o que também lhes irá impor obrigações directamente. A CDPD tornar-se-á, certamente, um ponto de referência para a interpretação quer da legislação da UE quer da jurisprudência do TEDH no que respeita à discriminação com base na deficiência.

1.2.3. Adesão da União Europeia à Convenção Europeia dos Direitos do Homem

Existe actualmente uma ligação estreita entre a legislação da UE e a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH). Todos os Estados-Membros da UE aderiram à CEDH. Como anteriormente se referiu, o TJE inspira-se na CEDH quando deve determinar o campo de aplicação da protecção assegurada pelo direito da UE em matéria de direitos humanos. Além disso, a Carta dos Direitos Fundamentais reflecte o conjunto de direitos definidos na CEDH (embora não se limite a esses direitos). Como tal, o direito comunitário, ainda que a UE não seja realmente membro da CEDH, é amplamente compatível com a CEDH. Contudo, se um indivíduo considerar que a UE faltou à sua obrigação de respeito dos direitos humanos e pretender apresentar queixa, não pode interpor uma queixa contra a UE no TEDH. Pode optar por uma de duas soluções: apresentar queixa num tribunal nacional, que poderá ulteriormente remeter o processo para o TJE através do procedimento de decisão prejudicial, ou apresentar queixa no TEDH contra um Estado-Membro, pondo indirectamente em causa a UE.

O Tratado de Lisboa contém uma disposição que mandata a UE para aderir à CEDH por direito próprio, e o Protocolo 14 à CEDH altera a mesma por forma a possibilitar tal adesão. Ainda é possível determinar os efeitos que tal adesão terá na prática e, em particular, qual será a relação entre o TJE e o TEDH no futuro, uma vez que as negociações para a adesão da UE poderão levar vários anos. Em todo o caso, ela permitirá, pelo menos, que as pessoas levem a UE directamente perante o TEDH por não observância da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

Questões-chave

- Na Europa, a protecção contra a discriminação encontra-se consagrada tanto na legislação da UE como na CEDH. Embora, em larga medida, estes dois sistemas se completem e se reforcem mutuamente, não deixam de existir entre eles algumas diferenças de que os profissionais da justiça devem ter consciência.
- A CEDH protege todas as pessoas sob jurisdição dos seus 47 Estados-partes, ao passo que as directivas antidiscriminação da União Europeia oferecem protecção apenas aos cidadãos dos 27 Estados-Membros da UE.
- O artigo 14.º da CEDH proíbe a discriminação apenas na medida em que a mesma esteja ligada ao exercício de um outro direito reconhecido pela Convenção, enquanto que o Protocolo n.º 12 à CEDH confere à discriminação um carácter autónomo.
- Em virtude da legislação antidiscriminação da EU, a proibição de discriminação é um direito autónomo, mas está limitado a determinados contextos, como o emprego.
- As instituições da UE são legalmente obrigadas a respeitar a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, incluindo as suas disposições em matéria de não-discriminação. Também os Estados-Membros da UE devem respeitar a Carta quando da transposição e da aplicação do direito comunitário.
- A União Europeia irá aderir à CDPD e à CEDH. Isto colocará a UE sob a supervisão de organismos de controlo externos, e os particulares poderão apresentar queixa sobre violações à CEDH pela UE directamente perante o TEDH.

Leitura adicional

Bamforth, Malik e O'Conneide, *Discrimination Law: Theory and Context* (Londres, Sweet and Maxwell, 2008), Capítulo 1 "Key Issues and Questions in Discrimination Law", Capítulo 2 "Sources and Scope of Domestic Discrimination Law".

Barnard, *EC Employment Law* (3.ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2006), Capítulo 1 "The Evolution of "EC" Social Policy".

Besson, "The European Union and Human Rights: Towards a Post-National Human Rights Institution?", 6 *Human Rights Law Journal* (2006) 323.

Butler, "A Comparative Analysis of Individual Petition in Regional and Global Human Rights Protection Mechanisms", 23 *University of Queensland Law Journal* (2004) 22.

Chalmers (*et al*), *European Union Law: Text and Materials* (2.^a ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2010), Capítulo 1 “European Integration and the Treaty on European Union”, Capítulo 2 “EU institutions” e Capítulo 6, “Fundamental Rights”.

Costello, “The Bosphorus Ruling of the European Court of Human Rights: Fundamental Rights and Blurred Boundaries in Europe” 6 *Human Rights Law Review* (2006) 87.

Craig e de Burca, *EU Law: Text, Cases and Materials* (4.^a ed. Oxford, Oxford University Press, 2008), Capítulo 1 “The Development of European Integration”, Capítulo 11 “Human Rights in the EU”.

Eicke, “The European Charter of Fundamental Rights – Unique Opportunity or Unwelcome Distraction”, 3 *European Human Rights Law Review* (2000) 280.

Ellis, *EU Anti-Discrimination Law* (Oxford, Oxford University Press, 2005), Capítulo 1 “Introduction”.

Equinet, “Dynamic Interpretation: European Anti-Discrimination Law in Practice”, Volumes I-IV, disponíveis em: www.equineteurope.org/equinetpublications.html.

Fitzpatrick (*et al*), “The 1996 Intergovernmental Conference and the Prospects of a Non-Discrimination Treaty Article”, 25.4 *Industrial Law Journal* (1996) 320.

Guliyev, “Interdiction générale de la discrimination: droit fondamental ou droit de “second rang”? CourEDH, Gde Ch., *Sejdić e Finci c. Bosnia-Herzegovina*, 22 de Dezembro de 2009, 31 *L’Europe des libertés: revue d’actualité juridique* (2010).

Heringa e Verhey, “The UE Charter: Text and Structure”, 8 *Maastricht Journal of European and Comparative Law* (2001) 11.

Llorente, “A Charter of Dubious Utility”, 1.3 *International Journal of Constitutional Law* (2003) 405.

Martin, “Strasbourg, Luxembourg et la discrimination: influences croisées ou jurisprudences sous influence? ”, 69 *Revue trimestrielle des droits de l’homme* (2007).

Quesada Segura, “La no discriminación, la igualdad de trato y de oportunidades, en el ordenamiento europeo. Del Convenio Europeo de Derechos Humanos del Consejo

de Europa, a los Tratados y a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, (2008) número extraordinário.

Royer, *The Council of Europe/Le Conseil de l’Europe* (Estrasburgo, Conselho da Europa, 2010/2009).

Sadurski, “Partnering with Strasbourg: Constitutionalisation of the European Court of Human Rights, the Accession of Central and East European States to the Council of Europe, and the Idea of Pilot Judgments”, 9.3 *Human Rights Law Review* (2009) 397.

Syrpis, “The Treaty of Lisbon: Much Ado ... But About What?”, 37.3 *Industrial Law Journal* (2008) 219.

Tulkens, “L’évolution du principe de non-discrimination à la lumière de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme”, em Carlier (ed.), *L’étranger face au droit* (Bruxelas, Bruylant, 2010).

2

Categorias de discriminação e excepções ao princípio de não-discriminação

2.1. Introdução

A legislação antidiscriminação tem por objectivo garantir a todos os indivíduos um acesso equitativo e justo às oportunidades disponíveis na sociedade. Fazemos diariamente escolhas, por exemplo, quanto às pessoas com quem desejamos conviver, aos locais onde vamos às compras, ao nosso local de trabalho. Preferimos certas coisas e certas pessoas a outras. A expressão das nossas preferências subjectivas é um acto comum e normal. No entanto, podemos desempenhar funções que nos conferem uma certa autoridade ou nos autorizam a tomar decisões susceptíveis de ter um impacto directo na vida de outras pessoas. Funcionários públicos, comerciantes, empregadores, proprietários ou médicos têm muitas vezes de tomar decisões sobre a forma como devem ser utilizados os poderes públicos ou ser oferecidos bens e serviços privados. Nestes contextos não pessoais, a legislação antidiscriminação intervém nas escolhas que fazemos, de duas maneiras.

Em primeiro lugar, essa legislação estipula que as pessoas em situações semelhantes devem receber um tratamento semelhante e não ser tratadas de forma menos favorável simplesmente devido a uma determinada característica “protegida” que possuam. O não respeito deste princípio constitui uma discriminação “directa”. A discriminação directa, se enquadrada no âmbito da CEDH, está sujeita a uma excepção geral se for objectivamente justificada; no quadro da legislação da UE, porém, as excepções relativamente à discriminação directa são algo limitadas.

Em segundo lugar, a legislação antidiscriminação estipula que as pessoas em situações diferentes devem receber um tratamento diferenciado na medida em que

A legislação antidiscriminação proíbe que pessoas ou grupos de pessoas em situação semelhante sejam tratadas de forma diferente, e que pessoas ou grupos de pessoas em situações diferentes sejam tratados de forma idêntica.¹⁴

isso seja necessário para lhes permitir usufruir de determinadas oportunidades na mesma base que as outras pessoas. Assim, também essas “características protegidas” devem ser tidas em conta aquando da execução de determinadas práticas ou ao da criação de determinadas regras. O não respeito deste princípio constitui uma discriminação “indirecta”. Todas as formas de discriminação indirecta estão sujeitas a uma excepção baseada numa justificação objectiva, independentemente de a alegação se basear na CEDH ou na legislação da UE.

No presente capítulo, procede-se a uma análise mais aprofundada do significado de discriminação, tanto directa como indirecta, aborda-se algumas das manifestações específicas de ambas, como o assédio e a instrução no sentido de discriminar, e analisa-se também a forma como funcionam na prática à luz da jurisprudência. Procede-se em seguida a uma análise de como funcionam as excepções à proibição de discriminação.

Considera-se que existe discriminação directa quando:

- uma pessoa é objecto de tratamento menos favorável
- do que aquele que é, foi ou possa vir a ser dado a outra(s) pessoa(s) em situação comparável
- e a razão de ser de tal facto se prende com uma determinada característica dessa(s) pessoa(s), que se insere num conjunto de “características protegidas”.

2.2. Discriminação directa

A discriminação directa é definida em termos semelhantes na CEDH e na legislação da UE. Nos termos do artigo 2.º, n.º 2, da Directiva da UE relativa à igualdade racial, 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”.¹⁵ Na formulação utilizada pelo TEDH, existe discriminação directa quando se verifica uma diferença no tratamento de pessoas em

14 Ver, por exemplo, TEDH, *Hoogendijk c. Países Baixos (Admissibilidade)* (N.º 58641/00), 6 de Janeiro de 2005.

15 Ver também: Directiva relativa à igualdade no emprego, artigo 2.º, n.º 2, alínea a), Directiva relativa à aplicação do princípio da igualdade de oportunidades e igualdade de tratamento entre homens e mulheres (reformulação), artigo 2.º, n.º 1, alínea a), e Directiva relativa à igualdade de tratamento entre homens e mulheres no acesso a bens e serviços, artigo 2.º, alínea a).

situações análogas ou sensivelmente semelhantes baseada numa característica identificável.¹⁶

2.2.1. Tratamento desfavorável

No cerne da discriminação directa está a diferença de tratamento a que um indivíduo é sujeito. Como tal, o primeiro traço distintivo da discriminação directa é a existência evidente de um tratamento desfavorável. Isto pode ser relativamente fácil de identificar comparativamente à discriminação indirecta, onde é frequentemente necessário dispor de dados estatísticos (ver adiante). Eis alguns exemplos de discriminação directa retirados de casos descritos no presente manual: ver recusada a entrada num restaurante ou num estabelecimento comercial, receber uma pensão ou um salário de montante inferior, ser alvo de violência verbal ou de agressão, recusa de acesso a um território aquando da passagem num posto de controlo, acesso à reforma com uma idade superior ou inferior à idade legal para a reforma, ter o acesso vedado a uma determinada profissão, impossibilidade de reclamar direitos sucessórios, exclusão do sistema de ensino geral, expulsão, proibição de envergar símbolos religiosos, ver recusados ou anulados os pagamentos da segurança social.

2.2.2. Elemento de comparação

A existência de tratamento desfavorável é relevante para a determinação de uma situação de discriminação se se provar que o tratamento em questão é desfavorável em comparação com o tratamento dado a outra pessoa numa situação semelhante. Uma queixa relativa a um salário “baixo” não constitui uma alegação de discriminação, a menos que se possa provar que esse salário é inferior ao auferido por alguém contratado pelo mesmo empregador para desempenhar funções idênticas. É importante, por isso, que haja um “elemento de comparação”, isto é, uma pessoa que se encontre em circunstâncias materiais semelhantes, sendo a principal diferença entre ambas a “característica protegida”. Por outras palavras, cabe à alegada vítima convencer o tribunal de que outras pessoas recebem ou irão receber um tratamento mais favorável, e que a única diferença entre a vítima e essas pessoas é a “característica protegida”. Os casos descritos no presente manual mostram que o facto de fazer prova da existência de um elemento de comparação é frequentemente incontroverso, de modo que por vezes nem as partes em conflito, nem o tribunal, discutem explicitamente a questão do elemento

¹⁶ TEDH, *Carson e Outros c. Reino Unido* [GS] (N.º 42184/05), 16 de Março de 2010, n.º 61. Ou, ainda, TEDH, *D.H. e Outros c. República Checa* [GS] (N.º 57325/00), 13 de Novembro de 2007, n.º 175, e TEDH, *Burden c. Reino Unido* [GS] (N.º 13378/05), 29 de Abril de 2008, n.º 60.

de comparação. Apresentam-se a seguir alguns exemplos de processos em que a necessidade de fazer prova do elemento de comparação foi expressamente suscitada pela instância decisória.

Exemplo: no processo *Moustaqium*, um cidadão marroquino fora formalmente acusado de vários crimes e, em consequência, iria ser expulso.¹⁷ O cidadão marroquino reclamou da decisão de expulsão por esta constituir, em sua opinião, tratamento discriminatório. Alegou tratar-se de discriminação com base na nacionalidade, uma vez que aos cidadãos belgas acusados de infracções criminais não era imposta a pena de expulsão. O TEDH declarou que a situação do cidadão marroquino não era idêntica à dos cidadãos belgas, pois, nos termos da CEDH, um Estado não pode expulsar os seus próprios cidadãos. Por conseguinte, a sua expulsão não constituía tratamento discriminatório. Embora o TEDH tenha reconhecido que a situação do cidadão marroquino era comparável à de cidadãos não belgas oriundos de outros Estados-Membros da UE (não passíveis de expulsão por força da legislação da UE em matéria de liberdade de circulação), concluiu que a diferença de tratamento era justificada.

Exemplo: no processo *Allonby*, a queixosa, que trabalhava numa faculdade como assistente, não obtivera a renovação do seu contrato pela faculdade.¹⁸ Na sequência dessa situação, fora trabalhar para uma empresa que colocava professores ao serviço de estabelecimentos de ensino. A empresa colocara a queixosa na mesma faculdade em que esta trabalhara, atribuindo-lhe as mesmas funções que ela desempenhara anteriormente mas pagando-lhe um salário inferior ao que a faculdade lhe pagara. A queixosa alegou tratar-se de uma situação de discriminação em função do género, na medida em que os leitores do sexo masculino que trabalhavam na faculdade recebiam um salário superior. O TJE defendeu que a situação dos leitores do sexo masculino empregados pela faculdade não era comparável à da queixosa, na medida em que não era da responsabilidade da faculdade determinar o nível salarial do assistente masculino que contratara directamente e o da queixosa, que fora contratada por uma empresa externa. O TJE concluiu, pois, não existir uma semelhança suficiente entre a situação de um e outro.

17 TEDH, *Moustaqium c. Bélgica* (N.º 12313/86), 18 de Fevereiro de 1991.

18 TJE, *Allonby c. Accrington & Rossendale College*, P.º C-256/01 [2004] Collect. I-873, 13 de Janeiro de 2004.

Exemplo: no processo *Luczak*, um agricultor de nacionalidade francesa, que residia e exercia as suas actividades profissionais na Polónia, apresentou queixa por lhe ter sido recusado o acesso a um sistema de segurança social polaco especial, criado especificamente para apoiar agricultores polacos, e por esse sistema não estar acessível a cidadãos não polacos.¹⁹ O TEDH reconheceu que o queixoso se encontrava em situação comparável à dos agricultores polacos, beneficiários do referido sistema, na medida em que era residente permanente, pagava os mesmos impostos que os polacos e, como tal, contribuía para o financiamento do sistema de segurança social, e anteriormente fizera parte do sistema de segurança social geral.

Exemplo: no processo *Richards*, o queixoso, que fora submetido a cirurgia²⁰ para mudança do sexo masculino para o feminino, pretendia obter os seus direitos à pensão de reforma no seu 60.º aniversário, idade a partir da qual as mulheres no Reino Unido passam a ter direito à reforma. O governo rejeitou o seu pedido de reforma, e manteve a posição de que o queixoso não recebera um tratamento desfavorável comparativamente às pessoas em idêntica situação. Segundo o governo, o elemento de *comparação* correcto seriam os “homens”, uma vez que o queixoso vivera até então como homem. O TJE concluiu que, atendendo a que a legislação nacional permite a mudança de sexo, o elemento de *comparação* correcto eram as “mulheres”. Nessa conformidade, ao ser-lhe imposta uma idade de reforma superior à das mulheres, o queixoso estava a ser alvo de um tratamento menos favorável do que o das outras mulheres.

Exemplo: no processo *Burden c. Reino Unido*, duas irmãs haviam coabitado durante um período de 31 anos.²¹ Eram co-proprietárias de uma casa e cada uma deixava à outra, em testamento, a sua parte da propriedade. Apresentaram queixa pelo facto de que, visto o valor da propriedade ser superior a um limiar estabelecido, à morte de uma, a outra teria de pagar imposto sucessório. Alegaram tratar-se de uma ingerência discriminatória no seu direito de propriedade, uma vez que os casais casados e os que vivem em união de facto estão isentos do imposto sucessório. O TEDH considerou, no entanto, que as queixosas, enquanto irmãs, não se podiam comparar a casais coabitantes, casados ou a viver em união de facto. O casamento e a união de facto constituem relações

19 TEDH, *Luczak c. Polónia* (N.º 77782/01), 27 de Novembro de 2007; ver também, TEDH, *Gaygusuz c. Áustria* (N.º 17371/90), 16 de Setembro de 1996.

20 TJE, *Richards c. Secretary of State for Work and Pensions*, P.º C-423/04 [2006] Colect. I-3585, 27 de Abril de 2006.

21 TEDH, *Burden c. Reino Unido* [GS] (N.º 13378/05), 29 de Abril de 2008.

específicas, assumidas livre e deliberadamente com vista à criação de direitos e responsabilidades contratuais. A relação das queixosas tinha por base a consanguinidade, sendo por conseguinte fundamentalmente diferente.

Exemplo: no processo *Carson e Outros c. Reino Unido*, os requerentes apresentaram queixa por o Reino Unido não aplicar aos reformados residentes no estrangeiro o aumento (no pagamento) das pensões aplicável aos reformados residentes no Reino Unido.²² Segundo a lei do Reino Unido, tais aumentos aplicavam-se apenas a residentes no Reino Unido, com excepção de reformados britânicos que tivessem ido viver para países com os quais o Reino Unido tivesse celebrado um acordo de reciprocidade no plano da segurança social. Os queixosos, que não viviam num país que tivesse celebrado um tal acordo com o Reino Unido, alegavam que haviam sido objecto de discriminação em função do local de residência. O TEDH discordou dos queixosos, que defendiam que a sua situação era semelhante à dos reformados residentes no Reino Unido ou à dos cidadãos britânicos que haviam ido viver a reforma em países com os quais o Reino Unido tinha celebrado um acordo de reciprocidade. O TEDH considerou que, embora estes diferentes grupos tivessem, todos eles, contribuído para o erário público através do pagamento de seguros nacionais, os aumentos em questão não provinham de um fundo de pensões, mas sim de receitas públicas gerais destinadas a custear vários aspectos da despesa pública. Além disso, a obrigação do governo de revalorizar as pensões tivera por base a ponderação do incremento da subida do custo de vida no Reino Unido. A situação dos queixosos não era, portanto, comparável à desses outros grupos e, como tal, não houvera tratamento discriminatório.

A óbvia excepção à necessidade de encontrar um “elemento de comparação” adequado, pelo menos no âmbito da legislação da UE e no contexto do emprego, é quando a discriminação de que uma pessoa é alvo se deve ao facto de esta estar grávida. Numa longa lista de jurisprudência do TJE, a começar pelo processo *Dekker*, considerado um processo de referência, é hoje facto assente que, quando o prejuízo sofrido por uma pessoa se deve ao facto de esta se encontrar em estado de gravidez, tal situação será classificada como discriminação directa em razão do sexo, não havendo necessidade de um elemento de comparação.²³

22 TEDH, *Carson e Outros c. Reino Unido* [65] (N.º 42184/05), 16 de Março de 2010.

23 TJE, *Dekker c. Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus*, P.º C-177/88 [1990] Colect. I-3941, 8 de Novembro de 1990. Igualmente, TJE, *Webb c. EMO Cargo (UK) Ltd*, P.º C-32/93 [1994] Colect. I-3567, 14 de Julho de 1994.

2.2.3. A característica protegida

No capítulo 4, discute-se o conjunto de “características protegidas” existentes ao abrigo da legislação europeia antidiscriminação, nomeadamente, o sexo, a orientação social, a deficiência, a idade, a raça, a origem étnica, a origem nacional e a religião ou crença. A presente secção incide na necessidade de um nexo de causalidade entre o tratamento menos favorável e a característica protegida. Para determinar se esse requisito é preenchido, basta colocar uma questão simples: teria uma determinada pessoa ou grupo de pessoas sido objecto de tratamento menos favorável se fosse de sexo diferente, de uma raça diferente, de uma idade diferente, ou se estivesse em qualquer situação inversa no âmbito de qualquer das restantes características protegidas? Se a resposta for afirmativa, pode-se estabelecer claramente que o tratamento menos favorável é imputável ao motivo em causa.

A regra ou a prática que é aplicada não tem, necessariamente, de incidir explicitamente na “característica protegida”, contanto que incida noutro factor indissociável da característica protegida. Basicamente, ao ponderar se houve discriminação directa, o que se avalia é se o tratamento menos favorável se ficou a dever a uma “característica protegida” não dissociável do factor concreto objecto da queixa.

Exemplo: no processo *James c. Conselho Autárquico de Eastleigh*, o Sr. James tinha de pagar uma jóia para poder ter acesso uma piscina em Eastleigh, ao passo que à sua esposa, Sra. James, não era imposta tal obrigação.²⁴ Ambos tinham 61 anos de idade. O benefício da admissão livre aplicava-se apenas à Sra. James, por esta estar reformada, o que não era o caso do Sr. James, já que no Reino Unido a idade de aposentação para os homens é aos 65 anos e para as mulheres aos 60 anos. Embora a regra da livre admissão à piscina se baseasse no facto de a pessoa estar reformada, a elegibilidade para a reforma dependia do sexo. A Câmara dos Lordes do Reino Unido concluiu que, se o Sr. James fosse do sexo oposto, teria recebido um tratamento idêntico ao da sua mulher. Além disso, ficou assente que a intenção e a motivação subjacentes ao tratamento eram irrelevantes, o que importava era unicamente o tratamento.

Exemplo: no processo *Maruko*, um casal do mesmo sexo vivia em “união de facto”.²⁵ O companheiro do queixoso falecera e o queixoso pretendia

²⁴ Câmara dos Lordes (Reino Unido) *James c. Conselho Autárquico de Eastleigh* [1990] 6, 14 de Junho de 1990.

²⁵ TJE, *Maruko c. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, Pº C-267/06 [2008] Colect. I-1757, 1 de Abril de 2008.

exigir a “pensão de sobrevivência” à empresa gestora do regime de pensão profissional do seu falecido companheiro. A empresa recusou-se a pagar ao queixoso, alegando que as pensões de sobrevivência são pagas unicamente ao cônjuge, e que ele não fora casado com o defunto. O TJE reconheceu que a recusa de pagar a pensão constituía tratamento desfavorável, na medida em que era menos favorável do que o concedido ao elemento de comparação constituído pelos casais “casados”. O TJE concluiu que a instituição da “união de facto” na Alemanha implica para os parceiros de facto muitos dos mesmos direitos e responsabilidades que para os cônjuges, nomeadamente no que respeita aos regimes de pensões estatais. Como tal, concedeu que para efeitos deste processo, a situação dos parceiros de facto é idêntica à dos cônjuges e, nessa conformidade, declarou que a referida recusa de pagar constituía discriminação em razão da orientação sexual. O facto de ambos não terem podido casar era, pois, indissociável da sua orientação sexual.

Exemplo: no processo *Aziz c. Chipre*, o requerente apresentou queixa por ter sido privado do seu direito de voto devido à sua origem étnica turco-cipriota.²⁶ A lei cipriota em vigor à data dos factos só autorizava os cipriotas-turcos e os cipriotas-gregos a votar nas eleições legislativas nos candidatos da sua própria comunidade étnica. Contudo, desde a ocupação turca do Norte de Chipre, a grande maioria da comunidade turca abandonara o território e a sua participação nas eleições legislativas fora suspensa. Por conseguinte, já não existia nenhuma lista de candidatos em quem o queixoso pudesse votar. Embora o governo argumentasse que a impossibilidade de votar decorria do facto de não existirem candidatos disponíveis em quem o queixoso pudesse votar, o TEDH defendeu o ponto de vista de que, por força da estreita ligação entre as normas eleitorais e a pertença à comunidade turco-cipriota, bem como o facto de o governo não ter adoptado as normas eleitorais à situação, a referida privação do direito de voto constituía discriminação directa com base na origem étnica.

Tem sido ampla a interpretação dada pelos tribunais ao conceito de “característica protegida” e ao respectivo âmbito. Essa interpretação pode incluir a “discriminação por associação”, nos casos em que a vítima de discriminação não é, ela própria, a pessoa com a característica protegida, e abranger uma interpretação abstracta da característica concreta. Por esta razão, é imperativo que os profissionais da justiça procedam a uma análise circunstanciada do raciocínio subjacente à noção

26 TEDH, *Aziz c. Chipre* (N.º 69949/01), 22 de Junho de 2004.

de “tratamento menos favorável” e procurem elementos de prova de que a característica protegida é a causa, quer directa quer indirecta, de tal tratamento.

Exemplo: no processo *Coleman c. Attridge Law e Steve Law*, uma mãe declarava-se vítima de tratamento desfavorável no emprego, com base no facto de o filho ser deficiente.²⁷ A deficiência do filho obrigara-a chegar tarde ao trabalho, por vezes, e a pedir que os seus horários de trabalho fossem organizados em função das necessidades daquele. No entanto, estes pedidos foram recusados, e a queixosa foi ameaçada de despedimento, para além de ter sido alvo de comentários despropositados relacionados com a situação do filho. O TJE aceitou como elementos de comparação os seus colegas em lugares semelhantes e com filhos, tendo concluído que lhes era concedida flexibilidade quando solicitada. Reconheceu igualmente que a situação descrita pela queixosa era de discriminação e assédio com base na deficiência do filho.

Exemplo: no processo *Weller c. Hungria*, uma mulher romena, casada com um nacional húngaro, tinha quatro filhos do casamento.²⁸ Pelo facto de não ser cidadã húngara, a queixosa não era elegível para receber prestações de maternidade após o nascimento dos filhos. O marido tentara solicitar essas prestações, mas os pedidos foram recusados pelo governo, que alegou que as prestações eram devidas unicamente às mães. O TEDH concluiu que o marido fora alvo de discriminação em razão da paternidade (não do sexo), uma vez que os pais adoptivos e tutores do sexo masculino têm direito de pedir as prestações, enquanto os progenitores naturais não têm. Foi igualmente apresentada uma queixa por parte dos filhos, alegando discriminação em razão da recusa de pagar o subsídio ao seu pai. O TEDH considerou a queixa admissível e que os filhos foram vítima de discriminação fundada no estatuto de “pai biológico” do progenitor.

Exemplo: no processo *P c. S e Cornwall County Council*, a queixosa estava a passar pelo processo de mudança do sexo masculino para o feminino quando foi despedida pelo seu empregador. O TJE concluiu que o despedimento constituiu tratamento desfavorável.²⁹ Relativamente ao elemento de comparação relevante, o TJE declarou que “quando uma pessoa é despedida em razão da intenção de se submeter a um procedimento de mudança de sexo ou de se ter submetido a um procedimento de mudança de sexo é objecto de tratamento

27 TJE, *Coleman c. Attridge Law e Steve Law*, P.º C-303/06 [2008] Collect. I-5603, 17 de Julho de 2008.

28 TEDH, *Weller c. Hungria* (N.º 44399/05), 31 de Março de 2009.

29 TJE, *P c. S e Cornwall County Council*, P.º C-13/94 [1996] Collect. I-2143, 30 de Abril de 1996.

desfavorável relativamente às pessoas do sexo de que era considerada fazer parte antes desse procedimento”. Quanto aos motivos, embora não fosse possível provar que a queixosa fora alvo de tratamento diferente por ser homem ou mulher, ficou provado que o tratamento diferenciado foi baseado na sua identidade sexual.

Considera-se que existe discriminação indirecta quando:

- uma disposição, critério ou prática neutra
- coloque pessoas pertencentes a um “grupo protegido” numa situação de significativa desvantagem
- em comparação com outras pessoas em semelhante situação.

2.3. Discriminação indirecta

Tanto a legislação da UE como a CEDH reconhecem que pode haver discriminação não apenas quando as pessoas em situações semelhantes são tratadas de forma diferente, mas também quando as pessoas em situações diferentes são tratadas de modo idêntico. A esta segunda forma de discriminação dá-se o nome de discriminação “indirecta”, pois não é o tratamento que difere, mas sim os efeitos desse tratamento, que serão sentidos de forma diferente por pessoas com características diferentes. O artigo 2.º, n.º 2, alínea b), da Directiva relativa à igualdade racial dispõe o seguinte: “Considera-se que

existe discriminação indirecta sempre que uma disposição, critério ou prática aparentemente neutra coloque pessoas de uma dada origem racial ou étnica numa situação de desvantagem comparativamente com outras pessoas”.³⁰ O TEDH baseou-se nesta definição de “discriminação indirecta” em alguns dos seus recentes acórdãos, declarando que “uma medida ou política geral com efeitos prejudiciais desproporcionados sobre um determinado grupo pode ser considerada discriminatória, ainda que não vise especificamente o referido grupo”.³¹

2.3.1. Disposição, critério ou prática neutra

O primeiro requisito identificável é a existência de uma disposição, critério ou prática aparentemente neutra. Por outras palavras, tem de haver algum tipo de requisito aplicável a todos. Apresentam-se a seguir dois casos ilustrativos. Para

30 Ver também: Directiva relativa à igualdade no emprego, artigo 2.º, n.º 2, alínea b), Directiva relativa à aplicação do princípio da igualdade de oportunidades e igualdade de tratamento entre homens e mulheres (reformulação), artigo 2.º, n.º 1, alínea b), e Directiva relativa à igualdade de tratamento entre homens e mulheres no acesso a bens e serviços, artigo 2.º, alínea b).

31 TEDH, *D.H. e Outros c. República Checa* [GS] (N.º 57325/00), 13 de Novembro de 2007, n.º 184; TEDH, *Opuz c. Turquia* (N.º 33401/02), 9 de Junho de 2009, n.º 183. TEDH, *Zarb Adami c. Malta* (N.º 17209/02), 20 de Junho de 2006, n.º 80.

mais exemplos, consultar o Capítulo 5 sobre questões probatórias e o papel das estatísticas.

Exemplo: no processo *Schönheit*, as pensões dos empregados a tempo parcial eram calculadas com base numa taxa diferente da utilizada para os empregados a tempo inteiro.³² Esta taxa diferente não se baseava nas diferenças no tempo despendido no local de trabalho. Assim, os empregados a tempo parcial recebiam uma pensão inferior à dos empregados a tempo inteiro, independentemente da diferença dos períodos de serviço, o que, em termos reais, significava que os empregados a tempo parcial eram comparativamente mais mal pagos. Esta disposição neutra para o cálculo das pensões aplicava-se indistintamente a todos os empregados a tempo parcial. Contudo, atendendo a que cerca de 88% dos empregados a tempo parcial eram mulheres, a disposição tinha um efeito negativo desproporcional negativo para as mulheres em comparação com os homens.

Exemplo: no processo *D.H e Outros c. República Checa* foram utilizados diversos testes para aferir da inteligência e da aptidão de alunos, a fim de decidir se estes deveriam ser transferidos do sistema de ensino geral para escolas especiais.³³ Essas escolas especiais destinavam-se a alunos com um défice intelectual ou outras dificuldade de aprendizagem. Foi aplicado o mesmo teste a todos os alunos considerados passíveis de colocação em escolas especiais. Contudo, na prática, o teste fora elaborado com base no nível da população checa maioritária e, por conseguinte, os alunos Roma tinham um risco maior de obter maus resultados. Esse risco concretizou-se, com a consequência de que entre 80 e 90 por cento das crianças Roma terem sido colocadas em escolas fora do sistema de ensino regular. O TEDH concluiu tratar-se de um caso de discriminação indirecta.

2.3.2. Efeitos significativamente mais negativos num grupo protegido

O segundo requisito identificável é que a disposição, critério ou prática aparentemente neutra coloque um “grupo protegido” numa situação de desvantagem. É neste ponto que a discriminação indirecta difere da discriminação directa, na medida em que o enfoque já não é no tratamento diferenciado, mas sim nos efeitos diferenciados.

32 TJE, *Hilde Schönheit c. Stadt Frankfurt am Main e Silvia Becker c. Land Hessen*, Processos apensos C4/02 e C-5/02 [2003] Colect. I-12575, 23 de Outubro de 2003.

33 TEDH, *D.H. e Outros c. República Checa* [GS] (N.º 57325/00), 13 de Novembro de 2007, n.º 79.

Aquando da análise das provas estatísticas que provam que o “grupo protegido” é afectado de uma forma negativa e desproporcionada face a outros em situação semelhante, o TJE e o TEDH procuram provas de que uma percentagem particularmente elevada das pessoas afectadas pelo efeito negativo é constituído por indivíduos que pertencem a esse “grupo protegido”. Este aspecto será abordado em pormenor no Capítulo 5 relativo a questões probatórias. Para já, remete-se o leitor para a colectânea de frases utilizadas pelo TJE e que figuram no Parecer do Advogado-Geral Léger no processo *Nolte*, ao pronunciar-se sobre a discriminação com base no sexo:

“para se presumir discriminatória, a medida deve afectar «... um número muito mais elevado de mulheres do que de homens ...» [Rinner-Kuhn³⁴] ou uma «... percentagem consideravelmente mais fraca de homens do que de mulheres ...» [Nimz,³⁵ Kowalska³⁶] ou «... uma percentagem muito mais elevada de mulheres do que de homens ...» [De Weerd, née Roks, e Outros³⁷].³⁸

2.3.3. Elemento de comparação

Tal como se verifica com a discriminação directa, também neste caso o tribunal necessita de encontrar um elemento de comparação para determinar se o efeito da disposição, critério ou prática em questão é significativamente mais adverso do que os efeitos sentidos por outros indivíduos em situação idêntica. A abordagem dos tribunais em relação a este aspecto não difere da assumida em relação à discriminação directa.

34 TJE, *Rinner-Kuhn c. FWW Spezial-Gebaeudereinigung*, P.º C-171/88 [1989] Colect. 2743, 13 de Julho de 1989.

35 TJE, *Nimz c. Freie und Hansestadt Hamburg*, P.º C-184/89 [1991] Colect. I-297, 7 de Fevereiro de 1991.

36 TJE, *Kowalska c. Freie und Hansestadt Hamburg*, P.º C-33/89 [1990] Colect. I-2591, 27 de Junho de 1990.

37 TJE, *De Weerd, née Roks, e Outros c. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Gezondheid, Geestelijke en Maatschappelijke Belangen e Outros*, P.º C-343/92 [1994] Colect. I-571, 24 de Fevereiro de 1994.

38 Conclusões do Advogado-Geral Léger de 31 de Maio de 1995, n.ºs 57-58 em TJE, *Nolte c. Landesversicherungsanstalt Hannover*, P.º C-317/93 [1995] Colect. I-4625, 14 de Dezembro de 1995. Um exemplo de uma abordagem semelhante adoptada nos termos da CEDH figura no processo *D.H. e Outros c. República Checa* [GS] (N.º 57325/00), 13 de Novembro de 2007 (discutido no Capítulo 5, secção 2.1).

2.4. Assédio e instrução no sentido de discriminar

2.4.1. Assédio e instrução no sentido de discriminar no âmbito das directivas antidiscriminação da UE

As proibições de assédio e de instrução no sentido de discriminar resultam de uma evolução relativamente recente da legislação da UE de luta contra a discriminação, tendo sido introduzidas para permitir uma protecção mais abrangente.

Nos termos das directivas antidiscriminação da UE, o assédio constitui um tipo específico de discriminação. Anteriormente considerado como uma manifestação particular de discriminação directa, as referidas directivas criaram um título específico para o assédio, não tanto em razão de uma mudança ao nível do pensamento conceptual, mas sim para singularizar esta forma de tratamento discriminatório particularmente nociva.

Nos termos das directivas anti-discriminação, o assédio é considerado uma forma de discriminação:

- sempre que ocorrer um comportamento indesejado relacionado com uma característica protegida;
- com o objectivo ou o efeito de violar a dignidade de uma pessoa;
- e/ou de criar um ambiente de trabalho intimidativo, hostil, degradante, humilhante ou ofensivo.³⁹

As directivas relativas à igualdade de género também definem concretamente o assédio sexual como um tipo específico de discriminação, precisando que corresponde a um comportamento indesejado “sob forma física, verbal ou não verbal” é de “carácter sexual”.⁴⁰

À luz desta definição, não existe necessidade de um elemento de comparação para provar o assédio. Isto reflecte essencialmente o facto de que o assédio, só por si, é nocivo, pela forma que assume (comportamento

³⁹ Ver: Directiva relativa à igualdade racial, artigo 2.º, n.º 3; Directiva relativa à igualdade no emprego, artigo 2.º, n.º 3; Directiva relativa à igualdade de tratamento entre homens e mulheres no acesso a bens e serviços, artigo 2.º, alínea c); Directiva relativa à aplicação do princípio da igualdade de oportunidades e igualdade de tratamento entre homens e mulheres (reformulação), artigo 2.º, n.º 1, alínea c).

⁴⁰ Directiva relativa à igualdade de tratamento entre homens e mulheres no acesso a bens e serviços, artigo 2.º, alínea d); Directiva relativa à aplicação do princípio da igualdade de oportunidades e igualdade de tratamento entre homens e mulheres (reformulação), artigo 2.º, n.º 1, alínea d).

físico, verbal ou não verbal indesejado) e pelos efeitos potenciais que pode ter (violação da dignidade da pessoa humana).

A nível da UE, grande parte das orientações em matéria de assédio decorrem da Declaração do Conselho, de 19 de Dezembro de 1991, sobre a execução da recomendação da Comissão relativa à protecção da dignidade das mulheres e dos homens no trabalho, incluindo o código de conduta destinado a combater o assédio sexual.⁴¹ A legislação da UE adopta uma abordagem objectiva/subjectiva flexível. Em primeiro lugar, é a percepção do tratamento por parte da vítima que é utilizada para determinar se houve lugar a assédio. Em segundo lugar, ainda que a vítima não sinta concretamente os efeitos do assédio, pode ser deduzida uma conclusão no sentido da ocorrência do mesmo, contanto que o(a) queixoso(a) tenha sido o alvo do comportamento em questão.

As questões de facto, relacionadas com a questão de saber se um determinado comportamento constitui assédio, são normalmente decididas a nível nacional antes de os processos serem remetidos para o TJE. Os casos ilustrativos que se seguem foram, por isso, retirados das jurisdições nacionais.

Exemplo: num recurso interposto junto do Tribunal de Recurso sueco, o queixoso tentara comprar um cachorro. Ao dar-se conta de que o comprador era homossexual, a vendedora recusou-se a concluir a venda pelo bem-estar do cachorro, alegando que os homossexuais praticam actos sexuais com os animais. A recusa de vender o cachorro foi considerada discriminação directa no contexto do acesso a bens e serviços, tendo o Tribunal de Recurso sueco declarado tratar-se especificamente de assédio em razão da orientação sexual.⁴²

Exemplo: num processo levado perante a Autoridade para a Igualdade de Tratamento húngara, foi apresentada uma queixa contra professores que disseram a alunos Roma que o seu mau comportamento na escola fora comunicado à “Guarda Húngara”, uma organização nacionalista conhecida pelos actos de

41 Declaração do Conselho, de 19 de Dezembro de 1991, sobre a execução da recomendação da Comissão relativa à protecção da dignidade das mulheres e dos homens no trabalho, incluindo o código de conduta destinado a combater o assédio sexual, JO C 27, 4 de Fevereiro de 1992; Recomendação 92/131/CEE da Comissão, de 27 de Novembro de 1991, relativa à protecção da dignidade da mulher e do homem no trabalho, JO L 49, 24 de Fevereiro de 1992.

42 Tribunal de Recurso Sueco (Suécia), *Provedoria contra a Discriminação Sexual c. A.S.*, P.º N.º T-3562-06, 11 de Fevereiro de 2008. Versão sumária em língua inglesa disponível na Rede europeia de peritos legais no domínio da não-discriminação, 8 (Julho de 2009) *European Anti-Discrimination Law Review*, p. 69.

violência extrema cometidos contra os Roma.⁴³ Concluiu-se que os professores haviam implicitamente apoiado as posições racistas da Guarda e criado um clima de medo e intimidação, constitutivo de assédio.

De referir ainda que as directivas antidiscriminação dispõem, sem excepção, que “uma instrução no sentido de discriminar” é considerada “discriminação”.⁴⁴ Contudo, nenhuma das directivas contém uma definição do que o termo significa. Para ter alguma utilidade no combate a práticas discriminatórias, a legislação não se deve cingir a lidar meramente com instruções que são obrigatórias por natureza, antes deve ser alargada de modo a abranger situações onde se verifica uma preferência expressa por, ou um incentivo a, tratar determinadas pessoas de forma menos favorável em razão de uma das características protegidas. Trata-se aqui de uma matéria que poderá evoluir através da jurisprudência dos tribunais.

Embora as directivas antidiscriminação não obriguem os Estados-Membros a aplicar o direito penal na resolução de actos de discriminação, há uma Decisão-Quadro do Conselho Europeu que obriga todos os Estados-Membros da UE a assegurar que sejam puníveis como infracções penais todos os actos de incitação pública à violência ou ao ódio contra um grupo de pessoas ou os seus membros, definidos por referência à raça, cor, ascendência, religião ou crença, ou origem nacional ou étnica, bem como a difusão ou distribuição públicas de materiais racistas ou xenófobos, e ainda, a apologia, negação ou banalização grosseira públicas de crimes de genocídio, crimes de guerra e crimes contra a Humanidade dirigidos contra tais grupos.⁴⁵ Os Estados-Membros devem igualmente tomar as medidas necessárias para assegurar que a motivação racista e xenófoba seja considerada circunstância agravante.

É muito provável, portanto, que os actos de assédio e os de incitação à discriminação, para além de constituírem discriminação, venham a estar

43 Autoridade para a Igualdade de Tratamento (Hungria), Decisão N.º 654/2009, 20 de Dezembro de 2009. Versão sumária em língua inglesa disponível através da Rede europeia de peritos legais no domínio da não-discriminação, “News Report”: www.non-discrimination.net/content/media/HU-14-HU_harassment_of_Roma_pupils_by_teachers.pdf.

44 Artigo 2.º, n.º 4, Directiva relativa à igualdade no emprego; artigo 4.º, n.º 1, Directiva relativa à igualdade de tratamento entre homens e mulheres no acesso a bens e serviços; artigo 2.º, (n.º 2, alínea b), Directiva relativa à aplicação do princípio da igualdade de oportunidades e igualdade de tratamento entre homens e mulheres (reformulação); artigo 2.º, n.º 4, Directiva relativa à igualdade racial.

45 Decisão-Quadro 2008/913/JAI do Conselho, de 28 de Novembro de 2008, relativa à luta por via do direito penal contra certas formas e manifestações de racismo e xenofobia, JO L 328, 6 de Dezembro de 2008, p. 55.

sob a alçada do direito penal nacional, nomeadamente quando cometidos por motivos relacionados com a raça ou a origem étnica.

Exemplo: numa acção levada perante os tribunais da Bulgária, um membro do parlamento fizera várias declarações atacando verbalmente as comunidades Roma, judia e turca, bem como os “estrangeiros” em geral. Afirmara que essas comunidades estavam a impedir os búlgaros de administrar o seu próprio país, cometiam crimes impunemente e privavam os búlgaros do acesso a cuidados de saúde adequados, e instara a população a impedir que o Estado se tornasse uma “colónia” daqueles vários grupos.⁴⁶ O Tribunal Regional de Sófia concluiu que tais declarações constituíram assédio, bem como instruções no sentido de discriminar.

2.4.2. Assédio e instrução no sentido de discriminar à luz da CEDH

Embora não proíba especificamente o assédio e a instrução no sentido de discriminar, a CEDH prevê determinados direitos que se prendem com essa matéria. Assim, o assédio pode inscrever-se no âmbito do direito ao respeito pela vida privada e familiar protegido nos termos do artigo 8.º da CEDH, ou no âmbito do direito a não ser submetido a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes, nos termos do artigo 3.º, enquanto a instrução no sentido de discriminar pode ficar sob a alçada de outros artigos, como o 9.º e o 11.º, relativos à liberdade de religião e à liberdade de reunião e de associação, consoante o contexto. Nos casos em que estes actos denotam um motivo discriminatório, o TEDH analisa as alegadas violações dos artigos aplicáveis, conjuntamente com o artigo 14.º, que proíbe a discriminação. Seguem-se alguns exemplos de casos que envolveram factos semelhantes aos discutidos acima, analisados à luz da CEDH.

Exemplo: no processo *Bączkowski e Outros c. Polónia*, o Presidente da Câmara de Varsóvia emitira publicamente comunicações de natureza homofóbica, afirmando que não autorizaria a realização de uma marcha destinada a sensibilizar a opinião pública sobre a discriminação em razão da orientação sexual.⁴⁷ Chamado a pronunciar-se sobre a organização desta manifestação, o órgão

46 Tribunal Regional de Sófia (Bulgária), Decisão N.º 164 no P.º Civil N.º 2860/2006, 21 de Junho de 2006. Versão sumária em língua inglesa disponível em: FRA InfoPortal, P.º 11-1.

47 TEDH, *Bączkowski e Outros c. Polónia* (N.º 1543/06), 3 de Maio de 2007.

administrativo competente havia indeferido a mesma alegando outros motivos, entre os quais a necessidade de evitar confrontos entre os manifestantes. O TEDH concluiu que as declarações do Presidente da Câmara poderiam ter influenciado a decisão das autoridades competentes, e que a decisão fora determinada por motivos relacionados com a orientação sexual e constituía, por conseguinte, uma violação do direito à liberdade de reunião e de associação bem como do direito a não ser objecto de discriminação.

Exemplo: no processo *Paraskeva Todorova c. Bulgária*, os tribunais nacionais, ao decidirem a condenação de um indivíduo de origem Roma, recusaram-se expressamente a seguir a recomendação do agente do Ministério Público no sentido de lhe ser atribuída uma pena suspensa, alegando a existência de uma cultura de impunidade entre a minoria Roma e dando a entender que a condenação do indivíduo em questão poderia servir de exemplo.⁴⁸ O TEDH concluiu que isto violava o direito do requerente a um julgamento justo bem como o seu direito de não ser objecto de discriminação.

2.5. Medidas especiais e específicas

Conforme se afirmou acima, nos casos de discriminação indirecta, a razão por que se considera existir discriminação é o facto de a mesma regra ser aplicada a todos, sem que sejam tidas em consideração diferenças relevantes. No intuito de corrigir e prevenir este tipo de situação, governos, empregadores e prestadores de serviços devem assegurar a tomada de medidas para adaptar as suas regras e práticas, de modo a ter em conta tais diferenças – isto é, devem fazer algo para ajustar as actuais políticas e medidas. No quadro das Nações Unidas, essas medidas de adaptação são designadas por “medidas especiais”, enquanto na legislação da UE são denominadas “medidas específicas” ou “acções positivas”. Ao tomar medidas especiais, os governos conseguem assegurar a “igualdade efectiva”, isto é, a igualdade no gozo das oportunidades de acesso a benefícios disponíveis na sociedade, em lugar de meramente a “igualdade formal”. Nos casos em que os governos, empregadores e prestadores de serviços se abstenham de ter em conta a conveniência de tomar medidas especiais, incorrem num risco acrescido de as suas regras e práticas constituírem discriminação indirecta.

48 TEDH, *Paraskeva Todorova c. Bulgária* (N.º 37193/07), 25 de Março de 2010.

O TEDH declarou que o direito de não ser discriminado no gozo dos direitos garantidos na CEDH também é violado quando os Estados não tratam de forma diferente pessoas cuja situação é significativamente diferente.⁴⁹ De igual modo, as directivas antidiscriminação da UE prevêm expressamente a possibilidade de adoptar acções positivas, ao disporem que: “A fim de assegurar, na prática, a plena igualdade, o princípio da igualdade de tratamento não obsta a que os Estados-Membros mantenham ou adoptem medidas específicas destinadas a prevenir ou compensar desvantagens relacionadas com qualquer [característica protegida]”.⁵⁰

O artigo 5.º da Directiva relativa à igualdade no emprego prevê, em relação a pessoas com deficiência, disposições específicas que se articulam com a regra geral das medidas específicas. Assim, aquele artigo exige que a entidade patronal efectue “adaptações razoáveis” para permitir que as pessoas com deficiência física ou mental tenham igualdade de oportunidades no emprego. As mesmas são definidas como “medidas adequadas, em função das necessidades numa situação concreta, para que uma pessoa deficiente tenha acesso a um emprego, o possa exercer ou nele progredir, ou para que lhe seja ministrada formação, excepto se essas medidas implicarem encargos desproporcionados para a entidade patronal”. Isto pode incluir medidas como a instalação de um elevador ou uma rampa ou instalações sanitárias para deficientes no local de trabalho, a fim de permitir o acesso de pessoas em cadeira de rodas.

Exemplo: no processo *Thlimmenos c. Grécia*, a lei nacional impedia a quem tivesse sido condenado penalmente o acesso à profissão de revisor oficial de contas, por alegadamente uma condenação penal implicar ausência da honestidade e fiabilidade necessárias ao exercício daquela profissão. O requerente no processo fora condenado penalmente por se ter recusado a envergar o uniforme militar durante o serviço nacional. Tal ficou a dever-se ao facto de o requerente ser membro das Testemunhas de Jeová, um grupo religioso comprometido com o pacifismo. O TEDH concluiu não existirem razões para impedir o acesso à referida profissão de pessoas cuja condenação penal não estivesse relacionada com questões de fiabilidade e honestidade. O governo tratara o requerente de forma discriminatória ao abster-se de criar uma excepção à regra para tais situações,

49 TEDH, *Thlimmenos c. Grécia* [GS] (N.º 34369/97), 6 de Abril de 2000, n.º 44. Ver também, TEDH, *Pretty c. Reino Unido* (N.º 2346/02), 29 de Abril de 2002, n.º 88.

50 Directiva relativa à igualdade racial, artigo 5.º; Directiva relativa à igualdade no emprego, artigo 7.º; Directiva relativa à igualdade de tratamento entre homens e mulheres no acesso a bens e serviços, artigo 6.º; e também, com uma formulação ligeiramente diferente: Directiva relativa à aplicação do princípio da igualdade de oportunidades e igualdade de tratamento entre homens e mulheres (reformulação), artigo 3.º.

violando assim quer o direito do mesmo a expressar as suas convicções religiosas (nos termos do artigo 9.º da CEDH) quer a proibição de discriminação.

Exemplo: num processo levado perante o Órgão de Promoção da Igualdade em Chipre, o queixoso, que padecia de uma deficiência visual, participou num exame de candidatura ao serviço civil.⁵¹ O queixoso solicitara tempo extra para concluir o exame e haviam-lhe sido concedidos 30 minutos adicionais, os quais, porém, lhe foram deduzidos do tempo de intervalo a que todos tinham direito. O Órgão de Promoção da Igualdade constatou a inexistência de um procedimento normalizado para aferir da necessidade de adaptações razoáveis para candidatos em circunstâncias especiais, e concluiu que, perante os factos, não haviam sido feitas diligências suficientes para criar condições que permitissem ao queixoso concorrer com os outros candidatos em moldes imparciais. A recomendação do Órgão de Promoção da Igualdade foi no sentido de o Estado criar uma equipa de peritos no quadro de um procedimento normalizado de aferição dos casos individuais que requerem adaptações razoáveis.

Exemplo: numa acção levada perante os tribunais franceses, um indivíduo que se deslocava em cadeira de rodas apresentou queixa contra o Ministério da Educação por este ter indeferido um pedido de nomeação.⁵² A sua candidatura ficou classificada em terceiro lugar na lista de candidatos. Após os dois primeiros candidatos terem declinado a oferta do lugar, este foi oferecido não ao requerente mas ao quarto candidato. Ao requerente foi proposto, em alternativa, um lugar num outro estabelecimento de ensino, que fora adaptado para utilizadores de cadeira de rodas. O Estado justificou a sua decisão alegando não ser do interesse público investir verbas na execução de alterações às instalações para cumprir o dever de efectuar adaptações razoáveis. O tribunal concluiu que o Ministério da Educação não cumprira a sua obrigação de introduzir adaptações razoáveis para ter em conta as necessidades de uma pessoa com deficiência, obrigação essa não passível de ser minorada por considerações no plano da gestão.

51 Órgão de Promoção da Igualdade (Chipre), Ref. A.K.I. 37/2008, 8 de Outubro de 2008. Versão sumária em língua inglesa disponível através da Rede europeia de peritos legais no domínio da não-discriminação, 8 (Julho de 2009), *European Anti-Discrimination Law Review*, p. 43.

52 Tribunal Administrativo de Rouen (França), *Boutheiller c. Ministério da Educação*, Acórdão N.º 0500526-3, 24 de Junho de 2008. Versão sumária em língua inglesa disponível através da Rede europeia de peritos legais no domínio da não-discriminação, 8 (Julho de 2009), *European Anti-Discrimination Law Review*, p. 45.

A expressão “medidas especiais” é por vezes considerada como incluindo as situações em que ocorre um tratamento diferenciado que favorece (ao invés de desfavorecer) as pessoas em razão das suas características protegidas. É o caso, por exemplo, de uma mulher que é seleccionada para um determinado lugar em detrimento de um homem, pelo facto de ser mulher e de o empregador ter adoptado uma estratégia de correcção da sub-representação feminina entre o seu pessoal. A terminologia utilizada para descrever este tipo de situações varia grandemente, e inclui expressões como “discriminação positiva” ou “discriminação inversa”, “tratamento preferencial”, “medidas especiais provisórias” ou “acções afirmativas”.⁵³ Todos estes termos reflectem a função que é reconhecida a essas medidas, ou seja, um meio excepcional de contrariar, a curto prazo, preconceitos em relação a pessoas que, em condições normais, seriam vítimas de discriminação, e de criar exemplos que podem ser referências para outras pessoas que partilham a mesma característica.

A tomada de medidas positivas a favor de grupos desfavorecidos é reforçada por orientações emitidas por alguns dos órgãos de acompanhamento responsáveis pela interpretação dos tratados das Nações Unidas em matéria de direitos humanos. Esses organismos têm insistido em que tais medidas devem revestir carácter provisório, não devendo ser alargadas no tempo e no âmbito de aplicação para além do que é necessário para combater a desigualdade em questão.⁵⁴ Segundo a Comissão para a Eliminação da Discriminação Racial das Nações Unidas, para serem permissíveis, tais medidas devem ter como única finalidade a eliminação das desigualdades existentes e a prevenção de novos desequilíbrios.⁵⁵ A Comissão das Nações Unidas para a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres estabeleceu que tais “medidas especiais de carácter provisório” podem incluir o tratamento preferencial, o recrutamento, contratação e promoção selectivos, objectivos numéricos associados a horizontes

53 Ver, por exemplo, Comissão para a Eliminação da Discriminação Racial das Nações Unidas, Recomendação Geral n.º 32: “The Meaning and Scope of Special Measures in the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination” Doc. NU CERD/C/GC/32, 24 de Setembro de 2009; Comissão dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas, Comentário Geral n.º 13: “The Right to Education” Doc. NU E/C.12/1999/10, 8 de Dezembro de 1999; Comissão para a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres das Nações Unidas, Recomendação Geral n.º 25, relativa ao artigo 4.º, n.º1, da Convenção (medidas especiais provisórias) Doc. NU A/59/38(SUPP), 18 de Março de 2004; Comissão dos Direitos Humanos das Nações Unidas, Comentário Geral n.º 18: “Non-Discrimination” Doc. NU A/45/40(Vol.I.)(SUPP), 10 de Novembro de 1989; Comissão das Nações Unidas para a Eliminação da Discriminação Racial, Recomendação Geral n.º 30: “Discrimination against Non-Citizens” Doc. NU HRI/GEN/1/Rev.7/Add.1, 4 de Maio de 2005.

54 *Ibid.*

55 Comissão para a Eliminação da Discriminação Racial das Nações Unidas, Recomendação Geral n.º 32: “The Meaning and Scope of Special Measures in the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination” Doc. NU CERD/C/GC/32, 24 de Setembro de 2009, n.ºs 21-26.

temporais, e sistemas de quotas.⁵⁶ Segundo a jurisprudência do TJE, adiante discutida, a proporcionalidade de tais medidas deve ser rigorosamente medida.

A tendência dos tribunais tem sido tratar a discriminação neste contexto não como uma forma distinta de discriminação em si própria, mas como uma excepção à proibição de discriminação. Por outras palavras, os tribunais reconhecem que houve lugar a tratamento diferenciado, mas que este se justifica no interesse da correcção de uma desvantagem pré-existente, como a sub-representação de determinados grupos no local de trabalho.

Esta justificação do tratamento diferenciado tem sido várias vezes avançada pelos Estados. O tratamento diferenciado pode ser entendido sob dois prismas diferentes. Na perspectiva do beneficiário, o tratamento mais favorável é concedido em razão de uma característica protegida, comparativamente a alguém numa situação semelhante. Na perspectiva da vítima, o tratamento menos favorável prende-se com o facto de não se possuir uma característica protegida. Exemplos típicos incluem a reserva de lugares para mulheres em locais de trabalho predominantemente masculinos, ou para minorias étnicas em serviços públicos, como os serviços de polícia, por forma a melhor reflectir a composição da sociedade. O tratamento diferenciado é por vezes rotulado de “discriminação inversa”, pois o tratamento discriminatório é dado a fim de favorecer um indivíduo que, previsivelmente, com base nas tendências sociais do passado, receberia um tratamento menos favorável. E é por vezes rotulado de “acção positiva”, pois trata-se de acções tomadas especificamente para compensar desvantagens do passado mediante a promoção da participação de grupos tradicionalmente desfavorecidos. Nesse sentido, assenta num objectivo benévolo, não tendo por base preconceitos existentes contra determinados grupos.

O conceito raramente figura na jurisprudência do TEDH, embora tenha sido objecto de maior consideração no quadro da legislação da UE, onde o TJE se tem ocupado de casos na esfera do emprego. As medidas específicas figuram como excepção, por direito próprio, nas directivas antidiscriminação e na jurisprudência do TJE, e bem assim no contexto da excepção específica que o “requisito profissional genuíno” constitui, tal como adiante se verá na secção 2.6.4.

⁵⁶ Comissão para a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres das Nações Unidas, Recomendação Geral n.º 25, relativa ao artigo 4.º(1), da Convenção (medidas especiais provisórias) Doc. NU A/59/38(SUPP), 18 de Março de 2004, n.º 22.

As principais acções levadas perante o TJE relacionadas com medidas especiais surgiram no contexto da igualdade de género, nomeadamente, o processo *Kalanke*,⁵⁷ o processo *Marschall*⁵⁸ e o processo *Abrahamsson*.⁵⁹ No seu conjunto, estes processos determinaram quais os limites até onde podem ir as medidas especiais para compensar anteriores desvantagens sofridas, nestes casos em particular, pelas mulheres trabalhadoras ao longo dos anos.

Exemplo: no processo *Kalanke*, o TJE assumiu uma abordagem rigorosa na atribuição de tratamento preferencial para corrigir a sub-representação das mulheres em determinados lugares. O processo teve a ver com legislação adoptada a nível regional que concedia automaticamente prioridade às mulheres candidatas a lugares e a promoções. Nos casos em que as candidaturas masculinas e femininas obtinham igual classificação, e em que se considerava existir uma sub-representação feminina no sector, devia ser dada preferência às mulheres. Considerava-se existir sub-representação nos casos em que as mulheres não perfaziam, no mínimo, 50% dos efectivos no serviço em questão. No caso vertente, o Sr. Kalanke, cuja candidatura não fora bem sucedida, apresentou queixa perante os tribunais nacionais, alegando que fora vítima de discriminação em razão do sexo. Os tribunais nacionais remeteram o processo para o TJE, questionando-se sobre se a referida disposição era compatível com o artigo 2.º, n.º 4, da Directiva relativa à aplicação do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres, de 1976 (o precursor do artigo 3.º da Directiva relativa à aplicação do princípio da igualdade de oportunidades e igualdade de tratamento entre homens e mulheres, sobre a “acção positiva”), que dispõe o seguinte: “A presente directiva não constitui obstáculo às medidas que tenham em vista promover a igualdade de oportunidades entre homens e mulheres, em particular as que corrijam as desigualdades de facto que afectam as oportunidades das mulheres”.⁶⁰

O TJE declarou que o artigo 2.º, n.º 4, tem como finalidade autorizar medidas que, “embora aparentemente discriminatórias, visam efectivamente eliminar ou reduzir as desigualdades de facto que possam existir na realidade

57 TJE, *Kalanke c. Freie Hansestadt Bremen*, P.º C-450/93 [1995] Colect. I-3051, 17 de Outubro de 1995.

58 TJE, *Marschall c. Land Nordrhein-Westfalen*, P.º C-409/95 [1997] Colect. I-6363, 11 de Novembro de 1997.

59 TJE, *Abrahamsson e Leif Anderson c. Elisabet Fogelqvist*, P.º C-407/98 [2000] Colect. I-5539, 6 de Julho de 2000.

60 Directiva relativa à aplicação do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres 76/207/CEE, JO L 39, 14 de Fevereiro de 1976, p. 40.

da vida social”.⁶¹ Foi reconhecido que a regra perseguia o objectivo legítimo de eliminar desigualdades existentes na vida profissional. Nessa conformidade, em princípio, as medidas que conferissem à mulher uma vantagem específica no local de trabalho, nomeadamente em termos de promoção, seriam aceites, contanto que fossem introduzidas com vista a melhorar a capacidade das mulheres para concorrer no mercado de trabalho, libertas de tal discriminação.

Contudo, foi igualmente declarado que qualquer excepção ao direito à igualdade de tratamento deveria ser rigorosamente justificada. Concluiu-se que, nos casos em que a regulamentação em questão garantisse “prioridade absoluta e incondicional às mulheres numa nomeação ou promoção”, se estaria efectivamente perante uma medida desproporcionada em relação ao objectivo de eliminar a desigualdade, face ao direito à igualdade de tratamento. Como tal, o tratamento preferencial não era justificável no caso vertente.

Não obstante, processos posteriores mostram que as medidas especiais podem ser aceites quando a regulamentação não exige a atribuição automática de prioridade incondicional.

Exemplo: o processo *Marschall* incidiu sobre regulamentação de teor semelhante ao do processo *Kalanke*. Contudo, a regulamentação dispunha que em caso de igualdade de qualificações dos candidatos masculinos e femininos, deveria ser atribuída prioridade às mulheres “excepto se predominarem razões inerentes à pessoa de um candidato masculino”. O Sr. Marschall, cuja candidatura foi rejeitada em favor de uma candidatura feminina, contestou a legalidade desta regulamentação perante os tribunais nacionais, que remeteram o processo para o TJE, inquirindo também neste caso se a referida disposição era compatível com a Directiva relativa à aplicação do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres. O TJE concluiu que uma disposição dessa natureza não é desproporcionada em relação ao objectivo legítimo de eliminar as desigualdades, contanto que “em cada caso individual, [garanta] aos candidatos masculinos com uma qualificação igual à dos candidatos femininos que as candidaturas são objecto de uma apreciação objectiva tendo em conta todos os

61 Esta formulação foi largamente adoptada nos preâmbulos das directivas antidiscriminação: n.º 21 da Directiva relativa à aplicação do princípio da igualdade de oportunidades e igualdade de tratamento entre homens e mulheres (reformulação); n.º 26 da Directiva relativa à igualdade no emprego; n.º 17 da Directiva relativa à igualdade racial.

critérios relativos à pessoa dos candidatos e que afasta a prioridade concedida aos candidatos femininos, quando um ou vários desses critérios dão preferência ao candidato masculino”. Assim, a margem de discricionariedade introduzida na regulamentação impediu que a prioridade tivesse carácter absoluto, tendo o TJE considerado que a mesma era proporcionl em relação ao objectivo de corrigir as desigualdades no local de trabalho.

Exemplo: o processo *Abrahamsson* prendeu-se com a validade da regulamentação sueca que, na sua abordagem, se situava entre a prioridade incondicional da disposição no processo *Kalanke* e a margem de discricionariedade criada no processo *Marschall*. Nos termos dessa regulamentação, a um candidato pertencente a um sexo sub-representado que possuísse qualificações suficientes para o emprego em questão deveria ser atribuída prioridade, a menos que “a diferença entre as qualificações dos candidatos [fosse] tão importante que daí resultaria uma inobservância da exigência de objectividade no provimento do lugar”. O TJE concluiu que, na prática, a regulamentação atribuía automaticamente prioridade aos candidatos do sexo sub-representado. O facto de a disposição apenas impedir que assim fosse nos casos em que houvesse uma diferença significativa nas qualificações não era suficiente para evitar que a disposição fosse desproporcionada nos seus efeitos.

Estes processos mostram claramente que o TJE tem adoptado uma abordagem prudente quanto a autorizar que medidas específicas se sobreponham ao princípio da equidade. Só em circunstâncias restritas em que as medidas específicas não sejam incondicionais e absolutas é que o TJE permite que a regulamentação nacional seja abrangida pela derrogação ao artigo 2.º, n.º 4.

Quando confrontados com uma questão relacionada com medidas específicas nos termos das directivas antidiscriminação da UE, os profissionais da justiça devem ter particularmente em atenção a “acção” que foi instaurada para favorecer um determinado grupo de pessoas. Como o demonstra a jurisprudência do TJE acima descrita, as medidas específicas devem claramente constituir um último recurso. Ao lidarem com um processo que envolva medidas específicas, os profissionais da justiça e os funcionários judiciais devem certificar-se de que todos os candidatos considerados pelo empregador em questão, incluindo os não abrangidos pela disposição relativa às medidas especiais, são objecto de uma apreciação objectiva e imparcial em função do lugar a preencher. As medidas especiais só podem ser aplicadas quando essa apreciação objectiva classifica um determinado número

de candidatos, entre os quais indivíduos representativos de um grupo-alvo, como sendo igualmente capazes de preencher o lugar em questão. Só nessas circunstâncias é que um membro de um grupo-alvo, seleccionado em razão de anterior discriminação histórica no contexto profissional, pode ser prioritariamente seleccionado em relação a um indivíduo não pertencente ao grupo-alvo.

O TEDH ainda não teve oportunidade de proceder a uma análise aprofundada dos processos relacionados com medidas especiais; contudo, isso foi tido em consideração num determinado número de processos.

Exemplo: no processo *Wintersberger c. Áustria*,⁶² o TEDH proferiu uma decisão relativa à admissibilidade de uma queixa. O requerente, que era deficiente, fora despedido do seu emprego pelo Estado. À luz da legislação nacional, as pessoas com deficiência beneficiam de especial protecção contra o despedimento, na medida em que só através de prévia aprovação de um comité especial poderiam ser despedidas. No caso de o empregador não ter conhecimento da deficiência, tal aprovação poderia ser concedida retroactivamente. A aprovação não era necessária no caso de pessoas sem deficiência. O requerente argumentou que o facto de a aprovação poder ser concedida retroactivamente no caso de pessoas portadoras de deficiência, mas não no caso de pessoas sem deficiência, constituía discriminação. O TEDH concluiu que a disposição em causa existia, efectivamente, em benefício das pessoas com deficiência e, por conseguinte, se justificava enquanto exemplo de discriminação inversa. A queixa foi, assim, declarada inadmissível.

Questões-chave

- A discriminação consiste numa situação em que uma pessoa é de algum modo desfavorecida devido a uma “característica protegida”.
- A discriminação assume variadas formas: discriminação directa, discriminação indirecta, assédio e instrução no sentido de discriminar.
- A discriminação directa caracteriza-se por um tratamento diferenciado: deve ser demonstrado que a alegada vítima foi objecto de tratamento menos favorável pelo facto de possuir uma característica que se insere num conjunto de “características protegidas”.

⁶² TEDH, *Wintersberger c. Áustria* (dez.) (N.º 57448/00), 27 de Maio de 2003.

- O tratamento menos favorável é determinado através da comparação entre a alegada vítima e outra pessoa cuja situação é semelhante à sua e não possui a característica protegida.
- A “característica protegida” pode não ser a razão expressa subjacente ao tratamento diferenciado. Basta que a razão expressa seja indissociável da “característica protegida”.
- O TJE e os tribunais nacionais aceitaram o conceito de “discriminação por associação”, nos casos em que uma pessoa é objecto de tratamento menos favorável devido à sua associação a outra pessoa que possui uma “característica protegida”.
- O assédio, embora tratado em separado no âmbito da legislação da UE, constitui uma manifestação específica de discriminação directa.
- A discriminação indirecta caracteriza-se por um impacto ou efeitos diferenciados: deve ser demonstrado que um grupo é desfavorecido por uma decisão quando comparado com outro grupo, que constitui o “elemento de comparação”.
- Para provar uma situação de discriminação indirecta, a pessoa em causa tem de fazer prova de que, enquanto grupo, os que partilham a sua característica protegida estão sujeitos a um impacto ou a efeitos diferenciados, comparativamente aos que não possuem tal característica.
- A fim de assegurar que todos gozam dos mesmos direitos, os governos, os empregadores e os prestadores de serviços podem ter de tomar medidas especiais ou específicas para adaptar as suas regras e práticas aos que possuem características diferentes.
- As expressões “medidas especiais” e “medidas específicas” podem ser consideradas como incluindo a reparação de situações de desvantagem sofridas no passado pelos que possuem uma característica protegida. Quando são proporcionadas, tais medidas podem constituir uma justificação de discriminação.

2.6. Excepções à proibição do tratamento menos favorável no âmbito da legislação europeia antidiscriminação

2.6.1. Introdução

Em determinadas circunstâncias, os tribunais constataam a existência de tratamento diferenciado, mas consideram que esse tratamento é aceitável. Quando à forma, a abordagem às excepções ao abrigo da legislação da UE difere da do TEDH; quanto à substância, no entanto, as abordagens são muito semelhantes.

No quadro da legislação europeia antidiscriminação, uma excepção pode ser formulada em termos gerais ou em termos específicos mais restritos. A abordagem do TEDH é no sentido de utilizar uma excepção formulada em termos genéricos, tanto no contexto da discriminação directa como no da discriminação indirecta. Em contrapartida, a legislação da UE prevê unicamente excepções específicas restritas à proibição da discriminação directa, e uma excepção genérica à da discriminação indirecta. Por outras palavras, à luz das directivas antidiscriminação, a discriminação directa só será justificável nos casos em que prossegue determinados fins expressamente enunciados nessas directivas.

As excepções específicas no âmbito das directivas antidiscriminação prendem-se com a discriminação no contexto do emprego, não sendo a discriminação directa aceitável no contexto do acesso a bens e serviços. Estas excepções específicas podem inserir-se no contexto mais vasto da excepção genérica reconhecida pelo TEDH e são compatíveis com a forma como a excepção genérica é aplicada na jurisprudência. Basicamente, as excepções específicas previstas nas directivas antidiscriminação são expressões particulares da excepção geral concretizadas e adaptadas ao domínio específico do emprego.

2.6.2. Discriminação da excepção geral

Conforme se referiu, a excepção geral está contemplada tanto em relação à discriminação directa como à discriminação indirecta no âmbito da CEDH, e só está prevista em relação à discriminação indirecta nos termos da legislação da UE. Segundo o TEDH:

“uma diferença no tratamento de pessoas em situações relevantemente semelhantes ... é discriminatória se não tiver uma justificação objectiva e razoável, isto é, se não prosseguir um fim legítimo ou não existir uma razoável relação de proporcionalidade entre os meios utilizados e o objectivo que se pretende atingir.”⁶³

Semelhante formulação é utilizada pelas directivas antidiscriminação da UE em relação à discriminação indirecta. A Directiva relativa à igualdade racial, dispõe o seguinte:

“Considera-se que existe discriminação indirecta sempre que uma disposição, critério ou prática aparentemente neutra coloque pessoas de uma dada origem racial ou étnica numa situação de desvantagem comparativamente

63 TEDH, *Burden c. Reino Unido* [GS] (N.º 13378/05), 29 Abril de 2008, n.º 60.

com outras pessoas, a não ser que essa disposição, critério ou prática seja objectivamente justificada por um objectivo legítimo e que os meios utilizados para o alcançar sejam adequados e necessários.”⁶⁴

Para justificar o tratamento diferenciado, há que provar:

- que a regra ou prática em questão prossegue um fim legítimo;
- que o meio escolhido para atingir esse fim (isto é, a medida que levou ao tratamento diferenciado) é proporcionado em relação ao mesmo e é necessário para o atingir.

Segundo a formulação utilizada tanto pelo TEDH como pelas directivas antidiscriminação, não se trata, rigorosamente falando, de uma excepção à proibição de discriminação enquanto tal, mas antes de uma justificação do tratamento diferenciado, que impedirá a pronúncia de um veredicto de discriminação. Contudo, na substância, se não na forma, os tribunais tratam as questões das justificações como excepções ao princípio da proibição de discriminação.

Exemplo: o TJE forneceu uma explicação aprofundada do conceito de justificação objectiva no processo *Bilka-Kaufhaus GmbH c. Weber Von Hartz*.⁶⁵ No caso, os empregados a tempo parcial dos grandes armazéns Bilka, que haviam sido excluídos do regime profissional de pensões da empresa, queixaram-se de que isso constituía discriminação indirecta contra as mulheres, uma vez que a grande maioria dos trabalhadores a tempo parcial da empresa era composta por mulheres. O TJE concluiu tratar-se de discriminação indirecta, a menos que a diferença de tratamento pudesse ser justificada. Para ser justificada, haveria que provar que as medidas escolhidas pela Bilka correspondiam a uma verdadeira necessidade da empresa e eram adequadas à prossecução do fim em vista e necessárias para o efeito.

A Bilka argumentou que o objectivo da diferença no tratamento era desencorajar o trabalho a tempo parcial e incentivar o trabalho a tempo inteiro, uma vez que os trabalhadores a tempo parcial tendiam a mostrar-se relutantes em trabalhar à noite e ao sábado, dificultando o adequado preenchimento de todos os turnos. O TJE concluiu que se poderia tratar de um fim legítimo. Não respondeu, porém, à questão de saber se a exclusão dos trabalhadores a tempo parcial do regime

64 Artigo 2.º, n.º 2, alínea b), Directiva relativa à igualdade racial; artigo 2.º, n.º 2, alínea b), Directiva relativa à igualdade no emprego; artigo 2.º, alínea b), Directiva relativa à igualdade de tratamento entre homens e mulheres no acesso a bens e serviços; artigo 2.º, n.º 1, alínea b), Directiva relativa à aplicação do princípio da igualdade de oportunidades e igualdade de tratamento entre homens e mulheres (reformulação).

65 TJE, *Bilka-Kaufhaus GmbH c. Weber Von Hartz*, P.º 170/84 [1986] Collect. 1607, 13 de Maio de 1986.

de pensões constituía uma medida proporcionada em relação a esse objectivo. O requisito de que as medidas tomadas sejam “necessárias” implica fazer prova da inexistência de meios alternativos razoáveis capazes de interferir menos com o respeito do princípio da igualdade de tratamento. Foi deixado à responsabilidade do tribunal nacional aplicar a lei aos factos do processo.

2.6.3. Aplicação da excepção geral

No contexto do emprego, o TJE tem demonstrado relutância em aceitar o tratamento diferenciado assente em razões de gestão relacionadas com as preocupações dos empregadores, enquanto se tem mostrado mais disposto a aceitar o tratamento diferenciado em razão de objectivos mais abrangentes de política social e de emprego com implicações fiscais. Nos processos relacionados com estas últimas considerações, o TJE concede aos Estados uma “margem de apreciação” mais ampla. No quadro da CEDH, o TEDH tem menos tendência a aceitar o tratamento diferenciado quando este se prende com questões consideradas fundamentais para a dignidade humana, como é o caso da discriminação em razão da raça ou da origem étnica e da vida familiar e privada, e tende mais a aceitar o tratamento diferenciado quando este tem a ver com considerações mais abrangentes de política social, sobretudo quando estas têm implicações fiscais. O TEDH utiliza a expressão “margem de apreciação” para se referir ao grau de discricção do Estado na determinação do tratamento diferenciado como sendo ou não justificável. Nos casos em que esta margem é considerada “estreita”, o TEDH assume um grau de controlo mais elevado.

A fim de determinar se o tratamento diferenciado é proporcionado, o tribunal deverá certificar-se de que:

- para atingir o fim em vista, não existem outros meios susceptíveis de causar menos ingerência no direito à igualdade de tratamento, ou, por outras palavras, que a desvantagem sofrida corresponde ao nível mínimo possível de danos necessários para alcançar o objectivo pretendido;
- o fim em vista é suficientemente importante para justificar este nível de ingerência.

2.6.4. Excepções específicas no âmbito da legislação da UE

Conforme se viu acima, à luz das directivas antidiscriminação existe um conjunto específico de excepções que permitem que o tratamento diferenciado seja justificado num leque restrito de circunstâncias. A excepção ao “requisito profissional genuíno” figura em cada uma das referidas directivas (excepto na Directiva relativa

à igualdade de tratamento entre homens e mulheres no acesso a bens e serviços, pois esta não tem relação com o emprego). O referido requisito permite aos empregadores aplicar a trabalhadores um tratamento diferenciado baseado numa característica protegida sempre que essa característica esteja intimamente ligada à capacidade de desempenhar uma determinada actividade profissional ou às qualificações exigidas para o efeito.⁶⁶ As restantes duas excepções figuram apenas na Directiva relativa à igualdade no emprego: em primeiro lugar, a possibilidade de discriminação em razão da religião ou das convicções de empregadores que são organizações religiosas;⁶⁷ em segundo lugar, a possibilidade da discriminação em razão da idade em determinadas circunstâncias.⁶⁸ A rigorosa abordagem do TJE na interpretação das excepções à proibição do tratamento diferenciado sugere que quaisquer excepções serão interpretadas de forma restrita, uma vez que a tónica é colocada na importância de quaisquer direitos criados para as pessoas ao abrigo do direito comunitário.⁶⁹

2.6.4.1. Requisito genuíno e determinante para o exercício da actividade profissional

Nos termos das directivas antidiscriminação, e na medida em que estas incidem no domínio do emprego:

“Os Estados-Membros podem prever que uma diferença de tratamento baseada numa característica [...] [protegida] não constitui discriminação sempre que, em virtude da natureza das actividades profissionais específicas em causa ou do contexto da sua execução, essa característica constitua um requisito genuíno e determinante para o exercício da actividade profissional, na condição de o seu objectivo ser legítimo e o requisito proporcional.”⁷⁰

Esta excepção permite aos empregadores aplicar a trabalhadores um tratamento diferenciado baseado numa característica protegida, sempre que essa

66 Artigo 14.º, n.º 2, Directiva relativa à aplicação do princípio da igualdade de oportunidades e igualdade de tratamento entre homens e mulheres (reformulação); artigo 4.º, Directiva relativa à igualdade racial; artigo 4.º, n.º 1, Directiva relativa à igualdade no emprego.

67 Artigo 4.º, n.º 2, Directiva relativa à igualdade no emprego.

68 Artigo 6.º, Directiva relativa à igualdade no emprego.

69 Ver, por exemplo, TJE, *Johnston c. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, P.º 222/84 [1986] Collect. 1651, 15 de Maio de 1986, n.º 36.

70 Artigo 14.º, n.º 2, Directiva relativa à aplicação do princípio da igualdade de oportunidades e igualdade de tratamento entre homens e mulheres (reformulação); artigo 4.º, Directiva relativa à igualdade racial; artigo 4.º, n.º 1, Directiva relativa à igualdade no emprego.

característica esteja directamente relacionada com a adequação ou a competência para desempenhar as funções inerentes a um determinado lugar.

Há profissões consagradas que recaem no âmbito da derrogação ao requisito profissional genuíno: no processo *Comissão contra Alemanha*, o TJE, com base num inquérito da Comissão sobre o âmbito da derrogação em relação à discriminação em razão do sexo, enumerou determinadas profissões onde a excepção seria provavelmente aplicável.⁷¹ Foi dada particular atenção às profissões artísticas susceptíveis de exigir determinados atributos que as pessoas possuem como características inatas, como seja o de exigir a uma cantora que se adapte a um determinado gosto em termos de estilo de representação, a um jovem actor que represente um determinado papel, a um indivíduo fisicamente apto que dance, ou a homens e mulheres que actuem como modelos em determinadas exposições de moda. Não se tratou, em todo o caso, de uma tentativa de apresentar uma lista exaustiva. Outros exemplos poderão incluir o de empregar um indivíduo de origem étnica chinesa num restaurante chinês para manter a autenticidade, ou empregar mulheres em clubes de fitness só para mulheres.

Exemplo: no processo *Comissão c. França*, o TJE concluiu que em determinadas circunstâncias não é ilegal reservar prioritariamente para candidatos masculinos os postos de trabalho em prisões para homens, e para candidatos femininos os postos de trabalho em prisões para mulheres.⁷² Contudo, esta excepção só poderia ser invocada em relação a lugares que envolvessem actividades em que pertencer a um determinado sexo tem relevância. No caso vertente, as autoridades francesas pretendiam reservar uma percentagem de lugares para candidatos masculinos, visto que poderia ser necessário o uso da força para dissuadir potenciais desordeiros, bem como para outras tarefas que só podem ser executadas por homens. Embora o TJE tenha aceite os argumentos em princípio, as autoridades francesas não cumpriram com o requisito de transparência em relação a postos de trabalho específicos que teriam de ser preenchidos por homens; as generalizações em matéria de adequação do sexo não bastam.

Exemplo: no processo *Johnston*, uma agente de polícia que prestava serviço na Irlanda do Norte apresentou queixa por o seu contrato de trabalho não ter sido renovado. O comandante da polícia justificou o facto alegando que os agentes do sexo feminino não recebiam formação no manuseamento de armas de fogo e que, em situações caracterizadas por distúrbios internos sérios, o porte de

71 TJE, *Comissão c. Alemanha*, Pº 248/83 [1985] Colect. 1459, 21 de Maio de 1985.

72 TJE, *Comissão c. França*, Pº 318/86 [1988] Colect. 3559, 30 de Junho de 1988.

armas de fogo por mulheres-polícia poderia aumentar o risco de elas serem assassinadas e, como tal, ser contrário às exigências de segurança pública. O TJE concluiu que, embora a ameaça à segurança devesse ser tida em conta, essa ameaça incidia igualmente sobre mulheres e homens, não estando as mulheres sujeitas a maior risco. A menos que a justificação se prendesse com factores biológicos específicos às mulheres, como a protecção do bebé durante a gravidez, o tratamento diferenciado não poderia ser justificado com base no facto de a opinião pública exigir a protecção das mulheres.

Exemplo: no processo *Mahlberg*, foi recusado à queixosa, que se encontrava grávida, um lugar permanente como enfermeira pelo facto de que o trabalho a realizar se processaria, em grande parte, em salas de operações.⁷³ A recusa foi justificada pelo facto de poderem ser causados danos ao bebé devido à exposição a substâncias nocivas na sala de operações. O TJE concluiu que, tratando-se de um lugar permanente, era desproporcionado impedir a queixosa de o ocupar, uma vez que a sua indisponibilidade para trabalhar em sala de operações seria apenas temporária. Embora fossem aceitáveis as restrições relativas às condições de trabalho de mulheres grávidas, estas deveriam cingir-se estritamente a tarefas susceptíveis de causar dano e não deveriam acarretar um impedimento de trabalhar generalizado.

No n.º 18 do preâmbulo da Directiva relativa à igualdade no emprego, figura uma formulação mais específica da excepção ao requisito profissional genuíno no que se refere a determinados serviços públicos nos domínios da segurança intrínseca e extrínseca. Esta não constitui em si mesma uma excepção autónoma, antes deve ser considerada como dando expressão concreta a uma das consequências da excepção ao requisito profissional genuíno num contexto particular:

“A presente directiva não poderá ter por efeito, designadamente, que as forças armadas, os serviços de polícia, prisionais ou de socorro sejam obrigados a recrutar ou a manter no seu posto de trabalho pessoas sem as capacidades necessárias para o exercício de todas as funções que possam ter de exercer, no âmbito do objectivo legítimo de manter a operacionalidade dos respectivos serviços.”⁷⁴

73 TJE, *Mahlburg c. Land Mecklenburg-Vorpommern*, Pº C-207/98 [2000] Colect. I-549, 3 de Fevereiro de 2000.

74 Directiva relativa à igualdade no emprego 2000/78/CE, JO L 303, 2 de Dezembro de 2000, p. 16.

Normalmente, isto aplica-se a situações em que são recusadas a pessoas a partir de uma certa idade, ou com deficiência, determinadas funções consideradas extremamente exigentes do ponto de vista físico. O artigo 3.º, n.º 4, da directiva permite aos Estados-Membros excluir expressamente as forças armadas da obrigatoriedade de aplicar as disposições da directiva nessa matéria. Embora esta disposição não figure na Directiva relativa à aplicação do princípio da igualdade de oportunidades e igualdade de tratamento entre homens e mulheres (reformulação), é possível aferir como ela funciona na prática analisando dois casos relacionados com a discriminação em razão do sexo e as forças armadas. Ambos estes casos foram analisados à luz do artigo 2.º, n.º 2, da Directiva relativa à aplicação do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres, que previa a excepção ao “requisito profissional genuíno” agora consignada no artigo 14.º, n.º 2, da Directiva relativa à aplicação do princípio da igualdade de oportunidades e igualdade de tratamento entre homens e mulheres (reformulação).

Exemplo: no processo *Sirdar*, a queixosa trabalhara como chefe de cozinha ao serviço de uma unidade de comandos. Foi despedida na sequência de uma decisão que tinha por objectivo reduzir as despesas militares, que introduziu o princípio da “interoperabilidade” para as unidades de comandos.⁷⁵ A “interoperabilidade” implicava que, devido à escassez de efectivos, cada indivíduo fosse capaz de desempenhar uma função em combate. O TJE aceitou que as unidades de comandos inteiramente compostas por homens se justificavam a fim de garantir a eficácia em combate e que, como tal, o princípio da interoperabilidade excluía as mulheres. Isto porque os comandos constituem uma força pequena e especializada, posicionada, regra geral, na primeira linha de qualquer ataque. O TJE concluiu pela necessidade da regra, na prossecução do objectivo de assegurar a eficácia em combate.

Exemplo: no processo *Kreil*, a queixosa candidatara-se ao lugar de engenheiro electrotécnico nas forças armadas.⁷⁶ Contudo, a sua candidatura foi recusada, visto que o acesso a funções militares que envolvessem o uso de armas estava vedado às mulheres, as quais só poderiam participar nos serviços médicos e musicais. O TJE considerou esta exclusão demasiado vasta, uma vez que se aplicava a quase todos os lugares nas forças armadas, pelo simples facto de nesses lugares as mulheres, ocasionalmente, terem de usar armas. Qualquer

75 TJE, *Sirdar c. The Army Board e Secretary of State for Defence*, P.º C-273/97 [1999] Colect. I-7403, 26 de Outubro de 1999.

76 TJE, *Kreil c. Bundesrepublik Deutschland*, P.º C-285/98 [2000] Colect. I-69, 11 de Janeiro de 2000.

justificação deveria estar mais estreitamente ligada às funções normalmente exercidas em determinados postos. A credibilidade da justificação do governo foi também posta em causa, na medida em que, nos postos acessíveis a mulheres, estas tinham na mesma de receber formação básica no uso de armas, para fins de autodefesa e defesa de outrem. A medida não era, por conseguinte, proporcional à consecução do seu objectivo. O tribunal declarou, além disso, que não devem ser feitas distinções entre mulheres e homens com base no facto de as mulheres necessitarem de maior protecção, a menos que tenham a ver com factores específicos à condição da mulher, como a necessidade de protecção durante a gravidez.

A possibilidade de justificar a discriminação em função do sexo por razões de eficácia ou eficiência de determinados serviços de segurança ou emergência poderá vir a revelar-se mais difícil com o andar dos tempos, à medida que os papéis masculinos e femininos e as atitudes sociais evoluem. Nesse sentido, os Estados-Membros são obrigados a reexaminar periodicamente as medidas restritivas nesta matéria.⁷⁷

2.6.4.2. Instituições religiosas

A Directiva relativa à igualdade no emprego permite especificamente a organizações cuja ética seja baseada numa “religião” ou em “convicções” impor determinadas condições às pessoas que para elas trabalham. O artigo 4.º, n.º 2, da Directiva dispõe que esta não interfere com o direito de “as igrejas e as outras organizações públicas ou privadas cuja ética é baseada na religião ou nas convicções ... [exigirem] das pessoas que para elas trabalham uma atitude de boa-fé e de lealdade perante a ética da organização”. Além disso, os empregadores ligados a organizações religiosas podem ser abrangidos pelo âmbito da excepção ao “requisito profissional genuíno”, que permite o tratamento diferenciado com base na ética religiosa da organização em questão.

Os n.ºs 1 e 2 do artigo 4.º permitem, pois, que organizações como as igrejas se recusem, por exemplo, a empregar mulheres como sacerdotes, pastores ou ministros, sempre que tal interfira com a ética da religião que professam. Embora o TJE não tenha ainda tido oportunidade de se pronunciar sobre a interpretação desta disposição, ela tem sido aplicada a nível nacional. Descrevem-se a seguir dois casos relacionados com a invocação desta excepção para justificar o tratamento diferenciado em razão da orientação sexual.

⁷⁷ Artigo 31.º, n.º 3, Directiva relativa à aplicação do princípio da igualdade de oportunidades e igualdade de tratamento entre homens e mulheres (reformulação).

Exemplo: numa acção levada perante os tribunais finlandeses, a Igreja Luterana Evangélica da Finlândia recusou-se a admitir como capelão (adjunto do vigário) um indivíduo que mantinha uma relação com uma pessoa do mesmo sexo.⁷⁸ O Tribunal Administrativo de Vaasa anulou a decisão, declarando que o facto de ser heterossexual não podia ser considerado um requisito profissional genuíno para o exercício da função. Foi tido em atenção o facto de as regras internas da Igreja não conterem qualquer referência à orientação sexual no que se prende com a nomeação de vigários e capelães.

Exemplo: no processo *Amicus*, os tribunais britânicos foram convidados a pronunciar-se sobre a compatibilidade da regulamentação nacional de transposição da excepção ao requisito profissional genuíno no contexto de empregadores ligados a organizações religiosas com a Directiva relativa à igualdade no emprego.⁷⁹ Foi enfatizado que qualquer excepção ao princípio da igualdade de tratamento deveria ser interpretada de forma restrita. A formulação da regulamentação nacional permitia o tratamento diferenciado nos casos em que o emprego fosse para efeitos de uma religião organizada, e foi salientado que isso seria muito mais restritivo do que se fosse para efeitos de uma organização religiosa. O tribunal concordou, pois, com as posições do governo, no sentido de que esta excepção se aplicaria a um número muito limitado de funções relacionadas com a promoção e a representação da religião, como a de ministros religiosos. Declarou não permitir que as organizações religiosas, como as escolas religiosas ou os lares religiosos, alegassem que a função de professor (que é para efeitos de ensino) ou a de enfermeiro (que é para efeitos de prestação de cuidados de saúde) se enquadram no conceito de função para efeitos de uma religião organizada.

2.6.4.3. Excepções em razão da idade

O artigo 6.º da Directiva relativa à igualdade no emprego prevê duas justificações distintas para diferenças de tratamento em razão da idade.

O artigo 6.º, n.º 1 permite a discriminação com base na idade se esta for justificada por “objectivos legítimos de política de emprego, do mercado de trabalho e de formação profissional”, e desde que seja cumprido o princípio da proporcionalidade.

78 Tribunal Administrativo de Vaasa (Finlândia), *Vaasan Hallinto-oikeus* - 04/0253/3. Versão sumária em língua inglesa disponível em: FRA InfoPortal, P.º 187-1.

79 Supremo Tribunal (Reino Unido), *Amicus MSF Section, R (a pedido de) c. Ministro do Comércio e da Indústria britânico* [2004] EWHC 860 (Admin), 26 de Abril de 2004. Versão sumária em língua inglesa disponível em: FRA InfoPortal.

São apresentados alguns exemplos de situações em que o tratamento diferenciado pode ser justificado: o artigo 6.º, n.º 1, alínea b) permite a “fixação de condições mínimas de idade, experiência profissional ou antiguidade no serviço para o acesso ao emprego”. Trata-se, porém, de uma lista que não pretende ser exaustiva e que pode, por conseguinte, ser alargada caso a caso.

O artigo 6.º, n.º 2 permite a discriminação com base na idade em relação ao acesso aos regimes profissionais de segurança social e aos benefícios a coberto dos mesmos, sem a necessidade de cumprir com o princípio da proporcionalidade.

Exemplo: foi no processo *Palácios de la Villa* que o TJE se pronunciou pela primeira vez sobre a questão do âmbito de aplicação do artigo 6.º, tendo-lhe sido solicitado que ponderasse a sua aplicação no contexto das idades de reforma obrigatórias.⁸⁰ Tendo concluído que a idade de reforma obrigatória se inscrevia de facto no âmbito de aplicação do artigo 6.º, o TJE ponderou depois se tal poderia ser objectivamente justificado. O TJE considerou relevantes as seguintes questões:

- em primeiro lugar, a medida fora instaurada, na origem, para criar oportunidades no mercado de trabalho num contexto económico caracterizado por um elevado nível de desemprego;
- em segundo lugar, a medida transitória fora comprovadamente adoptada a instâncias das associações sindicais e patronais, a fim de promover uma melhor distribuição do trabalho entre as gerações;
- em terceiro lugar, a lei 14/2005 foi novamente promulgada com a cooperação das associações sindicais e patronais, desta vez com um pedido expresso no sentido de a medida estar “ligada a objectivos coerentes com a política de emprego, expressos na convenção colectiva”;
- em quarto lugar, a convenção colectiva estabelecia expressamente que a cláusula de reforma obrigatória servia os interesses da promoção do emprego.

Tendo ponderado estes factores, o TJE concluiu que, quando “reinserida no seu contexto, a disposição transitória ... pretende, portanto, regular o mercado nacional do emprego, designadamente, para travar o desemprego”. Nesta base, o TJE decidiu que a convenção colectiva prosseguia um objectivo legítimo. Tendo reconhecido a legitimidade do objectivo em causa, faltava ao TJE aferir se a medida era “apropriada e necessária” para atingir esse objectivo. O TJE reiterou

80 TJE, *Palacios de la Villa* c. *Cortefiel Servicios SA*, Pº C-411/05 [2007] Colect. I-8531, 16 de Outubro de 2007.

que os Estados-Membros dispõem de uma ampla margem de apreciação no domínio da política social e de emprego, e que isto implica que as “disposições específicas ... podem variar consoante a situação dos Estados-Membros”. O que se afigurava fundamental é que os interessados beneficiassem de uma pensão de reforma “cujo nível não pudesse ser considerado desrazoável”. Igualmente relevante era o facto de as disposições em causa terem sido determinadas por convenções colectivas entre as organizações sindicais e patronais, dotando o processo de um nível de flexibilidade que permitia que a decisão de passar à reforma tivesse em conta o mercado de trabalho em causa e os requisitos específicos do lugar em questão. Nesta conformidade, o TJE declarou que a medida transitória, que afectava o Sr. Palacios, e a convenção colectiva eram objectivamente justificadas e, como tal, compatíveis com as exigências da legislação da UE. A abordagem sublinhada pelo TJE é a de que o artigo 6.º deve ser considerado da mesma forma que a justificação objectiva o é a coberto dos outros motivos de protecção contra a discriminação, conforme se viu acima.

Exemplo: no processo *MacCulloch*, no Reino Unido, foi solicitado ao tribunal que se pronunciasse sobre a situação dos regimes de indemnização por despedimento em que os pagamentos são reforçados em função da idade e do tempo de serviço.⁸¹ Tal disposição tinha obviamente como consequência que os empregados mais velhos, com tempos de serviço mais longos, tinham direito a indemnizações por despedimento muito superiores aos dos empregados mais novos e com menos tempo de casa. O Tribunal de Recurso do Reino Unido reconheceu que, em princípio, tal situação poderia ser objectivamente justificada como um meio de compensar a lealdade dos empregados mais antigos, oferecendo-lhes pagamentos superiores para ter em conta a sua vulnerabilidade no mercado de trabalho, bem como um incentivo aos empregados mais velhos para passarem à reforma, deixando o acesso livre para empregados mais jovens. Contudo, foram igualmente fornecidas orientações sobre como deveria ser abordada a questão da justificação objectiva, com a indicação expressa de que a questão da proporcionalidade exige uma análise exaustiva antes de se poder chegar a conclusões sobre a justificação objectiva.

Exemplo: no processo *Hütter*, o TJE foi instado a pronunciar-se sobre uma referência relativa a uma lei austríaca segundo a qual a experiência de trabalho adquirida antes de completar 18 anos de idade não poderia ser tida em conta

81 Tribunal de Recurso do Trabalho (Reino Unido), *MacCulloch c. Imperial Chemical Industries plc* [2008] IRLR 846, 22 de Julho de 2008.

para efeitos de cálculo do ordenado. Hütter e uma colega haviam feito um estágio profissional na Technische Universität Graz (TUG), findo o qual fora oferecido a ambos um contrato de três meses. Com base na legislação em questão, o pagamento efectuado ao Sr. Hütter, que tinha pouco mais de 18 anos de idade, foi calculado com base nos seus 6,5 meses de experiência de trabalho, ao passo que no caso da sua colega, 22 meses mais velha, o pagamento foi calculado em função dos seus 28,5 meses de experiência adquirida. Isto levou a uma diferença no pagamento mensal, embora ambos tivessem adquirido idênticos níveis de experiência.

O Sr. Hütter apresentou uma queixa, contestando o facto de a regra em questão ser mais favorável a pessoas que adquirissem a sua experiência após a idade de 18 anos. O TJE reconheceu que os principais objectivos da legislação poderiam ser considerados legítimos: 1) para não colocar pessoas que tenham frequentado o ensino secundário geral em desvantagem, comparativamente a pessoas com uma qualificação profissional; e 2) para evitar tornar os estágios mais dispendiosos e, dessa forma, promover a integração no mercado de trabalho de jovens que tenham recebido esse tipo de formação. Ciente embora da ampla margem de apreciação de que dispunha o Estado-Membro na determinação dos objectivos legítimos como sendo ou não apropriados e necessários, o TJE entendeu que não fora apresentada uma justificação objectiva, como se impunha, uma vez que a regra tinha um impacto desproporcionado nos trabalhadores mais jovens, nomeadamente nos casos em que a experiência adquirida era igual mas a idade do interessado afectava o montante da remuneração, como se verificou no caso vertente.

De assinalar que esta abordagem é coerente, também, com a posição do TEDH, que analisou à luz da CEDH a questão das diferentes idades de reforma, discutida no âmbito do processo *Stec*, no Capítulo 4.2. Neste sentido, as excepções relacionadas com a idade são compatíveis com as abordagens dos tribunais no que se refere às justificações no quadro da política social e de emprego.

Questões-chave

- Nos termos da CEDH, existe uma excepção geral à proibição da discriminação directa. Nos termos da legislação da UE, existem excepções específicas à proibição da discriminação directa, as quais são adaptadas ao contexto do emprego.
- À luz do direito comunitário e da CEDH, a discriminação indirecta é objecto de uma excepção geral ao requisito de justificação objectiva.

- O tratamento diferenciado pode ser justificado por um objectivo legítimo, sempre que os meios para o prosseguir sejam apropriados e necessários.
- Para além da excepção geral à proibição da discriminação indirecta, nos termos da legislação antidiscriminação da UE existem outras excepções, mais específicas: (i) requisitos profissionais genuínos; (ii) excepções em relação a instituições religiosas; e (iii) excepções particulares à discriminação em razão da idade.
- A discriminação com base na idade é a única característica protegida na UE em relação à qual a discriminação directa pode ser objectivamente justificada.

Leitura adicional

Bamforth e O’Cinneide, *Discrimination Law: Theory and Context* (Londres, Sweet and Maxwell, 2008), Capítulos 4, 5, 6, 8.

Barnard, *EC Employment Law* (Oxford, Oxford University Press, 2009), Capítulos 6, 7, 8, 9, 10.

Bercusson, *European Labour Law* (Cambridge, Cambridge University Press, 2009), Capítulos 10, 11, 22.

Dubout, “L’interdiction des discriminations indirectes par la Cour européenne des droits de l’homme: rénovation ou révolution? Epilogue dans l’affaire D.H. et autres c. République tchèque, Cour européenne des droits de l’homme (Grande Chambre), 13 novembre 2007”, 75 *Revue trimestrielle des droits de l’homme* (2008).

Ellis, *EU Anti-Discrimination Law* (Oxford, Oxford University Press, 2005), Capítulo 6.

ERRC/Interights/MPG, *Strategic Litigation of Race Discrimination in Europe: from Principles to Practice* (Nottingham, Russell Press, 2004), Anexo 5.

Fredman, *Discrimination Law* (Oxford, Oxford University Press, 2001), Capítulo 4.

Heyden e von Ungern-Sternberg, “Ein Diskriminierungsverbot ist kein Fördergebot – Wider die neue Rechtsprechung des EGMR zu Art. 14 EMRK”, *Europäische Grundrechte-Zeitschrift* (2009).

Interights, *Non-Discrimination in International Law* (Londres, Interights, 2005), Capítulos 3 e 4.

Marguénaud, “L’affaire Burden ou l’humiliation de la fratrie: Cour européenne des droits de l’homme (Gde Ch.), Burden et Burden c. Royaume Uni, 29 avril 2008”, 78 *Revue trimestrielle des droits de l’homme* (2009).

Mowbray, *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights* (Oxford, Hart Publishing, 2004), Capítulo 7.

Rede europeia de peritos legais no domínio da Não-Discriminação, *Beyond Formal Equality: Positive Action under Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC* (Luxemburgo, Serviço das Publicações Oficiais da União Europeia, 2007).

Rede europeia de peritos legais no domínio da Não-Discriminação, *The Limits and Potential of the Concept of Indirect Discrimination* (Luxemburgo, Serviço das Publicações Oficiais da União Europeia, 2008).

Rede europeia de peritos legais no domínio da Não-Discriminação, *Beyond formal equality: positive action under Directives 2000/43/EC and 2000/78* (Luxemburgo, Serviço das Publicações Oficiais da União Europeia, 2007) – também disponível em francês e alemão.

Rede europeia de peritos legais no domínio da Não-Discriminação, *Age Discrimination and European Law* (Luxemburgo, Serviço das Publicações Oficiais da União Europeia, 2005) – também disponível em francês e alemão.

Rede europeia de peritos legais no domínio da Não-Discriminação, *Religion and Belief in Employment* (Luxemburgo, Serviço das Publicações Oficiais da União Europeia, 2006) – também disponível em francês e alemão.

Schiek, Waddington and Bell (eds.), *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law* (Oxford, Hart Publishing, 2007), Capítulos 2, 3 e 7.

3

O âmbito de aplicação da legislação europeia antidiscriminação

3.1. Introdução

Embora a legislação europeia antidiscriminação proíba a discriminação directa e indirecta, esta proibição abrange, no entanto, apenas determinados contextos. Na UE, a legislação antidiscriminação foi introduzida para facilitar o funcionamento do mercado interno e, como tal, cingiu-se ao domínio do emprego. Com a introdução, em 2000, da Directiva relativa à igualdade racial, o âmbito de aplicação daquela legislação foi alargado, passando a incluir o acesso a bens e serviços, bem como o acesso ao sistema público de segurança social, na premissa de que, para garantir a igualdade de tratamento no emprego, se impunha também assegurar a igualdade noutras áreas, susceptíveis de terem impacto no emprego. A Directiva relativa à igualdade de tratamento entre homens e mulheres no acesso a bens e serviços foi, então, introduzida para alargar o âmbito da igualdade entre homens e mulheres no acesso a bens e serviços. Contudo, a Directiva relativa à igualdade de tratamento entre homens e mulheres no emprego, de 2000, que proíbe a discriminação com base na orientação sexual, numa deficiência, na religião ou nas convicções, aplica-se unicamente no contexto do emprego. Como se viu no Capítulo 1.1.2, o alargamento da protecção destas características ao contexto do acesso a bens e serviços, bem como ao sistema de segurança social está presentemente a ser considerado pelos órgãos legislativos.

Em contrapartida, o artigo 14.º da CEDH prevê a igualdade no gozo dos direitos substantivos garantidos pela CEDH. Além disso, o Protocolo 12 à CEDH, que entrou em vigor em 2005, alarga o âmbito da proibição de discriminação de modo a cobrir qualquer direito garantido a nível nacional, mesmo quando tal não recaia no âmbito

de um direito previsto na CEDH. Todavia, o Protocolo foi subscrito por apenas 17 dos 47 países membros do CdE, entre os quais seis Estados-Membros da UE. Significa isto que entre os Estados-Membros da UE existem diferentes níveis de obrigações perante a legislação europeia antidiscriminação.

O presente capítulo vai definir o âmbito de aplicação da legislação europeia antidiscriminação. Começa com uma apresentação geral do âmbito de aplicação do artigo 14.º e do Protocolo 12 da CEDH bem como do método adoptado pelo TEDH para determinar o seu campo de aplicação. Analisam-se em seguida determinados domínios substantivos abrangidos pelas directivas antidiscriminação, com a indicação de quando os mesmos correspondem a um domínio igualmente abrangido pelo artigo 14.º. Por último, apresenta-se uma panorâmica dos domínios em que a CEDH se aplica para além dos contextos específicos do direito comunitário, como no domínio da execução da lei e da “esfera pessoal”.

3.2. Quem goza de protecção ao abrigo da legislação europeia antidiscriminação?

Há um ponto prévio a assinalar no que se refere aos beneficiários de protecção a coberto da legislação da UE e da CEDH. A CEDH garante protecção a todos quantos se encontram sob a jurisdição de um país membro, quer sejam cidadãos ou não, e mesmo para além do território nacional, nas zonas sob controlo efectivo desse Estado (como sejam territórios ocupados).⁸² Em contrapartida, a protecção ao abrigo da legislação da UE tem um âmbito mais limitado. No direito comunitário, a proibição de discriminação em razão da nacionalidade aplica-se no contexto da livre circulação de pessoas e diz respeito apenas a cidadãos dos Estados-Membros da UE. Além disso, as directivas antidiscriminação prevêem várias exclusões do seu âmbito de aplicação relativas a nacionais de países terceiros (NPT). Um NPT é um indivíduo que é cidadão de um Estado que não integra a UE.

As directivas antidiscriminação excluem expressamente do seu âmbito de aplicação a discriminação em razão da nacionalidade, que é objecto da Directiva relativa à livre circulação.⁸³ Nos termos desta última, apenas os cidadãos dos Estados-Membros da UE têm o direito de entrada e residência noutros Estados-Membros da UE. Após

82 TEDH, *Loizidou c. Turquia* (N.º 15318/89), 18 de Dezembro de 1996.

83 Directiva 2004/38/CE relativa ao direito de livre circulação e residência dos cidadãos da União e dos membros das suas famílias no território dos Estados-Membros, JO L 158, 30 de Abril de 2004, p. 77.

um período de cinco anos de residência legal noutro Estado-Membro da UE, um cidadão da UE passa a ter direito ao estatuto de residente permanente, que lhe confere direitos equivalentes aos da categoria de “trabalhador”. Isto não significa, obviamente, que os nacionais de outros Estados-Membros não estão protegidos pelas directivas antidiscriminação. Um homossexual alemão despedido do seu emprego na Grécia devido à sua orientação sexual, por exemplo, pode contar com a protecção concedida ao abrigo da Directiva relativa à igualdade no emprego. O que significa, simplesmente, é que, ao apresentar uma queixa por discriminação com base na nacionalidade, a vítima terá de tentar remetê-la para o domínio da discriminação em razão da origem racial ou étnica, ou contar com a protecção da Directiva relativa à livre circulação.

Tanto a Directiva relativa à igualdade racial como a Directiva relativa à igualdade no emprego estabelecem que não criam qualquer direito à igualdade de tratamento para nacionais de países terceiros (NPT) em relação às condições de entrada e residência. A Directiva relativa à igualdade no emprego dispõe ainda que não cria qualquer direito à igualdade de tratamento para os NPT em relação ao acesso ao emprego e à actividade profissional. Na Directiva relativa à igualdade racial, declara-se que esta não cobre “qualquer tratamento que decorra do estatuto jurídico dos nacionais de países terceiros”. Contudo, não parece que isto permita aos Estados-Membros excluir totalmente de protecção os NPT, uma vez que no preâmbulo se afirma que os NPT serão protegidos pela directiva, excepto no que respeita ao acesso ao emprego. A Directiva relativa à aplicação do princípio da igualdade de oportunidades e igualdade de tratamento entre homens e mulheres (reformulação) e a Directiva relativa à igualdade de tratamento entre homens e mulheres no acesso a bens e serviços não excluem da sua protecção os NPT.

Contudo, os NPT gozam do direito à igualdade de tratamento em, regra geral, as mesmas áreas que são abrangidas pelas directivas antidiscriminação nos casos em que possuem o estatuto de “residentes de longa duração”, nos termos da Directiva relativa aos nacionais de países terceiros (que exige, entre outras condições, um período de residência legal de cinco anos).⁸⁴ Além disso, a Directiva relativa ao reagrupamento familiar permite que um NPT com residência legal num Estado-Membro requeira, em certas condições, a entrada dos seus familiares nesse Estado-Membro, a fim de se reunificarem.⁸⁵

84 Directiva 2003/109/CE relativa ao estatuto dos nacionais de países terceiros residentes de longa duração, JO L 16, 23 de Janeiro de 2004, p. 44.

85 Directiva 2003/86/CE relativa ao direito ao reagrupamento familiar, JO L 251, 3 de Outubro de 2003, p. 12.

Naturalmente que estas regras ao abrigo da legislação da UE não impedem os Estados-Membros de introduzir no seu direito interno condições mais favoráveis. Além disso, como se verá no Capítulo 4.7, a jurisprudência da CEDH mostra que, embora um Estado possa considerar que a situação de um nacional e a de um não nacional não são comparáveis (e considerar permissível que sejam tratados de forma diferente em certas circunstâncias), em princípio, todos os direitos consignados na CEDH devem ser garantidos em condições de igualdade a todas as pessoas por eles abrangidas. Nesse sentido, a CEDH impõe aos países signatários obrigações em relação aos NPT que, nalguns domínios, vão além das exigências da legislação da UE.

3.3. Âmbito de aplicação da Convenção Europeia: Artigo 14.º e Protocolo n.º 12

3.3.1. Natureza da proibição de discriminação estabelecida na Convenção

O artigo 14.º garante a igualdade no “gozo dos direitos e liberdades” previstos na CEDH. O TEDH, por conseguinte, não é competente para se pronunciar sobre queixas de discriminação, a menos que recaiam no âmbito de um dos direitos protegidos pela CEDH.

Sempre que o TEDH analisa uma alegada violação do artigo 14.º, fá-lo em conjugação com um direito substantivo. Os requerentes alegam frequentemente a violação de um direito substantivo e, além disso, a violação de um direito substantivo em conjugação com o artigo 14.º. Isto é, alegam que a violação dos seus direitos, além de não cumprir com as normas exigidas por força do direito substantivo, é discriminatória também pelo facto de as pessoas que se encontram em situação comparável não terem sido sujeitas a igual desvantagem. Como se verá no Capítulo 4, é frequente o TEDH, nos casos em que conclui pela violação de um direito substantivo, não se pronunciar quanto à queixa por discriminação, sempre que entenda que a mesma implicaria a análise de uma queixa essencialmente idêntica.

A presente secção contém, em primeiro lugar, uma breve descrição dos direitos garantidos pela CEDH, e, em seguida, uma explicação de como o TEDH tem interpretado o âmbito de aplicação da CEDH para efeitos de aplicação do artigo 14.º.

3.3.1.1. Direitos abrangidos pela Convenção

Uma vez que o artigo 14.º se prende inteiramente com a discriminação baseada num dos direitos substantivos garantidos pela CEDH, necessário se torna compreender quais esses direitos abrangidos pela Convenção. A CEDH contém uma lista de direitos, na sua maioria caracterizados como “civis e políticos”; contudo, também protege determinados direitos “económicos e sociais”.

Os direitos substantivos reconhecidos pela CEDH têm um alcance excepcionalmente vasto: abrangem, por exemplo, o direito à vida, o direito ao respeito pela vida familiar e privada, e a liberdade de pensamento, consciência e religião.

Sempre que um problema de discriminação incida num domínio abrangido por um dos direitos consignados na CEDH, o TEDH analisará as queixas por alegada violação do artigo 14.º.

Trata-se de uma distinção extremamente significativa entre a legislação da UE e a CEDH, na medida em que a CEDH prevê a protecção face à discriminação em razão de matérias que a legislação antidiscriminação da UE não regula. Embora a Carta dos Direitos Fundamentais da UE obrigue a UE a respeitar o princípio da não ingerência nos direitos humanos nas medidas que toma (incluindo a proibição de discriminação), a Carta apenas se aplica aos Estados-Membros em sede de aplicação da legislação da UE. A Carta só se lhes aplica nesta circunstância restrita, pois a UE não dispõe de um aparelho administrativo nos Estados-Membros para assegurar a aplicação do direito comunitário, que compete às administrações dos Estados-Membros. Como tal, nos domínios em que os Estados-Membros não delegaram poderes na UE, a Carta não tem efeito.

Desde a introdução das directivas antidiscriminação e o alargamento da protecção ao acesso a bens e serviços e ao sistema de segurança social, diminuiu a diferença entre o âmbito da protecção oferecida ao abrigo da CEDH e o da protecção oferecida pelas directivas. Em todo o caso, podem identificar-se determinadas áreas onde a protecção prevista na CEDH supera a concedida pela legislação da UE. Essas áreas serão analisadas adiante.

3.3.1.2. Âmbito dos direitos reconhecidos pela Convenção

Nos casos em que foi chamado a pronunciar-se sobre a aplicação do artigo 14.º, o TEDH tem adoptado uma ampla interpretação do âmbito dos direitos reconhecidos pela CEDH:

- em primeiro lugar, o TEDH afirmou claramente a sua competência par analisar as alegações de violação do artigo 14.º conjuntamente com a de um direito substantivo, ainda que não tenha havido violação do direito substantivo por si só;⁸⁶
- em segundo lugar, o TEDH tem defendido que o âmbito de aplicação da CEDH vai além da mera letra dos direitos garantidos. Basta que os factos do caso tenham a ver, grosso modo, com questões protegidas nos termos da CEDH.

Exemplo: no processo *Zarb Adami c. Malta*, o requerente queixou-se de discriminação em razão do sexo, devido ao número desproporcionadamente elevado de homens chamados para prestar serviço de jurado.⁸⁷ O artigo 4.º, n.º 2, da CEDH proíbe o trabalho forçado. Contudo, o artigo 4.º, n.º 3, alínea d), estabelece que as “obrigações cívicas normais” não se incluem no conceito de “trabalho forçado”. O TEDH concluiu que, embora as “obrigações cívicas normais” não sejam abrangidas por aquele artigo (ou seja, que a CEDH não confere o direito de isenção da prestação do serviço de jurado), os factos do caso recaíram no âmbito desse direito. O TEDH baseou o seu raciocínio no facto de que o que constitui “obrigações cívicas normais” se pode tornar “anormal” quando essas obrigações são aplicadas de uma forma discriminatória.

Exemplo: no processo *E.B. c. França*, as autoridades nacionais recusaram um pedido de adopção apresentado por uma mulher lésbica que vivia com a sua companheira.⁸⁸ A requerente alegou tratar-se de violação do artigo 8.º conjuntamente com o artigo 14.º. O TEDH fez notar que o pedido que lhe era apresentado não era no sentido de determinar se o artigo 8.º, por si só, fora violado, facto que considerou relevante, pois o artigo 8.º só por si não confere o direito a constituir família ou a adoptar. O TEDH salientou, porém, que era possível uma queixa por discriminação recair no âmbito de um de-

86 Ver, por exemplo, TEDH, *Sommerfeld c. Alemanha* [GS] (N.º 31871/96), 8 de Julho de 2003.

87 TEDH, *Zarb Adami c. Malta* (N.º 17209/02), 20 de Junho de 2006.

88 TEDH, *E.B. c. França* [GS] (N.º 43546/02), 22 de Janeiro de 2008.

terminado direito, mesmo que a questão em apreço não dissesse respeito a um direito especificamente reconhecido pela CEDH. Concluiu que, uma vez que a França criara no seu direito interno o direito de adopção, os factos em causa inscreviam-se incontestavelmente no âmbito do artigo 8.º. Como base nos factos do processo, concluiu igualmente que a orientação sexual da requerente fora determinante na recusa das autoridades de a autorizar a adoptar, o que constituía tratamento discriminatório em comparação com outras pessoas solteiras a quem, nos termos da lei nacional, assistia o direito de adopção.

Exemplo: no processo *Sidabras e Džiautas c. Lituânia*, os queixosos alegaram que o seu direito ao respeito da vida privada tinha sido violado pelo facto de o Estado ter colocado um obstáculo ao seu acesso ao emprego nos serviços públicos e, em certos aspectos, ao emprego no sector privado.⁸⁹ Não existe no âmbito da CEDH a garantia de direito ao trabalho. Todavia, o TEDH concluiu que o caso se inscrevia no âmbito do artigo 8.º, uma vez que afectava grandemente a sua capacidade de desenvolver relações com o mundo exterior e lhes criava sérias dificuldades em termos de ganhar a vida, com óbvias repercussões no gozo das suas vidas privadas.⁹⁰

Exemplo: no processo *Carson e Outros c. Reino Unido*, os queixosos alegaram ter sido vítimas de discriminação por parte do governo com base na residência pelo facto de aquele não ter autorizado que os montantes das suas pensões fossem revistos em alta, na mesma base que os pensionistas residentes no Reino Unido ou nos países com que o Reino Unido concluiu um acordo bilateral na matéria.⁹¹ O TEDH concluiu que, embora a CEDH não garantia o direito a pagamentos da segurança social ou de pensões, nos casos em que o próprio Estado optou por o fazer, tal daria lugar a um interesse patrimonial, protegido nos termos do Protocolo 1, artigo 1.º.

O TEDH concluiu do mesmo modo em numerosos outros processos: que sempre que uma prestação social tenha sido atribuída, a mesma insere-se no âmbito quer

89 TEDH, *Sidabras e Džiautas c. Lituânia* (N.ºs 55480/00 e 59330/00), 27 de Julho de 2004.

90 *Ibid.*, n.º 48.

91 TEDH, *Carson e Outros c. Reino Unido* [GS] (N.º 42184/05), 16 de Março de 2010.

do Protocolo 1, artigo 1.⁹² (porque é considerado propriedade)⁹³ quer do artigo 8.^º (porque afecta a vida familiar ou privada),⁹⁴ para efeitos de aplicação do artigo 14.^º. Isto é particularmente importante em relação à discriminação em razão da nacionalidade, analisada acima, na secção 3.1.2, uma vez que a legislação da UE é muito mais restritiva neste aspecto.

3.3.1.3. Protocolo n.º 12

O Protocolo n.º 12 proíbe a discriminação no “gozo de qualquer direito reconhecido por lei” e tem, portanto, um âmbito de aplicação mais vasto que o artigo 14.^º, que incide apenas nos direitos garantidos pela CEDH. No comentário sobre o significado destas expressões constante no Relatório Explicativo do Conselho da Europa, afirma-se que esta disposição diz respeito aos casos em que a discriminação ocorre ou é praticada:

- “i. no gozo de qualquer direito assegurado a um indivíduo pela legislação nacional;
- ii. no gozo de um direito que possa ser inferido de uma obrigação clara de uma autoridade pública prevista na legislação nacional, isto é, quando a autoridade pública está obrigada, pela legislação nacional, a comportar-se de uma maneira específica;
- iii. por uma autoridade pública no exercício de seu poder discricionário (por exemplo, na concessão de subsídios);
- iv. por qualquer outra acção ou omissão de uma autoridade pública (por exemplo, o comportamento de agentes encarregados da execução da lei no controle de um motim).”⁹⁵

92 Pode aceder a uma análise exaustiva do Protocolo 1, artigo 1.^º, no sítio Web do CdE Human Rights Education for Legal Professionals (Formação em direitos humanos para profissionais da justiça): Grgić, Mataga, Longar e Vilfan, *The right to property under the ECHR*, Human Rights Handbook, N.º 10, 2007, disponível em: www.coehelp.org/course/view.php?id=54.

93 Por exemplo, TEDH, *Stec e Outros c. Reino Unido* [GS] (N.ºs 65731/01 e 65900/01), 12 de Abril de 2006 (pagamentos de pensões e prestações de invalidez); TEDH, *Andrejeva c. Letónia* [GS] (N.º 55707/00), 18 de Fevereiro de 2009 (pagamentos de pensões); TEDH, *Koua Poirrez c. França* (N.º 40892/98), 30 de Setembro de 2003 (prestações de doença e incapacidade); TEDH, *Gaygusuz c. Áustria* (N.º 17371/90), 16 de Setembro de 1996 (subsídio de desemprego).

94 Por exemplo, TEDH, *Weller c. Hungria* (N.º 44399/05), 31 de Março de 2009 (abono de família).

95 Protocolo N.º 12 à Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (ETS N.º 177), Relatório Explicativo, n.º 22. Disponível em: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/177.htm>.

Afirma-se ainda no referido comentário que o Protocolo, embora proteja principalmente as pessoas contra a discriminação exercida pelas autoridades públicas, também incide nas relações entre particulares, que em condições normais devem supostamente ser reguladas pelo Estado, por exemplo, a recusa arbitrária de acesso ao emprego, ou a recusa de acesso a restaurantes, ou a serviços que um particular ponha à disposição do público, como cuidados médicos ou serviços de utilidade pública, como água e electricidade.⁹⁶ Em termos gerais, o Protocolo n.º 12 proíbe a discriminação nos contextos que não decorrem da esfera estritamente pessoal, nos casos em que indivíduos exercem funções que os colocam em posição de decidir como devem ser fornecidos os bens e serviços públicos disponíveis.

No único processo analisado pelo TEDH à luz do artigo 1.º do Protocolo 12, *Sejdić e Finci c. Bósnia-Herzegovina*, descrito no Capítulo 4.6, o TEDH afirmou que este instrumento introduz uma proibição geral de discriminação. Declarou igualmente que a análise dos casos de discriminação seria idêntica à estabelecida pelo TEDH ao abrigo do artigo 14.º.

3.4. Âmbito de aplicação das directivas antidiscriminação da UE

Nos termos das directivas antidiscriminação, a proibição de discriminação é extensiva a três domínios: emprego, sistema previdencial, e acesso a bens e serviços. Actualmente, a Directiva relativa à igualdade racial é aplicável aos três domínios. Embora esteja em estudo legislação destinada a tornar a Directiva relativa à igualdade no emprego extensiva aos três domínios, de momento esta directiva aplica-se unicamente ao contexto do emprego. A Directiva relativa à aplicação do princípio da igualdade de oportunidades e igualdade de tratamento entre homens e mulheres (reformulação) e a Directiva relativa à igualdade de tratamento entre homens e mulheres no acesso a bens e serviços aplicam-se ao contexto do emprego e ao do acesso a bens e serviços mas não ao do acesso ao sistema previdencial.

3.4.1. Emprego

A protecção contra a discriminação no domínio do emprego é extensiva a todas as características protegidas previstas nas directivas antidiscriminação.

⁹⁶ *Ibid.*, n.º 28.

3.4.1.1. Acesso ao emprego

O conceito de “acesso ao emprego” tem sido interpretado amplamente pelo TJE.

Exemplo: no processo *Meyers c. Adjudication Officer*, o TJE defendeu que o conceito de acesso ao emprego “não respeita apenas às condições existentes antes do nascimento de uma relação de trabalho” mas também a todos os factores influentes que devem ser tidos em consideração antes de um indivíduo tomar a decisão de aceitar ou não uma oferta de emprego.⁹⁷ No processo *Meyers*, a concessão de uma determinada prestação social (ligada aos rendimentos) era passível de se inscrever neste domínio. Isto porque o candidato seria influenciado pelo facto de ter direito a receber a referida prestação, ou não, ao ponderar a decisão de aceitar o emprego. Por conseguinte, tal ponderação tivera impacto no acesso ao emprego.

Exemplo: no processo *Schnorbus c. Land Hessen*, a queixosa candidatou-se a um estágio de formação necessário para obter um emprego na magistratura.⁹⁸ Segundo a lei do país, era necessário passar um exame nacional, seguido de um período de formação e de um segundo exame. A queixosa passara o primeiro exame mas fora-lhe recusado um estágio de formação alegadamente por não existirem vagas. A sua entrada foi por conseguinte adiada até à próxima série de estágios disponível. A queixosa alegou ter sido vítima de discriminação pelo facto de ter sido concedida prioridade aos candidatos do sexo masculino que haviam concluído o serviço militar. O TJE constatou que a legislação nacional que regula a data de admissão ao estágio de formação se inscrevia no âmbito do conceito de “acesso ao emprego”, uma vez que o período de formação em causa era, ele próprio, considerado “emprego”, tanto por direito próprio como enquanto parte do processo de admissão a um lugar nos serviços judiciais.

3.4.1.2. Condições de emprego, incluindo o despedimento e a remuneração

Também neste caso, o TJE aplicou um entendimento amplo na interpretação do que se inscreve neste domínio. Isto levou, em última análise, a que qualquer condição decorrente da relação de trabalho seja considerado como estando inserida nesta categoria.

97 TJE, *Meyers c. Adjudication Officer*, P.º C-116/94 [1995] Collect. I-2131, 13 de Julho de 1995.

98 TJE, *Schnorbus c. Land Hessen*, P.º C-79/99 [2000] Collect. I-10997, 7 de Dezembro de 2000.

Exemplo: no processo *Meyers*, a queixosa, uma mãe solteira, alegou ter sido vítima de discriminação indirecta em razão do sexo devido ao método utilizado para calcular a elegibilidade de uma mãe ou de um pai solteiro para receber a prestação do “family credit”.⁹⁹ Coube ao TJE clarificar se a prestação do “family credit” (um benefício do Estado) era uma questão ligada apenas à segurança social, ou se constituía uma condição de emprego. Importante na determinação de tal consideração foi o facto de o TJE ter tido em conta que o “family credit” em questão era pago quando as seguintes três condições se encontrassem preenchidas: os rendimentos do requerente não ultrapassarem um determinado montante; o requerente ou o seu parceiro exercerem uma actividade remunerada; e o requerente ou o seu parceiro ter a seu cargo uma criança. O TJE decidiu que a Directiva relativa à aplicação do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres (agora substituída pela Directiva relativa à aplicação do princípio da igualdade de oportunidades e igualdade de tratamento entre homens e mulheres (reformulação)) não pode ser considerada inaplicável pela única razão de o benefício em questão fazer parte de um sistema de segurança social. Foi adoptada não essa, mas uma abordagem mais abrangente, em que se analisou se o benefício era concedido por associação a uma relação de trabalho. No caso vertente, para beneficiar do sistema do “family credit”, a requerente teve de prova de que ela ou o seu parceiro exercia uma actividade remunerada. Esta exigência de estabelecer uma relação de trabalho fez entrar o sistema do “family credit” na categoria de condição de emprego.

Ao aplicar uma tão ampla definição do conceito de condições de emprego e trabalho, o TJE foi levado a concluir que a disponibilização de infantários no local de trabalho¹⁰⁰ e a redução do tempo de trabalho também se inseriam neste âmbito.¹⁰¹

O TJE tem igualmente adoptado uma abordagem bastante inclusiva em relação às questões do despedimento e da remuneração. No que toca ao âmbito dos despedimentos, refira-se que este abrange quase todas as situações em que a relação de trabalho é terminada. Tem-se defendido que tal inclui, por exemplo, os casos em que a relação de trabalho é terminada no quadro de um regime de incentivo

99 TJE, *Meyers c. Adjudication Officer*, Pº C-116/94 [1995] Colect. I-2131, 13 de Julho de 1995.

100 TJE, *Lommers c. Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij*, Pº C-476/99 [2002] Colect. I-2891, 19 de Março de 2002.

101 TJE, *Jämställhetsombudsmannen c. Örebro läns landsting*, Pº C-236/98 [2000] Colect. I-2189, 30 de Março de 2000.

ao despedimento voluntário,¹⁰² ou em que a relação de trabalho termina mercê da passagem à reforma obrigatória.¹⁰³

O conceito de “remuneração” foi definido no artigo 157.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia como sendo “o salário ou vencimento ordinário, de base ou mínimo, e quaisquer outras regalias pagas, directa ou indirectamente, em dinheiro ou em espécie, pela entidade patronal ao trabalhador em razão do emprego deste último”. Isto abrange uma ampla variedade de benefícios que um trabalhador recebe pelo facto de ter entrado numa relação de trabalho. O âmbito desta definição tem sido tido em consideração em diversos processos submetidos à apreciação do TJE, e tem-se considerado que o mesmo abrange todas as regalias associadas a um emprego, nomeadamente, viagens de comboio a preços reduzidos,¹⁰⁴ subsídios de expatriação,¹⁰⁵ subsídio de Natal,¹⁰⁶ e pensões profissionais.¹⁰⁷ Essencialmente, o que se procura na determinação de uma questão se inscrever ou não no âmbito do conceito de “remuneração” é uma qualquer forma de benefício decorrente da existência de uma relação de trabalho.

3.4.1.3. Acesso à orientação e formação profissionais

A questão da definição de “orientação e formação profissionais” foi objecto da atenção do TJE no contexto da livre circulação de pessoas.¹⁰⁸ O TJE tem adoptado uma definição ampla.

Exemplo: no processo *Gravier*, uma estudante de nacionalidade francesa pretendia estudar banda desenhada na Académie de Beaux-Arts, em Liège.¹⁰⁹ Foi-lhe cobrada uma taxa de inscrição, contrariamente ao que se

102 TJE, *Burton c. British Railways Board*, P.º 19/81 [1982] Colect. 555, 16 de Fevereiro de 1982.

103 TJE, *Palacios de la Villa c. Cortefiel Servicios SA*, P.º C-411/05 [2007] Colect. I-8531, 16 de Outubro de 2007.

104 TJE, *Garland c. British Rail Engineering Limited*, P.º 12/81 [1982] Colect. 455, 9 de Fevereiro de 1982.

105 TJE, *Sabbatini c. Parlamento Europeu*, P.º 20/71 [1972] Colect. 345, 7 de Junho de 1972.

106 TJE, *Lewen c. Denda*, P.º C-333/97 [1999] Colect. I-7243, 21 de Outubro de 1999.

107 TJE, *Barber c. Guardian Royal Exchange Assurance Group*, P.º C-262/88 [1990] Colect. I-1889, 17 de Maio de 1990.

108 Nos termos do artigo 7.º, n.º 3, do Regulamento (CEE) N.º 1612/68 relativo à livre circulação dos trabalhadores na Comunidade (JO L 271, 19 de Dezembro de 1968, p. 2), um trabalhador beneficia “de acesso ao ensino nas escolas profissionais e nos centros de readaptação ou de reconversão”, sem estar sujeito a condições menos favoráveis quando comparado com os trabalhadores nacionais.

109 TJE, *Gravier c. Ville de Liège e Outros*, P.º 293/83 [1985] Colect. 593, 13 de Fevereiro de 1985.

verificava com os estudantes do país. O TJE declarou, a respeito do conceito de formação profissional, o seguinte:

“Qualquer forma de ensino que prepare para uma qualificação para uma profissão, ofício ou emprego específico, ou que confira particular aptidão para exercer essa profissão, ofício ou emprego, enquadra-se no ensino profissional, seja qual for a idade e o nível de formação dos estudantes, e mesmo que o programa inclua uma parte de educação geral.”

Exemplo: esta definição foi aplicada no processo *Blaizot*, em que o(a) queixoso(a) se candidatou a um curso de medicina veterinária.¹¹⁰ O TJE concluiu que, regra geral, os estudos universitários se inscrevem igualmente no conceito de “formação profissional”, mesmo nos casos em que a qualificação final concedida no fim do programa de formação não confira directamente a qualificação exigida para uma profissão, ofício ou emprego específico. Bastaria que o programa em questão facultasse os conhecimentos, formação ou competências exigidas no âmbito de uma profissão, ofício ou emprego específico. Assim, nos casos em que determinados ofícios não requerem uma qualificação formal, ou em que o curso universitário não constitui, em si, a qualificação formal para entrada numa profissão, tal facto não impede o programa de ser considerado “formação profissional”. As únicas excepções a isto são “certos ciclos de estudos específicos que, pelas suas características próprias, se dirigem a pessoas que pretendem mais aprofundar os seus conhecimentos gerais do que aceder à vida profissional”.

3.4.1.4. Organizações sindicais ou patronais

Trata-se aqui não apenas da filiação e da participação em organizações sindicais ou patronais, mas também do envolvimento das pessoas no seio dessas organizações. Segundo orientações emitidas pela Comissão Europeia, as disposições neste domínio visam garantir que não haja qualquer discriminação em termos de filiação ou de benefícios que tais entidades proporcionem.¹¹¹

110 TJE, *Blaizot e Outros c. Université de Liège e Outros*, P.º 24/86 [1988] Colect. 379, 2 de Fevereiro de 1988.

111 Proposta de Directiva do Conselho que aplica o princípio da igualdade de tratamento entre as pessoas sem distinção de raça ou origem étnica, COM(1999) 566 final, 25 de Novembro de 1999.

3.4.1.5. A Convenção europeia e o contexto do emprego

Embora a CEDH não garanta, ela própria, o direito ao emprego, o seu artigo 8.º tem sido interpretado, em certas circunstâncias, como abrangendo o domínio do emprego. No processo *Sidabras e Džiautas c. Lituânia*, acima referido, foi considerado que a interdição de acesso ao emprego no sector público e partes do sector privado imposta pelo governo a anteriores agentes do KGB se inscrevia no âmbito do artigo 8.º conjuntamente com o artigo 14.º, uma vez que afectava grandemente a sua capacidade de desenvolver relações com o mundo exterior e lhes criava sérias dificuldades em termos de ganhar a vida, com óbvias repercussões no gozo das suas vidas privadas.¹¹² De igual modo, no processo *Bigaeva c. Grécia*, foi defendido que o artigo 8.º pode igualmente abranger o domínio do emprego, de modo a incluir o direito de acesso a uma profissão.¹¹³

Também o TEDH proíbe a discriminação em razão da filiação num sindicato. Além disso, o direito de formar sindicatos é garantido como um direito autónomo na CEDH.¹¹⁴

Exemplo: no processo *Danilenkov e Outros c. Rússia*, os queixosos alegaram ter sido vítimas de assédio e tratamento menos favorável por parte do seu empregador em razão da sua filiação num sindicato.¹¹⁵ As acções cíveis que intentaram junto dos tribunais nacionais foram rejeitadas, visto só se poder alegar discriminação em acções penais. Contudo, o delegado do Ministério Público recusou-se a avançar com acções penais, pois o grau de prova exigido implicava que o Estado demonstrasse para lá de qualquer dúvida que a discriminação fora praticada intencionalmente por um dos directores da empresa. O TEDH concluiu que a ausência, na lei nacional, de efectiva protecção judicial da liberdade de associação sindical constituía violação do artigo 11.º conjuntamente com o artigo 14.º.

112 TEDH, *Sidabras e Džiautas c. Lituânia* (N.ºs 55480/00 e 59330/00), 27 de Julho de 2004, CEDH 2004-VIII.

113 TEDH, *Bigaeva c. Grécia* (N.º 26713/05), 28 de Maio de 2009.

114 Por exemplo, TEDH, *Demir e Baykara c. Turquia* (N.º 34503/97), 12 de Novembro de 2008.

115 TEDH, *Danilenkov e Outros c. Rússia* (N.º 67336/01), 30 de Julho de 2009.

3.4.2. Acesso ao sistema previdencial e a formas de segurança social

De entre as directivas antidiscriminação, apenas a Directiva relativa à igualdade racial prevê uma ampla protecção contra a discriminação no acesso ao sistema previdencial e a outras formas de segurança social. Isto abrange o acesso a benefícios em espécie mantidos “em comum” pelo Estado, como sejam os sistemas de saúde, educação e segurança social. Contudo, também a Directiva relativa à igualdade de tratamento entre homens e mulheres em matéria de segurança social proíbe qualquer discriminação em razão do sexo no âmbito mais restrito da “segurança social”.

3.4.2.1. Protecção social, incluindo a segurança social e os cuidados de saúde

O âmbito exacto deste domínio caracteriza-se por alguma incerteza, na medida em que não se encontra explicado na Directiva relativa à igualdade racial e, por enquanto, não foi interpretado através da jurisprudência do TJE. Como se viu acima, a Directiva relativa à igualdade de tratamento entre homens e mulheres em matéria de segurança social prevê a igualdade de tratamento entre homens e mulheres no acesso aos “regimes legais de segurança social”.¹¹⁶ O artigo 1.º, n.º 3, define estes como regimes que asseguram uma protecção contra os riscos de doença, invalidez, velhice, acidente de trabalho, doença profissional e desemprego, bem como “assistência social na medida em que se destine[m] a completar os regimes referidos ... ou a substituí-los”.

Não é inteiramente claro o que se entende por “protecção social”, embora a Exposição de Motivos da proposta da Comissão sobre a Directiva relativa à igualdade racial, bem como a formulação da directiva propriamente dita, dêem a entender que se trata de um conceito mais abrangente que o de “segurança social”.¹¹⁷ Dada a amplitude pretendida da disposição, deve subentender-se que qualquer benefício, seja sob que forma for, concedido pelo Estado, económico ou em espécie, na medida em que não se inserir na categoria de segurança social, se insere na categoria de protecção social. Nesse sentido, é muito provável que haja sobreposição entre os diferentes domínios de aplicação da Directiva relativa à igualdade racial.

¹¹⁶ Em oposição aos regimes “profissionais”, classificados como “remuneração” na Directiva relativa à aplicação do princípio da igualdade de oportunidades e igualdade de tratamento entre homens e mulheres (reformulação).

¹¹⁷ Proposta de Directiva do Conselho que aplica o princípio da igualdade de tratamento entre as pessoas sem distinção de raça ou origem étnica, COM(1999) 566 final, 25 de Novembro de 1999.

Também no domínio dos cuidados de saúde, o âmbito da protecção em relação à discriminação permanece pouco claro. Dir-se-ia que incide no acesso aos cuidados de saúde públicos, no ponto em que são prestados, como, por exemplo, tratamentos efectuados por pessoal administrativo ou médico. Presumivelmente, aplica-se igualmente aos seguros, nos casos em que os cuidados de saúde são prestados pelo sector privado mas os pacientes são reembolsados através de um sistema de seguros obrigatório. Dir-se-ia, neste caso, que a recusa de segurar um indivíduo ou a cobrança de um prémio superior em razão da raça ou origem étnica recai no âmbito desta disposição. Em alternativa, recairia no âmbito da disposição sobre o acesso a bens e serviços.

3.4.2.2. Regalias sociais

O âmbito das “regalias sociais” encontra-se bem desenvolvido na jurisprudência do TJE, mais concretamente no quadro da legislação em matéria de livre circulação de pessoas, tendo-lhe sido atribuída uma definição extremamente abrangente.

Exemplo: no processo *Cristini*, a queixosa era uma cidadã italiana que vivia com os seus filhos em França e cujo marido, já falecido, fora “trabalhador” na acepção da legislação da UE.¹¹⁸ Os caminhos-de-ferro franceses facultavam passes de viagem a preços bonificados a famílias numerosas, mas recusaram um tal passe à Sra. Cristini em razão da sua nacionalidade. Argumentaram que as “regalias sociais” na acepção do direito comunitário eram apenas as decorrentes de um contrato de emprego. O TJE discordou, concluindo que o conceito deve englobar todas as vantagens sociais, independentemente de qualquer contrato de trabalho, incluindo os passes de comboio a preços reduzidos.

O TJE, no processo *Even*, definiu “regalias sociais” como sendo vantagens:

*“relacionadas ou não com um contrato de trabalho, que são geralmente reconhecidas aos trabalhadores nacionais em razão, principalmente, da sua qualidade objectiva de trabalhadores ou pelo simples facto da sua residência normal no território nacional e cuja extensão aos trabalhadores nacionais de outros Estados-Membros se mostra, portanto, susceptível de facilitar a sua mobilidade no interior da Comunidade”.*¹¹⁹

118 TJE, *Cristini c. Société nationale des chemins de fer français (SNCF)*, P.^o 32/75 [1975] Colect. 1085, 30 de Setembro de 1975.

119 TJE, *Ministério Público c. Even*, P.^o 207/78 [1979] Colect. 2019, 31 de Maio de 1979, n.^o 22.

O conceito aplica-se a praticamente a todos os direitos, contanto que se enquadrem na definição *Even*: não existe distinção entre um direito concedido em termos absolutos e os direitos concedidos numa base discricionária. Além disso, a definição não exclui os direitos concedidos após o termo da relação laboral e considerados regalias sociais, como o direito a uma pensão.¹²⁰ Basicamente, no contexto da livre circulação, uma regalia social tem a ver com qualquer vantagem susceptível de ajudar o trabalhador migrante a integrar-se na sociedade do país de acolhimento. Os tribunais têm sido bastante liberais na determinação de certas matérias como constituindo regalias sociais. São disso exemplos:

- o pagamento de um “empréstimo de nascimento” isento de juros. Apesar de a lógica por detrás do empréstimo ser a de estimular a reprodução, o TJE considerou tratar-se de uma regalia social, visto aquele ser encarado como um meio de aliviar os encargos financeiros de famílias com baixos rendimentos;¹²¹
- a atribuição de uma bolsa a coberto de um acordo cultural, para ajudar trabalhadores nacionais a estudar no estrangeiro;¹²²
- o direito de um indivíduo a que uma acção penal em que é arguido se processe na língua do seu país de origem.¹²³

3.4.2.3. Educação

A protecção contra a discriminação no acesso ao ensino começou por ser desenvolvida no contexto da livre circulação de pessoas, nos termos do artigo 12.º do Regulamento 1612/68, destinando-se em particular aos filhos dos trabalhadores. Haverá presumivelmente uma sobreposição entre o domínio da educação e o da formação profissional. Não é claro se, no âmbito da educação, se incluem também os cursos de ensino superior não incluídos no âmbito da formação profissional e que se destinam apenas a aprofundar os conhecimentos gerais.

120 TJE, *Comissão c. França*, Pº C-35/97 [1998] Colect. I-5325, 24 de Setembro de 1998.

121 TJE, *Reina c. Landeskreditbank Baden-Württemberg*, Pº 65/81 [1982] Colect. 33, 14 de Janeiro de 1982.

122 TJE, *Matteucci c. Communauté française de Belgique*, Pº 235/87 [1988] Colect. 5589, 27 de Setembro de 1988.

123 TJE, *Ministério Público c. Mutsch*, Pº 137/84 [1985] Colect. 2681, 11 de Maio de 1985.

Exemplo: no processo *Casagrande c. Landeshauptstadt München*, a queixosa era filha de um cidadão italiano que trabalhava na Alemanha.¹²⁴ As autoridades alemãs pagavam aos trabalhadores uma bolsa mensal de subsistência destinada aos filhos em idade escolar, a fim de promover a frequência escolar. O TJE defendeu que quaisquer medidas dirigidas a promover a frequência escolar se inscreviam no âmbito da educação.

3.4.2.4. A Convenção europeia e o contexto da protecção social e da educação

Embora o direito à segurança social não esteja previsto na CEDH, a jurisprudência do TEDH mostra-nos claramente que existem formas de segurança social, como os pagamentos de benefícios e as pensões, que se inscrevem no âmbito do artigo 1.º do Protocolo 1 ou do artigo 8.º daquela Convenção.¹²⁵

Embora o direito aos cuidados de saúde não esteja contemplado na CEDH, o TEDH tem defendido que as questões relativas aos cuidados de saúde, como o acesso aos registos médicos,¹²⁶ se inscrevem no âmbito do artigo 8.º ou do artigo 3.º nos casos em que a falta de acesso à saúde é de tal forma grave que constitui tratamento desumano ou degradante.¹²⁷ Poderá, pois, argumentar-se que as queixas relativas a discriminação no acesso aos cuidados de saúde recaem no âmbito do artigo 14.º.

Não é claro se o acesso a regalias sociais sob a forma de benefícios em espécie, como passes de viagem, se insere no âmbito da CEDH; contudo, a generosa interpretação do artigo 8.º por parte do TEDH sugere que pode ser esse o caso, em particular quando os benefícios em causa visam favorecer a família no seu conjunto.

O Protocolo 1, artigo 2.º, da CEDH prevê um direito autónomo à educação e, nessa conformidade, o TEDH considera que as queixas de discriminação no domínio da educação se inserem no âmbito do artigo 14.º. A discriminação em razão da educação à luz da CEDH é analisada no processo *D.H. e Outros c.*

124 TJE, *Casagrande c. Landeshauptstadt München*, P.º 9/74 [1974] Collect. 773, 3 de Julho de 1974.

125 Ver em especial os seguintes processos: TEDH, *Andrejeva c. Letónia* [GS] (N.º 55707/00), 18 de Fevereiro de 2009; TEDH, *Gaygusuz c. Áustria* (N.º 17371/90), 16 de Setembro de 1996; e TEDH, *Koua Poirrez c. França* (N.º 40892/98), 30 de Setembro de 2003, todos analisados no Capítulo 4.7.

126 TEDH, *K.H. e Outros c. Eslováquia* (N.º 32881/04), 28 de Abril de 2009.

127 TEDH, *Slawomir Musiał c. Polónia* (N.º 28300/06), 20 de Janeiro de 2009.

República Checa,¹²⁸ no Capítulo 2, secção 3.1, e no processo *Oršuš e Outros c. Croácia*,¹²⁹ no Capítulo 5, secção 3.

3.4.3. Acesso ao fornecimento de bens e serviços, incluindo a habitação

A protecção contra a discriminação no domínio do acesso ao fornecimento de bens e serviços, incluindo a habitação, aplica-se em razão da raça, através da Directiva relativa à igualdade racial, e em razão do sexo, através da Directiva relativa à igualdade de tratamento entre homens e mulheres no acesso a bens e serviços. O artigo 3º, n.º 1º do Preâmbulo da Directiva relativa à igualdade de tratamento entre homens e mulheres no acesso a bens e serviços confere mais precisão a esta disposição, ao declarar que a mesma respeita a todos os bens e serviços “disponíveis ao público”, independentemente da pessoa em causa, tanto no sector público como no privado, nomeadamente organismos públicos e “oferecidos fora do domínio da vida privada e familiar e das transacções efectuadas neste contexto”. Exclui expressamente, no para. 13 do Preâmbulo e no artigo 3º, n.º 3, a aplicação ao “conteúdo dos meios de comunicação ou da publicidade” e ao “ensino público ou privado”. Esta última exclusão não é estreita, porém, o âmbito de aplicação da Directiva relativa à igualdade racial, que abrange expressamente a educação. A Directiva relativa à igualdade de tratamento entre homens e mulheres no acesso a bens e serviços também remete para o artigo 57.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, que estabelece o seguinte:

“Para efeitos do disposto nos Tratados, consideram-se «serviços» as prestações realizadas normalmente mediante remuneração ...

Os serviços compreendem designadamente:

- a) Actividades de natureza industrial;*
- b) Actividades de natureza comercial;*
- c) Actividades artesanais;*
- d) Actividades das profissões liberais.”*

Dir-se-ia, pois, que este domínio abrange qualquer contexto em que é fornecido um bem ou prestado um serviço normalmente mediante remuneração,

¹²⁸ TEDH, *D.H. e Outros c. República Checa* [GS] (N.º 57325/00), 13 de Novembro de 2007.

¹²⁹ TEDH, *Oršuš e Outros c. Croácia* [GS] (N.º 15766/03), 16 de Março de 2010.

contanto que tal não ocorra num contexto inteiramente pessoal, e com exclusão do ensino público e privado.

A jurisprudência dos órgãos nacionais sugere que isto abrange situações como a de ter acesso a, e o nível de serviço recebido em, bares,¹³⁰ restaurantes e discotecas,¹³¹ lojas,¹³² compra de seguros,¹³³ bem como os actos de vendedores “particulares”, como criadores de cães.¹³⁴ Embora os cuidados de saúde estejam especificamente contemplados na Directiva relativa à igualdade racial, podem igualmente inserir-se no âmbito dos serviços, nomeadamente quando se trata de cuidados de saúde prestados pelo sector privado ou nos casos em que as pessoas devem obrigatoriamente subscrever um seguro de doença para cobrir os custos com a saúde. Nesse sentido, o TJE tem interpretado os serviços no contexto da livre circulação de serviços como abrangendo os cuidados de saúde prestados mediante remuneração por uma entidade com fins lucrativos.¹³⁵

A Directiva relativa à igualdade racial não define o conceito de “habitação”. Contudo, sugere-se que este deve ser interpretado à luz do direito internacional em matéria de direitos humanos, nomeadamente no que se refere ao direito de todas as pessoas ao respeito do seu domicílio, nos termos do artigo 7.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e do artigo 8.º da CEDH (dado que todos os Estados-Membros da UE são parte na CEDH e que a UE irá futuramente aderir

130 Autoridade para a Igualdade de Tratamento (Hungria), P.º N.º 72, Abril de 2008. Versão sumária em língua inglesa disponível em FRA Infoportal, P.º 322-1; Rede europeia de peritos legais no domínio da não-discriminação, 8 (Julho de 2009) *European Anti-Discrimination Law Review*, p. 49.

131 Tribunal Supremo (Suécia), *Escape Bar and Restaurant c. Provedoria contra a Discriminação Étnica* T-2224-07, 1 de Outubro de 2008. Versão sumária em língua inglesa disponível em FRA InfoPortal, P.º 365-1; Rede europeia de peritos legais no domínio da não-discriminação, 8 (Julho de 2009) *European Anti-Discrimination Law Review*, p. 68.

132 Bezirksgericht Döbling (Áustria), GZ 17 C 1597/05f-17, 23 de Janeiro de 2006. Versão sumária em língua inglesa disponível em FRA InfoPortal, P.º 1-1. Texto original: <http://infoportal.fra.europa.eu/InfoPortal/caselawDownloadFile.do?id=1>.

133 Tribunal de Recurso de Nimes (França), *Lenormand c. Balenci*, N.º 08/00907 de 6 de Novembro de 2008 e Secção penal do Tribunal de Cassação francês, N.º M 08-88.017 e N.º 2074 de 7 de Abril de 2009. Versão sumária em língua inglesa disponível em: Rede europeia de peritos legais no domínio da não-discriminação, 9 (Dezembro de 2009) *European Anti-Discrimination Law Review*, p. 59.

134 Tribunal de Recurso Sueco, *Provedoria contra a Discriminação em razão da Orientação Sexual c. A.S.*, P.º N.º T-3562-06, 11 de Fevereiro de 2008. Versão sumária em língua inglesa disponível em: Rede europeia de peritos legais no domínio da não-discriminação, 8 (Julho de 2009) *European Anti-Discrimination Law Review*, p. 69.

135 TJE, *Kohll c. Union des Caisses de Maladie*, P.º C-158/96, [1998] Colect. I-1931, 28 de Abril de 1998; TJE, *Peerbooms c. Stichting CZ Groep Zorgverzekeringen*, P.º C-157/99 [2001] Colect. I-5473, 12 de Julho de 2001; e TJE, *Müller Fauré c. Onderlinge Waarborgmaatschappij*, P.º C-385/99 [2003] Colect. I-4509, 13 de Maio de 2003.

à mesma), e ao direito a uma habitação condigna, previsto no artigo 11.º do Pacto Internacional da ONU sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais (de que todos os Estados-Membros são signatários). O TEDH tem interpretado o direito à habitação em sentido lato, de modo a incluir habitações móveis, como caravanas e reboques, mesmo em situações em que se encontrem em local ilegal.¹³⁶ Segundo o Comité para os Direitos Económicos, Sociais e Culturais da ONU, a habitação condigna deve preencher um conjunto de requisitos, designadamente, ser de qualidade suficiente para garantir a protecção contra os elementos climáticos, corresponder às necessidades culturais dos residentes (e portanto incluir veículos, caravanas, acampamentos e outras estruturas amovíveis), estar ligada aos serviços de utilidade pública e de saneamento, bem como a outros serviços públicos e a oportunidades de trabalho através de uma infra-estrutura adequada. Deve ainda incluir protecção adequada contra despejo forçado ou sumário, e ser economicamente acessível.¹³⁷ Este entendimento do conceito de habitação figura igualmente na abordagem adoptada pela Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia (FRA) no seu relatório de síntese intitulado *The State of Roma and Traveller Housing in the European Union: Steps Towards Equality* (Condições de habitação dos Roma e dos Travellers na União Europeia: medidas a favor da igualdade).¹³⁸

Sendo adoptada esta abordagem, o acesso à habitação deve incluir não apenas a garantia de igualdade de tratamento por parte dos senhorios públicos e privados e dos agentes imobiliários na decisão quanto ao aluguer ou venda de propriedades a determinadas pessoas, mas também o direito à igualdade de tratamento na forma como a habitação é atribuída (o que não se verifica quando é atribuída habitação de baixa qualidade ou de localização remota a determinados grupos étnicos), mantida (o que não se verifica quando não se procede à manutenção de propriedades habitadas por determinados grupos) e alugada (o que não se verifica quando existe falta de garantia de continuidade ou são cobrados preços de aluguer ou exigidos depósitos mais elevados a determinados grupos).

Exemplo: na Bélgica, um senhorio foi condenado penalmente e multado nos termos do direito civil por se ter recusado a alugar espaço para habitação a pessoas de origem congoleza. Apesar de lhe terem sido apresentadas

136 TEDH, *Buckley c. Reino Unido* (N.º 20348/92), 25 de Setembro de 1996.

137 Comité para os Direitos Económicos, Sociais e Culturais da ONU, “Comentário Geral N.º 4: O direito humano a uma habitação condigna (Art.11.º, n.º 1)” Doc. NU E/1992/23, 13 de Dezembro de 1991.

138 FRA, *The State of Roma and Traveller Housing in the European Union: Steps Towards Equality*, Relatório de síntese (Viena, FRA, Março de 2010).

referências satisfatórias de anteriores senhorios bem como provas de rendimentos adequados, o senhorio recusou-se a concluir o acordo com base no facto de, anteriormente, ter tido problemas estrangeiros no tocante ao pagamento.¹³⁹

3.4.3.1. A Convenção europeia e o contexto dos bens e serviços, incluindo a habitação

O TEDH tem interpretado o artigo 8.º como incluindo casos relacionados com actividades susceptíveis de ter consequências para a vida privada, incluindo relações de carácter económico e social. O TEDH tem adoptado também uma ampla abordagem na interpretação do direito ao respeito do domicílio, nos termos do artigo 8.º. Como se viu, isto inclui alojamento fixo menos “convencional”, como caravanas e autocaravanas. Os casos de habitação social caracterizada por condições particularmente más, que se traduzem em privações para os residentes durante um período de tempo prolongado, têm igualmente sido considerados pelo TEDH com constituindo tratamento desumano.

Exemplo: no processo *Moldovan e Outros c. Roménia* (n.º 2), os requerentes haviam sido expulsos de suas casas, as quais foram depois demolidas em circunstâncias particularmente traumáticas.¹⁴⁰ O processo de reconstrução das casas foi particularmente moroso, e o alojamento que lhes foi concedido no entretanto de qualidade particularmente baixa. O TEDH considerou que as condições de vida dos requerentes nos dez anos anteriores, sobretudo o ambiente gravemente superlotado e anti-higiénico e os seus efeitos nocivos na saúde e bem-estar dos requerentes, a par do longo período durante o qual tiveram de viver em tais condições e da atitude geral das autoridades, lhes teriam causado um sofrimento mental considerável, diminuindo por conseguinte a sua dignidade humana e suscitando neles sentimentos de humilhação e rebaixamento.

Tal constatação, a par de outros factores, levou o TEDH a concluir que houvera tratamento degradante, em violação do artigo 3.º da CEDH, se bem que a linguagem utilizada pelo TEDH na formulação da sua opinião supra sugira

¹³⁹ Correctionele Rechtbank van Antwerpen (Bélgica), Decisão de 6 de Dezembro de 2004. Versão sumária em língua inglesa disponível em: FRA InfoPortal, P.º 15-1, texto original em: <http://infoportal.fra.europa.eu/InfoPortal/caselawDownloadFile.do?id=15>.

¹⁴⁰ TEDH, *Moldovan e Outros c. Roménia* (N.º 2) (N.ºs 41138/98 e 64320/01), 12 de Julho de 2005.

que as condições vividas em termos de alojamento teriam sido suficientes, por si só, para fundamentar tal conclusão.¹⁴¹

Exemplo: no processo *Đokić c. Bósnia-Herzegovina*, o requerente alegou violação do seu direito de propriedade.¹⁴² Antes da desintegração da ex-Jugoslávia, o requerente fora leitor numa escola militar e membro das forças armadas do país. Comprara um apartamento em Sarajevo mas, com o deflagrar da guerra na Bósnia-Herzegovina e a transferência da sua escola militar para a actual Sérvia, o requerente acompanhara a escola, alistando-se nas forças armadas da actual Sérvia. Findo o conflito, as autoridades recusaram-se a restituir-lhe o apartamento por ele ter estado ao serviço de forças armadas estrangeiras. A nível nacional, isto foi considerado justificado com base na premissa de que o requerente era um cidadão “desleal” por ter servido em forças armadas estrangeiras que haviam participado em operações militares na Bósnia-Herzegovina. Embora não apreciando o caso expressamente à luz do artigo 14.º da CEDH, o TEDH considerou que a decisão fora tomada exclusivamente com base na origem étnica do requerente (visto o serviço em determinadas forças armadas ser indicativo da origem étnica do sujeito), sobretudo porque não podia ser demonstrado que o requerente tivesse efectivamente cometido quaisquer actos de deslealdade para além de ter formalmente integrado as referidas forças armadas. O TEDH considerou igualmente que, na ausência de restituição, a falta de compensação ou de alojamento alternativo constituía uma violação desproporcionada do direito de propriedade do requerente.

3.4.4. Acesso à justiça

Embora o acesso à justiça não figure expressamente nas directivas antidiscriminação como constituindo um exemplo de bens e serviços, poder-se-á dizer que se inscreve nesse âmbito na medida em que o sistema judicial representa um serviço prestado ao público pelo Estado mediante remuneração. As directivas antidiscriminação exigem aos Estados-Membros, no mínimo, que instaurem procedimentos judiciais e/ou administrativos que permitam às pessoas

¹⁴¹ A jurisprudência do TEDH estabelece que, em certas circunstâncias, o tratamento discriminatório pode constituir tratamento degradante. Ver, por exemplo, TEDH, *Smith e Grady c. Reino Unido* (N.ºs 33985/96 e 33986/96), 27 de Setembro de 1999.

¹⁴² TEDH, *Đokić c. Bósnia-Herzegovina* (N.º 6518/04), 27 de Maio de 2010.

fazer valer os seus direitos por força das directivas.¹⁴³ Além disso, um dos princípios consagrados na legislação da UE é o de que as pessoas devem gozar do “direito à protecção judicial efectiva” dos direitos que derivam do ordenamento jurídico comunitário.¹⁴⁴ Assim, mesmo que se não possa dizer que os “bens e serviços” incluem o “acesso à justiça”, poderá certamente dizer-se que o acesso à justiça existe enquanto direito autónomo (dispensa a exigência de fazer prova da discriminação) em relação à execução das próprias directivas.

3.4.4.1. A Convenção europeia e o contexto do acesso à justiça

Existe à luz da CEDH um direito de acesso à justiça garantido como direito autónomo, no contexto do direito a um julgamento equitativo, nos termos do artigo 6.º. O TEDH tem-se pronunciado sobre diversos processos relacionados com discriminação no acesso à justiça.

Exemplo: no processo *Paraskeva Todorova c. Bulgária*, a recusa do tribunal nacional de suspender a sentença proferida contra a requerente, acompanhada de observações de que era necessário combater a cultura de impunidade prevalecte entre as minorias étnicas, foi considerada como constituindo violação do artigo 6.º conjuntamente com o artigo 14.º.¹⁴⁵

Exemplo: no processo *Moldovan e Outros c. Roménia* (n.º 2), descrito acima, considerou-se que a morosidade excessiva na resolução dos processos penais e cíveis (demorou sete anos até ser proferida a primeira decisão) constituíam violação do artigo 6.º.¹⁴⁶ Concluiu-se que os atrasos se ficaram a dever a um elevado número de erros processuais, que, a par da atitude discriminatória dominante das autoridades em relação aos requerentes Roma, constituíam igualmente violação do artigo 6.º em conjunto com o artigo 14.º.

143 Artigo 9.º, n.º 1, Directiva relativa à igualdade no emprego; artigo 17.º, n.º 1, Directiva relativa à aplicação do princípio da igualdade de oportunidades e igualdade de tratamento entre homens e mulheres (reformulação); artigo 8.º, n.º 1, Directiva relativa à igualdade de tratamento entre homens e mulheres no acesso a bens e serviços; artigo 7.º, n.º 1, Directiva relativa à igualdade racial.

144 Ver, por exemplo, TJE, *Vassilakis e Outros c. Dimos Kerkyras*, P.º C-364/07 [2008] Colect. I-90, 12 de Junho de 2010; TJE, *Sahlstedt e Outros c. Comissão*, P.º C-362/06 [2009] Colect. I-2903, 23 de Abril de 2009; TJE, *Angelidaki e Outros c. Organismos Nomarkhiaki Aftodiikisi Rethimnis*, P.º C-378/07 [2009] Colect. I-3071, 23 de Abril de 2009.

145 TEDH, *Paraskeva Todorova c. Bulgária* (N.º 37193/07), 25 de Março de 2010.

146 TEDH, *Moldovan e Outros c. Roménia* (n.º 2) (N.ºs 41138/98 e 64320/01), 12 de Julho de 2005.

Exemplo: no processo *Anakomba Yula c. Bélgica*, a lei nacional que impossibilitou à requerente a obtenção de ajuda pública no financiamento de uma acção de investigação da paternidade, pelo facto de ela não ser cidadã belga, foi considerada como constituindo violação do artigo 6.º conjuntamente com o artigo 14.º.¹⁴⁷ Não se pretendeu com isso sugerir que os nacionais de países terceiros têm direito absoluto a financiamento público. No caso vertente, o TEDH foi influenciado por diversos factores, nomeadamente o facto de a requerente ter sido excluída por não possuir uma autorização de residência válida, embora na altura estivesse a tratar da renovação da sua autorização. Além disso, no seu veredicto, o TEDH foi também motivado pelo facto de que existia um impedimento de um ano em relação a processos de paternidade, o que significava que não era razoável esperar que a requerente aguardasse até ter a autorização renovada para requerer a ajuda.

3.5. Aplicação da Convenção para além da legislação da UE

Para além dos processos discutidos acima, em que a protecção ao abrigo da CEDH coincide com a garantida pelas directivas antidiscriminação, existem domínios significativos em que a CEDH concede protecção adicional.

3.5.1. A esfera “pessoal”: vida privada e familiar, adopção, domicílio e casamento¹⁴⁸

Um domínio particularmente significativo é o da vida familiar e privada, onde os Estados-Membros não conferiram à UE extensos poderes para legislar. Os processos submetidos à apreciação do TEDH nesta matéria têm envolvido a apreciação de tratamento diferenciado em relação a regras relativas à herança, ao acesso de progenitores divorciados aos filhos, e a questões de paternidade.

¹⁴⁷ TEDH, *Anakomba Yula c. Bélgica* (N.º 45413/07), 10 de Março de 2009, analisado no Capítulo 4.7.

¹⁴⁸ Encontrará uma explicação sobre o âmbito de aplicação do artigo 8.º da CEDH no sítio Web do CdE Human Rights Education for Legal Professionals: Kilkelly, *The Right to Respect for Private and Family Life*, Human Rights Handbooks, N.º 1, 2001, disponível em: www.coehelp.org/mod/resource/view.php?inpopup=true&id=1636.

Como se verá na próxima secção e no Capítulo 4, os processos *Mazurek c. França*,¹⁴⁹ *Sommerfeld c. Alemanha*¹⁵⁰ e *Rasmussen c. Dinamarca*¹⁵¹ envolveram a apreciação de tratamento diferenciado em relação a regras relativas à herança, ao acesso de progenitores divorciados aos filhos, e a questões de paternidade. O artigo 8.º é igualmente extensivo a questões de adopção. O processo *E.B. c. França*, discutido acima, ilustra também que a adopção se pode inscrever no âmbito da CEDH, ainda que o direito de adopção não esteja efectivamente previsto na CEDH. De acrescentar que o TEDH definiu o alcance geral do artigo 8.º, com referência a anterior jurisprudência, como segue:

*A noção de “vida privada” na acepção do artigo 8.º da Convenção é um conceito amplo que abrange, inter alia, o direito a estabelecer e desenvolver relações com outros seres humanos ... o direito ao “desenvolvimento pessoal” ... e o direito à autodeterminação enquanto tal. Engloba elementos como o nome ... a identificação sexual, a orientação sexual e a vida sexual, que se inserem na esfera pessoal protegida pelo artigo 8.º... e o direito ao respeito pela decisão de ter, ou não ter, um filho.*¹⁵²

O âmbito de aplicação do artigo 8.º é, pois, extremamente vasto. A CEDH também tem implicações noutros domínios, como o casamento, que é especificamente protegido nos termos do artigo 12.º.

Exemplo: no processo *Muñoz Díaz c. Espanha*, a requerente celebrara o casamento com o seu cônjuge segundo os costumes dos Roma. Contudo, o acto não cumprira com os requisitos da lei nacional e, como tal, o casamento não fora oficialmente celebrado.¹⁵³ Em todo o caso, a requerente fora tratada pelas autoridades como se fosse casada, no que respeita aos documentos de entidade que lhe foram emitidos, aos benefícios pagos e aos registos inscritos na sua “cédula familiar”. Por morte do cônjuge, a requerente procurou reclamar do Estado uma pensão de sobrevivência, que, todavia, lhe foi recusada pelo facto de que, perante a lei, o seu casamento não fora válido. O TEDH concluiu que, uma vez que o Estado tratara a requerente como se o seu casamento fosse válido, a sua situação era comparável à de outros cônjuges de “boa-fé” (aqueles cujo

149 TEDH, *Mazurek c. França* (N.º 34406/97), 1 de Fevereiro de 2000.

150 TEDH, *Sommerfeld c. Alemanha* [GS] (N.º 31871/96), 8 de Julho de 2003.

151 TEDH, *Rasmussen c. Dinamarca* (N.º 8777/79), 28 Novembro de 1984.

152 TEDH, *E.B. c. França* [GS] (N.º 43546/02), 22 de Janeiro de 2008, n.º 43.

153 TEDH, *Muñoz Díaz c. Espanha* (N.º 49151/07), 8 de Dezembro de 2009.

casamento, por razões técnicas, não é válido mas que eles crêem ser), a quem assistiria o direito à pensão de sobrevivência. Reconhecendo embora que não houve discriminação na recusa de considerar o casamento como sendo válido (tendo em conta o artigo 12.º juntamente com o artigo 14.º), o TEDH considerou que houve discriminação na recusa de tratar a requerente nas mesmas condições que os outros cônjuges de boa-fé e de lhe conceder a pensão (tendo em conta o o artigo 1.º do Protocolo nº1 à Convenção, juntamente com o artigo 14.º).

Assim, embora a protecção da dignidade humana na sua essência exija normalmente uma margem de apreciação mais estreita por parte do TEDH, esta teve de ser equilibrada face à preocupação de proteger outros, em situação de vulnerabilidade, cujos direitos eram susceptíveis de ser desrespeitados.

Exemplo: o processo *Sommerfeld c. Alemanha* envolveu a legislação alemã sobre a regulação do poder paternal.¹⁵⁴ Nos termos da lei nacional, não sendo os progenitores casados, a mãe era autorizada a negar ao pai o acesso ao filho. Nessa situação, o pai via-se obrigado a recorrer ao tribunal para impugnar tal recusa. O governo argumentou que a lei não era discriminatória, uma vez que, normalmente, os pais de filhos nascidos fora do casamento manifestavam pouco interesse pelos filhos. O TEDH constatou que a margem de apreciação do Estado seria particularmente estreita nos casos relativos ao direito de acesso dos progenitores aos filhos. Declarou, além disso, que teriam de ser apresentadas razões de muito peso antes que uma diferença de tratamento em razão do nascimento fora ou dentro do matrimónio pudesse ser considerada compatível com a CEDH. E, ainda, que o mesmo era verdade no respeitante a diferenças de tratamento do pai de uma criança nascida de uma relação em que os progenitores tivessem vivido juntos sem ser casados, comparativamente ao pai de uma criança nascida de uma relação assente no casamento. O TEDH entendeu que a justificação do governo não era de molde a justificar o referido tratamento diferenciado.

No caso supra, o TEDH considerou que os interesses do pai iam de par com os da criança – isto é, era do interesse da criança ter contacto com o pai. Contudo, nos casos em que os interesses da criança colidem potencialmente com os

¹⁵⁴ TEDH, *Sommerfeld c. Alemanha* [GS] (N.º 31871/96), 8 de Julho de 2003, n.º 93. Sobre factos muito semelhantes: TEDH, *Sahin c. Alemanha* [GS] (N.º 30943/96), 8 de Julho de 2003. Ver também TEDH, *Mazurek c. França* (N.º 34406/97), 1 de Fevereiro de 2000, também relacionado com o tratamento diferenciado de crianças nascidas fora do casamento, abordado no Capítulo 4 (características protegidas).

do pai, o TEDH reconhece ao Estado uma margem de apreciação mais ampla na determinação de qual a melhor forma de proteger a criança.

Exemplo: no processo *Rasmussen c. Dinamarca*, um pai queixou-se de que as disposições relativas aos prazos de prescrição o impediam de apresentar uma acção de impugnação de paternidade.¹⁵⁵ O TEDH considerou que tais restrições configuravam tratamento diferenciado em razão do sexo, mas que eram justificadas. Prosseguiram o objectivo legítimo de dar à criança segurança e certeza quanto à sua situação, impedindo o pai de, num momento futuro da vida da criança, abusar da possibilidade de contestar a paternidade. Atendendo à pouca uniformidade verificada entre as posições dos Estados signatários da CEDH relativamente a esta questão, o TEDH conferiu ao Estado uma ampla margem de apreciação, considerando justificado o tratamento diferenciado.

3.5.2. Participação política: liberdade de expressão, reunião e associação, e direito a eleições livres

Um dos principais objectivos do Conselho da Europa é a promoção da democracia. Isto está bem patente num grande número dos direitos consignados na CEDH que promovem a participação política. Embora a legislação da UE confira um conjunto limitado de direitos nesta matéria (nomeadamente, o direito dos cidadãos da UE a votarem nas eleições municipais e nas eleições para o Parlamento Europeu), a CEDH contém garantias mais amplas, que prevêm não só o direito de voto e de elegibilidade nas eleições mas também direitos acessórios, como a liberdade de expressão e a liberdade de reunião e associação.

Exemplo: no processo *Bączkowski e Outros c. Polónia*, acima discutido, a recusa por parte do Presidente da Câmara de autorizar a realização de uma marcha destinada a sensibilizar a opinião pública sobre a discriminação em razão da orientação sexual, a par de declarações de natureza homofóbica emitidas publicamente pelo mesmo, foi considerada como constituindo uma violação do direito à liberdade de associação (artigo 11.º) bem como do artigo 14.º¹⁵⁶

¹⁵⁵ TEDH, *Rasmussen c. Dinamarca* (N.º 8777/79), 28 de Novembro de 1984.

¹⁵⁶ TEDH, *Bączkowski e Outros c. Polónia* (N.º 1543/06), 3 de Maio de 2007.

O direito à liberdade de associação tem também sido entendido como incluindo a defesa da constituição de partidos políticos, matéria a que o TEDH tem conferido um elevado nível de protecção contra a ingerência.¹⁵⁷ De igual modo, como se verá no Capítulo 4, secção 8, qualquer violação do direito à liberdade de expressão no contexto do debate político é objecto de um rigoroso controlo.¹⁵⁸

3.5.3. Controlo da aplicação da lei

Para além de garantirem o direito substantivo à vida (artigo 2.º) e o direito a não ser submetido a torturas nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes (artigo 3.º), os artigos 2.º e 3.º da CEDH estabelecem também o dever do Estado de investigar as circunstâncias em que tenham ocorrido privação da vida ou tais tratamentos. Nos processos *Nachova e Outros* e *Turan Cakir*, o TEDH declarou que as obrigações do Estado incluíam especificamente o dever de instaurar um inquérito sobre possíveis motivações racistas por detrás das violações dos artigos 2.º e 3.º, e que a não observância dessa obrigação constituía uma violação dos referidos artigos em conjunto com o artigo 14.º.¹⁵⁹

Exemplo: no processo *Turan Cakir c. Bélgica*, o queixoso alegou ter sido espancado por agentes da polícia durante a sua detenção - o que lhe causara lesões graves e persistentes -, a par de ameaças e insultos racistas.¹⁶⁰ O TEDH considerou que a violência infligida violara o direito do(a) queixoso(a) a não ser submetido a tratamentos desumanos ou degradantes (por força do artigo 3.º da CEDH). Considerou igualmente que o facto de o Estado não ter investigado adequadamente as queixas de maus-tratos do queixoso constituía uma infracção às obrigações processuais do Estado por força desse mesmo artigo. O TEDH entendeu, ainda, que essa falta de investigação por parte do Estado constituía uma violação do artigo 3.º bem como do direito a não ser objecto de discriminação, uma vez que o Estado tinha o dever de investigar não só as alegações de maus-tratos mas também as alegações de que tais maus-tratos eram, por si só, discriminatórios, porque motivados por racismo.

157 Por ex., TEDH, *Partido Socialista e Outros c. Turquia* (N.º 21237/93), 25 de Maio de 1998.

158 TEDH, *Castells c. Espanha* (N.º 11798/85), 23 de Abril de 1992.

159 TEDH, *Nachova e Outros c. Bulgária* [GS] (N.ºs 43577/98 e 43579/98), 6 de Julho de 2005; TEDH, *Turan Cakir c. Bélgica* (N.º 44256/06), 10 de Março de 2009; de igual modo, TEDH, *Šečić c. Croácia* (N.º 40116/02), 31 Maio de 2007.

160 TEDH, *Turan Cakir c. Bélgica* (N.º 44256/06), 10 de Março de 2009.

Exemplo: o processo *Nachova e Outros c. Bulgária* envolveu dois Roma que foram mortalmente alvejados quando fugiam da polícia militar, que procurava detê-los por porque se tinham ausentado do lugar onde cumpriam o serviço militar.¹⁶¹ Na altura do incidente, dirigindo-se a um vizinho das vítimas, o agente que as matou gritara “Malditos ciganos!”. O TEDH considerou que o Estado violara o direito à vida das vítimas (nos termos do artigo 2.º da CEDH), do ponto de vista não apenas substantivo mas também processual, pelo facto de não ter procedido a um inquérito efectivo sobre as circunstâncias da sua morte. Concluiu-se que essa não investigação configurava igualmente uma violação do artigo 2.º bem como do direito a não ser objecto de discriminação, uma vez que o Estado tinha o dever de investigar especificamente possíveis motivações discriminatórias.

Embora ambos estes casos tenham envolvido actos por parte de pessoal do Estado, o dever do Estado de intervir a fim de proteger as pessoas da prática de crimes, bem como de investigar os crimes perpetrados, aplica-se igualmente em relação a actos de particulares.

Exemplo: no processo *Membros da Congregação das Testemunhas de Jeová de Gldani e Outros c. Geórgia*,¹⁶² um grupo de Testemunhas de Jeová foi atacado por um grupo ultra-ortodoxo. Apesar de ter sido informada, a polícia não interveio para impedir a violência. A investigação que se seguiu foi descontinuada após a polícia ter afirmado não ser possível estabelecer a identidade dos agressores. O TEDH considerou que o facto de a polícia não ter intervindo para proteger as vítimas de violência racial e a posterior ausência de um inquérito adequado constituíram uma violação do artigo 3.º (o direito a não ser submetido a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes) e do artigo 9.º (o direito à liberdade de religião) conjuntamente com o artigo 14.º, uma vez que o referido acto discriminatório se ficou a dever a motivos religiosos.

Dir-se-ia que o direito comunitário poderá impor semelhantes obrigações no contexto da Decisão-Quadro do Conselho relativa à luta por via do direito penal contra

¹⁶¹ TEDH, *Nachova e Outros c. Bulgária* [GS] (Nos. 43577/98 e 43579/98), 6 de Julho de 2005.

¹⁶² TEDH, *Membros da Congregação das Testemunhas de Jeová de Gldani e Outros c. Geórgia* (N.º 71156/01), 3 de Maio de 2007.

certas formas e manifestações de racismo e xenofobia (abordada no Capítulo 4.6).¹⁶³ Contudo, a Decisão-Quadro não impõe expressamente a obrigação de investigar a existência de motivações racistas por detrás de agressões contra pessoas.

3.5.4. Questões de direito penal

Para além das matérias relativas ao controlo da aplicação da lei abordadas em 3.5.3, a CEDH incide sobre questões de direito penal no contexto de uma diversidade de direitos, nomeadamente, o direito a um processo equitativo, o direito a não ser objecto de detenção arbitrária, a proibição da punição retroactiva e da dupla incriminação, o direito à vida e o direito a não ser submetido a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes.

Exemplo: no processo *Opuz c. Turquia*, o TEDH concluiu pela existência de discriminação indirecta em razão do sexo, conjuntamente com violação do direito à vida e do direito a não ser submetido a tratamentos desumanos ou degradantes, uma vez que as autoridades policiais e judiciais faltaram à sua obrigação de tomar as medidas adequadas para assegurar o respeito das disposições legais em matéria de violência doméstica.¹⁶⁴

Exemplo: nos processos *D.G. c. Irlanda* e *Bouamar c. Bélgica* (discutidos no Capítulo 4.5), os requerentes haviam sido colocados sob detenção pelas autoridades nacionais.¹⁶⁵ Nestes casos, o TEDH considerou que, tendo embora havido violação do direito à liberdade, não ocorrera discriminação, pois o tratamento diferenciado fora justificado no interesse da protecção de menores.

¹⁶³ Decisão-Quadro 2008/913/JAI do Conselho, de 28 de Novembro de 2008, relativa à luta por via do direito penal contra certas formas e manifestações de racismo e xenofobia, JO L 328, 6 de Dezembro de 2008, p. 55. De assinalar que o TEDH reconheceu que a incitação à discriminação, ao ódio ou à violência contra um grupo de pessoas devido à sua origem ou à sua pertença, ou não, a um determinado grupo étnico, nação, raça ou religião constitui uma limitação específica da liberdade de expressão protegida pela CEDH. Ver, por exemplo: TEDH *Le Pen c. França* (Dez) (N.º 18788/09), 20 de Abril de 2010; TEDH *Féret c. Bélgica* (N.º 15615/07), 16 de Julho de 2009; TEDH *Willem c. França*, (N.º 10883/05), 16 de Julho de 2009; e TEDH *Balsytė-Lideikienė c. Lituânia* (N.º 72596/01), 4 de Novembro de 2008.

¹⁶⁴ TEDH, *Opuz c. Turquia* (N.º 33401/02), 9 de Junho de 2009.

¹⁶⁵ TEDH, *D.G. c. Irlanda* (N.º 39474/98), 16 de Maio de 2002; TEDH, *Bouamar c. Bélgica* (N.º 9106/80), 29 de Fevereiro de 1988.

Questões-chave

- As directivas antidiscriminação da UE concedem protecção unicamente aos cidadãos dos Estados-Membros da UE, ao passo que a CEDH garante protecção a todos quantos se encontram sob a jurisdição de qualquer um dos seus Estados signatários.
- Os nacionais de países terceiros gozam igualmente do direito à igualdade de tratamento em domínios sensivelmente semelhantes aos contemplados nas directivas antidiscriminação da UE, quando beneficiários do estatuto de “residente de longa duração” na acepção da Directiva relativa aos nacionais de países terceiros.
- Quando não beneficiários do estatuto de “residente de longa duração”, os nacionais de países terceiros gozam, ao abrigo das directivas antidiscriminação, de um grau limitado de protecção contra a discriminação:
 - em razão da orientação sexual, idade, deficiência, religião e convicções, no acesso à formação profissional e nas condições de trabalho. Contudo, não gozam de igualdade de tratamento no acesso ao emprego;
 - nos termos da Directiva relativa à igualdade de tratamento entre homens e mulheres no acesso a bens e serviços e da Directiva relativa à aplicação do princípio da igualdade de oportunidades e igualdade de tratamento entre homens e mulheres (reformulação), os nacionais de países terceiros gozam de protecção da discriminação em razão do sexo no acesso ao emprego e ao fornecimento de bens e serviços.
- A protecção contra a discriminação à luz das directivas antidiscriminação da UE é variável no seu alcance:
 - a raça e a origem étnica gozam da mais ampla protecção, a qual abarca desde o acesso ao emprego ao acesso ao sistema previdencial, passando pelo fornecimento de bens e serviços;
 - a discriminação em razão do sexo é proibida no contexto do acesso ao emprego, à segurança social (mais limitada que o sistema previdencial) e ao fornecimento de bens e serviços;
 - actualmente, a orientação sexual, a deficiência, a religião e as convicções e a idade são protegidas apenas no contexto do acesso ao emprego.
- A CEDH contém uma lista não exaustiva de características protegidas. Qualquer um pode invocar a CEDH perante as autoridades nacionais, os tribunais e, em última instância, o TEDH.
- Em face de uma acção que contenha alegações de discriminação, o TEDH poderá analisá-la à luz do direito substantivo invocado, exclusivamente ou em conjunto com o artigo 14.º.
- Uma acção não pode ser intentada exclusivamente ao abrigo do artigo 14.º, devendo sê-lo conjuntamente com uma reivindicação a coberto de um dos direitos substantivos reconhecidos pela CEDH. Basta que, em termos gerais, a reclamação incida no domínio abrangido pelo direito em questão.

- O protocolo 12 da CEDH estabelece um direito autónomo à não-discriminação, garantido em relação a todo e qualquer direito criado pelas lei ou prática nacionais ou delas decorrente, sendo o conceito de “discriminação” idêntico ao constante no artigo 14.º.
- A abordagem do TJE tem ido no sentido de uma interpretação muito ampla do âmbito de aplicação das disposições nesta matéria, a fim de garantir a plena observância dos direitos dos cidadãos à luz da legislação da UE.
- O âmbito da CEDH, em termos quer dos direitos substantivos que estabelece quer da forma como estes são interpretados para efeitos de aplicação do artigo 14.º, é particularmente amplo em comparação com as directivas antidiscriminação da UE.
- Algumas matérias particularmente importantes estão fora da alçada das directivas antidiscriminação, ultrapassando largamente o âmbito de competências da UE (e por conseguinte o âmbito de aplicação da Carta dos Direitos Fundamentais), entre as quais as relativas ao direito à vida familiar e privada e aos direitos associados à participação na vida política, bem como as questões de direito penal.
- Como tal, é particularmente importante as vítimas de discriminação, ao formularem a sua posição numa acção litigiosa, ponderarem cuidadosamente se as suas reivindicações se inserem no âmbito de aplicação das directivas antidiscriminação ou no da CEDH.

Leitura adicional

Bell, “Beyond European Labour Law? Reflections on the EU Racial Equality Directive”, 8.3 *European Law Journal* (2002) 384.

Boccardo, “Housing Rights and Racial Discrimination”, disponível em: Rede europeia de peritos legais no domínio da não discriminação, 9 *European Anti-Discrimination Law Review* (Dezembro de 2009) p. 21.

Brosius-Gersdorf, “Ungleichbehandlung von Imam-Ehe und Zivilehe bei der Gewährung von Sozialversicherungsleistungen in der Türkei aus völkerrechtlicher Sicht: der Fall Serfie Yigit vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte”, *Europäische Grundrechte-Zeitschrift* (2009).

Cousins, “The European Convention on Human Rights and Social Security Law”, 10.1 *Human Rights Law Review* (2010) 191.

Edel, *The prohibition of discrimination under the European Convention on Human Rights*, Human Rights Files, N.º 22, 2010.

Equinet, *Combating Discrimination in Goods and Services* (Equinet, 2004).

ERRC/Interights/MPG, *Strategic Litigation of Race Discrimination in Europe: from Principles to Practice* (Nottingham, Russell Press, 2004), Anexo 5.c.

Kapuy, "Social Security and the European Convention on Human Rights: How an Odd Couple has Become Presentable", 9.3 *European Journal of Social Security* (2007) 221.

Sanchez-Rodas Navarro, "El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la pensión de viudedad en caso de unión celebrada conforme al rito gitano", 18 *Aranzadi Social* (2009).

Sudre (ed.), *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme: actes du colloque des 9 et 10 novembre 2007* (Bruxelas: Bruylant/Nemesis, 2008).

4

Características protegidas

4.1. Introdução

As directivas antidiscriminação da União Europeia proíbem o tratamento diferenciado que tenha por base determinadas “características protegidas” e contém uma lista fixa e restrita dessas características, que incluem o sexo (Directiva relativa à igualdade de tratamento entre homens e mulheres no acesso a bens e serviços, Directiva relativa à aplicação do princípio da igualdade de oportunidades e igualdade de tratamento entre homens e mulheres (reformulação)), a orientação sexual, a deficiência, a idade e a religião ou as convicções (Directiva relativa à igualdade no emprego), e a origem racial ou étnica (Directiva relativa à igualdade racial). A CEDH, em contrapartida, contempla uma lista não exaustiva, que coincide com as directivas mas vai além delas. No artigo 14.º da CEDH, afirma-se que o gozo dos direitos e liberdades deve ser assegurado sem quaisquer distinções, tais como as baseadas “no sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou outras, a origem nacional ou social, a pertença a uma minoria nacional, a riqueza, o nascimento ou qualquer outra situação”. A categoria “outra situação” tem permitido ao TEDH contemplar, entre outras, as características que são expressamente protegidas pelas directivas antidiscriminação da UE, nomeadamente, a deficiência, a idade e a orientação sexual.

Como se disse no capítulo 1 do presente manual, o artigo 21.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia também estabelece a proibição de discriminação. A Carta vincula as instituições da

A expressão “característica protegida” designa uma característica inerente a um pessoa que não deve ser considerada relevante para justificar um tratamento diferenciado nem o reconhecimento de uma vantagem determinada.

União Europeia mas também se aplica aos seus Estados-Membros, em sede de interpretação e aplicação do direito comunitário. A referida disposição da Carta em matéria de discriminação contém uma conjugação das características protegidas tanto pela CEDH como pelas directivas antidiscriminação da UE, ainda que não inclua a característica em aberto “outra situação”.

4.2. Sexo

A discriminação em razão do sexo é um conceito que, à partida, dispensa qualquer explicação: refere-se à discriminação baseada no facto de uma pessoa ser mulher ou ser homem. Este aspecto é o que mais aprofundadamente tem sido desenvolvido no quadro da política social da UE e é considerado, há muito, um direito fundamental. O desenvolvimento da protecção com base no sexo prosseguiu uma dupla finalidade: em primeiro lugar, serviu um objectivo económico, na medida em que contribuiu para eliminar distorções da concorrência num mercado em crescimento que se tornara cada vez mais integrado; em segundo lugar, a nível político, dotou a Comunidade de uma vertente orientada para o progresso social e a melhoria das condições de vida e de trabalho. Como tal, a protecção contra a discriminação em razão do sexo tem sido, e continua a ser, uma das atribuições fundamentais da União Europeia. O reconhecimento da importância social e económica de garantir a igualdade de tratamento ficou ainda mais cristalizado face à prioridade atribuída ao respeito desse princípio na Carta dos Direitos Fundamentais. À semelhança dos actos legislativos da UE, também no quadro da CEDH a protecção contra a discriminação em razão do sexo se encontra bem desenvolvida.

Embora os casos de discriminação em função do sexo envolvam, normalmente, mulheres que recebem um tratamento menos favorável do que os homens, nem sempre é isso que se verifica.

Exemplo: no processo *Defrenne c. Sabena*, a requerente apresentou queixa pelo facto de receber uma remuneração inferior à dos seus colegas do sexo masculino, embora exercessem funções idênticas.¹⁶⁶ O TJE considerou tratar-se claramente de um caso de discriminação em razão do sexo. Na sua sentença, o TJE destacou a dimensão socioeconómica da União, assinalando que a luta contra a discriminação contribui para o progresso da UE na via da realização dos objectivos nesse domínio.

¹⁶⁶ TJE, *Defrenne c. Sabena*, P.^o 43/75 [1976] Collect. 455, 8 de Abril de 1976.

No processo *Bilka*, discutido acima, o TJE foi confrontado com uma situação de tratamento diferenciado baseado em considerações de gestão por parte da entidade patronal, que justificou a exclusão dos trabalhadores a tempo parcial do regime profissional de pensões da empresa como sendo um meio de incentivar o trabalho a tempo inteiro e, assim, assegurar o adequado preenchimento das necessidades de pessoal. No caso em apreço, o TJE não declarou expressamente se considerava a referida exclusão dos trabalhadores a tempo parcial uma medida proporcionada em relação ao tratamento diferenciado a que aqueles haviam sido sujeitos. Foi, porém, mais explícito no caso que se segue.

Exemplo: no processo *Hill e Stapleton*, o governo introduziu na função pública um regime de trabalho partilhado, segundo o qual dois funcionários podiam partilhar, em regime de tempo parcial, um posto de trabalho a tempo inteiro, trabalhando 50% das horas desse posto de trabalho e recebendo 50% do salário correspondente ao mesmo.¹⁶⁷ Os trabalhadores mantinham o direito de voltar a ocupar o seu lugar a tempo inteiro no final do período durante o qual haviam optado pelo trabalho partilhado, desde que existissem vagas. As regras previam que os trabalhadores a tempo inteiro subissem anualmente um escalão na tabela de vencimentos. No caso dos trabalhadores a tempo partilhado, porém, os aumentos eram reduzidos a metade, sendo que dois anos de trabalho partilhado correspondiam a um ano para efeitos de subida de escalão. Após retomarem o seu posto de trabalho a tempo inteiro, ambas as requerentes no caso em apreço contestaram a forma como haviam sido classificadas para efeitos de subida de escalão na tabela de remunerações. O TJE considerou tratar-se de discriminação indirecta em razão do sexo, atendendo a que as mulheres constituem a maioria dos trabalhadores em regime de tempo partilhado. O governo argumentou que o tratamento diferenciado se justificava, uma vez que tinha por base o princípio segundo o qual a progressão salarial era calculada por referência à duração do trabalho efectivamente cumprido. O TJE considerou que tal afirmação constituía uma simples generalidade não justificada por critérios objectivos (na medida em que não existiam provas de que o tempo de serviço de outros trabalhadores tivesse sido calculado com base no número de horas efectivamente cumpridas). O TJE declarou ainda que “uma entidade patronal não pode justificar uma discriminação que resulta de um regime de trabalho a tempo partilhado apenas pela razão de que a eliminação dessa discriminação implicaria um aumento de custos”.

167 TJE, *Hill e Stapleton c. The Revenue Commissioners e Department of Finance*, P.^o C-243/95 [1998] Colect. I-3739, 17 de Junho de 1998.

Dir-se-ia, pois, que o TJE não aceitará facilmente justificações de tratamento discriminatório em razão do sexo baseadas simplesmente em considerações de natureza financeira ou de gestão por parte da entidade patronal.

Exemplo: no processo *Ünal Tekeli c. Turquia*, a requerente apresentou queixa pelo facto de a lei nacional obrigar a mulher, ao casar, a adoptar o apelido do marido.¹⁶⁸ Embora a lei autorizasse a mulher a manter o seu apelido de solteira, além do do marido, o TEDH considerou que a referida obrigação constituía discriminação em razão do sexo, uma vez que a lei nacional não obrigava o marido a alterar o seu nome.

Exemplo: no processo *Zarb Adami c. Malta*, o requerente alegou que o facto de ter sido chamado a prestar serviço de jurado constituía discriminação, uma vez que a prática segundo a qual as listas de jurados são constituídas conduz inexoravelmente a que os homens tenham maior probabilidade de ser chamados.¹⁶⁹ De acordo com as estatísticas, mais de 95% dos jurados ao longo de um período de cinco anos haviam sido homens. O TEDH concluiu que, uma vez que os homens e as mulheres têm uma situação comparável em termos das suas obrigações cívicas, tal facto constituía discriminação.

A identidade de género prende-se com a experiência íntima e pessoal do género de cada pessoa, que pode ou não corresponder ao sexo atribuído à nascença, incluindo a consciência pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou funções corporais por meios médicos, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de género, incluindo o vestuário, o modo de falar e maneirismos.¹⁷⁰

O conceito de “sexo” também tem sido interpretado de modo a abranger situações em que o tratamento discriminatório tem a ver com o “sexo” do queixoso num sentido mais abstracto, permitindo alguma protecção restrita da identidade sexual ou de género.

Assim, a definição mais amplamente aceite de identidade de género abrange não apenas os que são submetidos a cirurgia para mudança de sexo (“transexuais”), mas também os que optam por outras formas de expressar o seu género, como

168 TEDH, *Ünal Tekeli c. Turquia* (N.º 29865/96), 16 de Novembro de 2004.

169 TEDH, *Zarb Adami c. Malta* (N.º 17209/02), 20 de Junho de 2006.

170 Esta definição, amplamente aceite, é retirada dos “Princípios de Yogyakarta sobre a Aplicação da Legislação Internacional em matéria de Direitos Humanos em relação à Orientação Sexual e à Identidade de Género”, Março de 2007, disponíveis em: www.yogyakartaprinciples.org/principles_en.htm. Os princípios foram adoptados por um órgão independente constituído por peritos no domínio do direito internacional em matéria de direitos humanos.

o travestismo e o “cross-dressing”, ou simplesmente adoptam uma maneira de falar ou uma cosmética normalmente associada a elementos do sexo oposto.

Na sequência do processo *Parlamento c. S e Cornwall County Council*, a característica “sexo” passará a abranger também, no âmbito das directivas antidiscriminação, a discriminação contra uma pessoa porque ele/ela “tem a intenção de sofrer ou sofreu uma mudança de sexo”. Dir-se-ia, pois, que a actual interpretação da característica “sexo” à luz do direito comunitário protege a identidade de género apenas em sentido restrito.

Exemplo: O processo *K.B. c. NHS Pensions Agency* incidiu sobre a recusa de atribuição de uma pensão de viuvez ao parceiro transexual de K.B.¹⁷¹ A recusa ficou a dever-se ao facto de que o casal transexual não preenchia a condição de casamento; ao tempo, a lei britânica não autorizava o casamento de transexuais.

Ao debruçar-se sobre a questão da discriminação, o TJE defendeu que não houve discriminação em razão do sexo, pois, na determinação de quem seria elegível para receber a pensão de sobrevivência, não houve tratamento menos favorável em razão de uma pessoa ser homem ou mulher. O TJE alterou subsequentemente a orientação da sua apreciação, centrando-se na questão do casamento. Foi salientado que os transexuais nunca tiveram a possibilidade de casar, e por conseguinte de receber a pensão de sobrevivência, o que não se verificava no caso dos heterossexuais. O TJE tomou então em consideração o veredicto do TEDH no processo de Christine Goodwin.¹⁷² Com base nessas considerações, o TJE concluiu que a legislação britânica em causa era incompatível com o princípio da igualdade de tratamento, uma vez que impedia os transexuais de beneficiar de uma parte da remuneração do respectivo parceiro.

Exemplo: ocorreram semelhantes considerações no processo *Richards*.¹⁷³ S.M. Richards era uma pessoa do sexo masculino à nascença que se submeteu a uma intervenção cirúrgica para mudança de sexo. O processo incidiu sobre a questão do direito à pensão do Estado no Reino Unido, uma vez que, na altura, as mulheres recebiam a sua pensão de reforma aos 60 anos, enquanto

171 TJE, *K.B. c. NHS Pensions Agency*, P.^o C-117/01 [2004] Collect. I-541, 7 de Janeiro de 2004.

172 TEDH, *Christine Goodwin c. Reino Unido*, [GS] (N.^o 28957/95), 11 de Julho de 2002.

173 TJE, *Richards c. Secretary of State for Work and Pensions*, P.^o C-423/04 [2006] Collect. I-3585, 27 de Abril de 2006.

os homens a recebiam aos 65. Quando Sarah Richards requereu a pensão do Estado aos 60 anos, a mesma foi-lhe recusada, com uma explicação segundo a qual, legalmente, ela era considerada homem e, como tal, não poderia requerer a pensão do Estado antes dos 65 anos. O TJE entendeu que tal recusa configurava tratamento diferenciado em razão da sua mudança de sexo, pelo que foi a mesma considerada discriminação contrária ao artigo 4.º, n.º 1, da Directiva relativa à realização progressiva do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres em matéria de segurança social.¹⁷⁴

O TEDH ainda não se pronunciou sobre se a questão da identidade de género é considerada uma característica protegida ao abrigo do disposto no artigo 14.º, e também ainda não indicou se serão abrangidos unicamente os “transsexuais” ou se a interpretação da identidade de género será mais ampla. Não quer isto dizer que o TEDH não se debruçou de todo sobre a questão da identidade de género. O TEDH tem determinado que a identidade de género, a orientação sexual de vida, faz parte da esfera da vida privada da pessoa e, como tal, deve estar livre de ingerência do governo.

Exemplo: os processos *Christine Goodwin c. Reino Unido* e *I c. Reino Unido* incidiram sobre factos muito semelhantes.¹⁷⁵ As requerentes, que se haviam submetido a intervenção cirúrgica para mudança do sexo masculino para o feminino, apresentaram queixa pelo facto de o governo se recusar a permitir a alteração da sua cédula de nascimento por forma a reflectir o seu sexo. Se bem que outros documentos e o nome de cada uma das requerentes pudessem ser alterados, a cédula de nascimento continuava a ser necessária para determinados fins em que o género era legalmente relevante, como os domínios do emprego e da aposentação, o que significava que as requerentes enfrentariam constrangimento e humilhação sempre que fossem obrigadas a revelar o seu sexo masculino como sendo o legalmente reconhecido. O TEDH (invertendo anterior jurisprudência) decidiu que isto constituía violação do direito ao respeito da vida privada e do direito a casar, ao abrigo do disposto no artigo 12.º, mas não prosseguiu com a consideração sobre se ocorrera violação do artigo 14.º.

174 Directiva 79/7/CEE do Conselho, de 19 de Dezembro de 1978, relativa à realização progressiva do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres em matéria de segurança social, JO L 6, 10 de Janeiro de 1979, p. 24.

175 TEDH, *Christine Goodwin c. Reino Unido*, [GS] (N.º 28957/95), 11 de Julho de 2002 I; TEDH, *I c. Reino Unido* [GS] (N.º 25680/94), 11 de Julho de 2002, n.º 26. Ver também, TEDH, *L c. Lituânia* (N.º 27527/03), 11 de Setembro de 2007.

Exemplo: no processo *Van Kück*, à requerente, que fora submetida a uma intervenção cirúrgica e a tratamento hormonal para mudança de sexo, foi recusado o reembolso dos custos respectivos pela companhia de seguros privada junto da qual ela subscrevera o seu seguro de saúde.¹⁷⁶ O Tribunal de Recurso alemão, que apreciou a queixa da requerente contra a empresa de seguros, determinou que os procedimentos médicos não eram “necessários”, requisito estabelecido no acordo, e por conseguinte a requerente não tinha direito ao reembolso. O TEDH considerou que, dada a natureza da identidade de género e a importância da decisão de se submeter a procedimentos médicos irreversíveis, o tribunal nacional, com a sua abordagem, não só não assegurara à requerente um julgamento equitativo, violando assim o artigo 6.º da CEDH, como violara também o direito da mesma ao respeito da sua vida privada garantido pelo artigo 8.º da CEDH. Contudo, o TEDH não prosseguiu com a análise quanto à conformidade com o artigo 14.º, visto que estavam em causa essencialmente os mesmos factos.

Dir-se-ia que, de um modo geral, a legislação em torno da característica “identidade de género” requer uma clarificação considerável, tanto a nível europeu com a nível nacional. Estudos recentes sobre a legislação nacional que regula esta matéria mostram que não existe uma abordagem coerente a nível europeu, verificando-se entre os países uma divisão assinalável entre os que situam a “identidade de género” no contexto da “orientação sexual” e os que a situam no contexto da “discriminação em razão do sexo”.¹⁷⁷

Uma série de casos relacionados com diferenças de tratamento em razão do sexo no que se refere à idade de reforma mostram que o TEDH deixa aos Estados uma ampla margem de apreciação em matéria de política fiscal e social.¹⁷⁸

Exemplo: no processo *Stec e Outros c. Reino Unido*, os requerentes alegaram que, em consequência da diferença na idade legal de reforma para homens

176 TEDH, *Van Kück c. Alemanha* (N.º 35968/97), 12 de Junho de 2003, n.ºs 30, 90-91.

177 Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia, *Homophobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation in the EU Member States: Parte I – Análise Jurídica* (Viena, FRA, 2009), p. 129-144; CdE Comissário dos Direitos Humanos, *Human Rights and Gender Identity* (Documento temático da autoria de Thomas Hammarberg, CdE Comissário dos Direitos Humanos do CdE, Estrasburgo, 29 de Julho de 2009) CommDH/IssuePaper(2009)2.

178 Estes casos propiciam também um debate útil em relação à justificação do tratamento diferenciado, contribuindo assim para uma maior clarificação do conceito a fim de aprofundar a discussão sobre a justificação, abordada anteriormente no presente manual.

e mulheres, cada um deles havia sido prejudicado pela alteração dos benefícios a que tinham direito, e que haviam sido determinados em função da idade de reforma.¹⁷⁹ O TEDH considerou que, em princípio, a discriminação em razão do sexo só poderia ser justificada se existissem razões particularmente fortes. Contudo, declarou, é geralmente concedida ao Estado, à luz da CEDH, uma ampla margem de apreciação quando se trata de medidas gerais de estratégia económica ou social... As autoridades nacionais, prosseguiu, dado o conhecimento directo que possuem da sua sociedade e das respectivas necessidades, encontram-se, em princípio, melhor posicionadas do que o juiz internacional para avaliar o que é do interesse público nos planos social e económico, e o Tribunal, em geral, respeitará a opção estratégica da legislatura, a menos que ... manifestamente desprovida de fundamento razoável. O TEDH constatou que, na sua origem, as diferentes idades de reforma constituíam, na realidade, uma forma de “medidas especiais”, na medida em que se destinavam a contrariar as dificuldades financeiras que as mulheres são susceptíveis de sofrer em consequência do seu papel tradicional no seio da família, que as priva de um rendimento monetário independente. Constatou também que o governo começara gradualmente a fazer ajustamentos para tornar iguais as idades de reforma de homens e mulheres, e que não havia actuado fora da sua margem de apreciação, nem na decisão de o fazer ao longo de um determinado número de anos, nem por não ter introduzido mudanças mais cedo.¹⁸⁰

Semelhante abordagem foi adoptada pelo TJE em relação a casos de tratamento diferenciado justificados com base em considerações mais abrangentes de política de emprego.

Exemplo: no processo *Schnorbus*, a prática do Ministério da Justiça de Hessen de conceder aos candidatos do sexo masculino que tivessem efectuado o serviço militar ou cívico obrigatório prioridade na admissão a um estágio de formação jurídica foi considerada como constituindo discriminação indirecta em razão do sexo.¹⁸¹ Contudo, o TJE concluiu que tal prática era objectivamente justificada, na medida em que se destinava unicamente

179 TEDH, *Stec e Outros c. Reino Unido* [GS] (N.ºs 65731/01 e 65900/01), 12 de Abril de 2006.

180 Ver também: TEDH, *Barrow c. Reino Unido* (N.º 42735/02), 22 de Agosto de 2006, n.ºs 20-24, 37; TEDH, *Pearson c. Reino Unido* (N.º 8374/03), 22 de Agosto de 2006, n.ºs 12-13, 25; TEDH, *Walker c. Reino Unido* (N.º 37212/02), 22 de Agosto de 2006, n.ºs 21-22, 37.

181 TJE, *Schnorbus c. Land Hessen*, P.º C-79/99 [2000] Colect. I-10997, 7 de Dezembro de 2000.

a compensar o atraso ocasionado aos estudos dos candidatos masculinos que haviam sido sujeitos à obrigação do serviço militar ou cívico.

Exemplo: o processo *Megner e Scheffel* incidiu sobre legislação alemã que excluía os empregos considerados “menores” (menos de quinze horas de trabalho semanais) e os empregos de curta duração do regime obrigatório de seguro de velhice e de seguro de doença bem como da obrigação de cotização para o seguro de desemprego.¹⁸² A regra em questão foi considerada como constituindo potencial discriminação indirecta contra as mulheres, na medida em que, por inerência, as mulheres têm maior probabilidade de trabalhar a tempo parcial ou em empregos de curta duração. O TJE aceitou o argumento do governo de que, se incluísse as pessoas que ocupam empregos “menores” e de curta duração nos regimes legais de segurança social, os custos implícitos obrigariam a uma total reformulação do sistema, que deixaria de poder ser financiado numa base exclusivamente contributiva. O TJE aceitou igualmente a explicação do governo segundo a qual existia uma procura de pessoas que ocupam empregos “menores” e de curta duração a que só poderia dar resposta excluindo tais empregos do seguro social obrigatório. E também o argumento de que, se tal abordagem não fosse adoptada, o mais provável seria esses empregos serem preenchidos na mesma, mas numa base clandestina. O TJE reconheceu que o governo estava a prosseguir um objectivo legítimo de política social e que os Estados devem dispor de uma “larga margem de apreciação” na escolha das medidas adequadas à aplicação da sua “política social e de emprego”. Nesta conformidade, o tratamento diferenciado foi considerado justificado.

O caso descrito contrasta com o que se segue, em que o TJE não considerou que a discriminação em razão do sexo era justificável no âmbito da política social, apesar das implicações financeiras significativas invocadas pelo governo.

Exemplo: o processo *De Weerd, nee Roks, e Outros* incidiu sobre legislação nacional relativa à prestação de incapacidade de trabalho.¹⁸³ Em 1975, fora introduzida na legislação nacional uma disposição que atribuía aos homens, bem

182 TJE, *Megner e Scheffel c. Innungskrankenkasse Vorderpfalz*, Pº C-444/93 [1995] Colect. I-4741, 14 de Dezembro de 1995. Ver também, TJE, *Nolte c. Landesversicherungsanstalt Hannover*, Pº C-317/93 [1995] Colect. I-4625, 14 de Dezembro de 1995.

183 TJE, *De Weerd, nee Roks, e Outros c. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Gezondheid, Geestelijke en Maatschappelijke Belangen e Outros*, Pº C-343/92 [1994] Colect. I-571, 24 de Fevereiro de 1994.

como às mulheres não casadas, o direito a uma prestação de incapacidade de trabalho, cujo montante não dependia dos seus eventuais rendimentos antes da situação de incapacidade. Em 1979, a referida disposição foi alterada, passando a contemplar igualmente as mulheres casadas. Contudo, foi também introduzida a condição de o beneficiário ter recebido, no decurso do ano que precedeu o início da incapacidade de trabalho, determinado rendimento. A lei foi contestada com base no facto, entre outros, de que a exigência de rendimento constituía discriminação indirecta contra as mulheres (que tinham menor probabilidade que os homens de ter auferido o montante exigido). O governo argumentou que o tratamento diferenciado se justificava por considerações de ordem orçamental, designadamente, a necessidade de contenção das despesas nacionais. O TJE considerou que, apesar de o direito comunitário não impedir os Estados-Membros de regularem as condições de atribuição das prestações da segurança social a determinadas categorias de pessoas, não o podem fazer de uma forma discriminatória.

Os dois casos acima descritos são conciliáveis quanto aos factos, devendo, porventura, o processo *De Weerd, nee Roks, e Outros* ser considerado a “norma” e o processo *Megner e Scheffel* a excepção. O direito comunitário não obriga os Estados-Membros a adoptar regimes de segurança social específicos mas, nos casos em que aqueles o fazem, o tribunal não permitirá a exclusão de determinados grupos por meras considerações de ordem orçamental, pois isto poderia fragilizar seriamente o princípio da igualdade de tratamento e prestar-se a abusos. Contudo, o tratamento diferenciado poderá ser tolerável se constituir o único meio de impedir o colapso do regime de seguro de doença e de desemprego na sua integralidade – sobretudo nos casos em que tal medida se limitaria a empurrar as pessoas para o emprego clandestino.

A orientação sexual pode ser entendida como fazendo referência à capacidade de cada pessoa de ter uma profunda atracção emocional, afectiva ou sexual por pessoas do sexo oposto, do mesmo sexo ou de um sexo e de manter com elas relações íntimas.¹⁸⁴

4.3. Orientação sexual

Normalmente, os casos relacionados com discriminação em razão da orientação sexual envolvem pessoas que são objecto de um tratamento menos favorável pelo facto de serem homossexuais ou bissexuais, mas a esta característica também está associada a proibição da discriminação por uma pessoa ser heterossexual.

184 Esta definição, amplamente aceite, é retirada dos “Princípios de Yogyakarta sobre a Aplicação da Legislação Internacional em matéria de Direitos Humanos em relação à Orientação Sexual e à Identidade de Género”, Março de 2007, disponíveis em: www.yogyakartaprinciples.org/principles_en.htm.

Exemplo: num processo levado perante a Provedoria contra a Discriminação em razão da Orientação Sexual sueca (HomO), uma mulher heterossexual queixou-se de discriminação em razão da orientação sexual por lhe ter sido recusado um emprego junto da Federação nacional sueca para os direitos das pessoas LGBT como agente de informação sobre sexo seguro.¹⁸⁵ Foi-lhe dito pela organização que pretendiam empregar um homossexual ou bissexual assumido, por forma a conseguir uma abordagem de proximidade junto dos seus pares. Constatou-se que não só ela não podia pretender estar em situação comparável à de um homossexual ou bissexual para efeitos do referido emprego (não podendo por conseguinte fazer prova de tratamento menos favorável), como também, em qualquer caso, a discriminação era justificável com base num requisito profissional genuíno.

Embora o artigo 14.º da CEDH não mencione explicitamente a “orientação sexual” como sendo uma característica protegida, o TEDH tem afirmado expressamente, numa série de processos, que a mesma se inclui entre as “outras” características protegidas pelo artigo 14.º.¹⁸⁶

Exemplo: no processo *S.L. c. Áustria*, o requerente alegou que a lei nacional, na versão em vigor à data dos factos, condenava as relações sexuais consentidas entre homens no caso de uma das partes ter menos de dezoito anos.¹⁸⁷ Em contrapartida, às mulheres era permitido ter relações sexuais (tanto de natureza homossexual como heterossexual) a partir dos 14 anos de idade. O TEDH concluiu tratar-se de discriminação em razão da orientação sexual.

Exemplo: no processo *E.B. c. França*, foi recusado à requerente um pedido de adopção de uma criança com base no facto de, no seu agregado familiar, não existir uma figura masculina.¹⁸⁸ A lei nacional permitia a adopção de crianças por pais solteiros, e o TEDH concluiu que a decisão das autoridades se baseara sobretudo no facto de a requerente manter uma relação e viver com outra mulher. Nessa conformidade, o TEDH considerou que houvera lugar a discriminação em razão da orientação sexual.

185 HomO (Suécia), Decisão de 21 de Junho de 2006, Dossiê N.º 262/06. Versão sumária em língua inglesa disponível no sítio Web da HomO: www.homo.do.se/oas.funcform.se/o.o.i.s?id=3662&template=.print.t.

186 Ver, por exemplo, TEDH, *Fretté c. França* (N.º 36515/97), 26 de Fevereiro de 2002, n.º 32.

187 TEDH, *S.L. c. Áustria* (N.º 45330/99), 9 de Janeiro de 2003.

188 TEDH, *E.B. c. França* [GS] (N.º 43546/02), 22 de Janeiro de 2008.

De assinalar que o TEDH também garante a protecção contra ingerência do governo em razão da orientação sexual, *per se*, nos termos do artigo 8.º da CEDH sobre o direito ao respeito da vida privada. Assim, em caso de ocorrência de tratamento discriminatório por esse motivo, é possível alegar simplesmente violação do artigo 8.º, sem necessidade de contender sobre a existência de tratamento discriminatório.

Exemplo: o processo *Dudgeon c. Reino Unido* incidiu sobre legislação nacional que criminalizava as relações sexuais consentidas entre adultos do mesmo sexo.¹⁸⁹ O requerente apresentou queixa pelo facto de, como homossexual, correr o risco de ser condenado. O TEDH constatou que, por si só, tal facto constituía violação do direito do requerente ao respeito da sua vida privada, posto que tal direito engloba a “vida sexual” de cada um. Considerou também que, embora a protecção da moral pública constitua um fim legítimo, este pode ser prosseguido sem um tal nível de ingerência na vida privada.

O TEDH tem-se empenhado de modo particular em assegurar a protecção das pessoas sempre que a ingerência por parte do Estado se prende com questões que tocam em aspectos da dignidade pessoal considerados fundamentais, como a vida sexual ou a vida privada de cada um. O caso seguinte é ilustrativo de que a ingerência na vida privada, quando relacionada com a sexualidade, dificilmente é justificável.

Exemplo: o processo *Karner c. Áustria* incidiu sobre a interpretação de legislação nacional (secção 14.ª da Lei das Rendas) que instituía o direito de, no âmbito dos contratos de arrendamento, por morte do locatário principal, um familiar ou um “parceiro” lhe poder suceder automaticamente.¹⁹⁰ O queixoso havia co-habitado com o seu companheiro, o inquilino principal, que havia falecido. Os tribunais nacionais interpretaram a lei como excluindo os casais homossexuais, se bem que abrangesse os casais heterossexuais não casados. O governo reconheceu tratar-se de um caso de tratamento diferenciado em razão da orientação sexual, mas argumentou que o mesmo se justificava para proteger os membros de famílias tradicionais de perderem o seu alojamento. O TEDH entendeu que, embora proteger a família no sentido tradicional do termo constitua um objectivo legítimo, a margem de apreciação é estreita no caso de uma diferença de tratamento fundada no sexo ou na orientação sexual.

189 TEDH, *Dudgeon c. Reino Unido* (N.º 7525/76), 22 de Outubro de 1981.

190 TEDH, *Karner c. Áustria* (N.º 40016/98), 24 de Julho de 2003, n.ºs 34-43.

Declarou ainda que o princípio da proporcionalidade não exige apenas que a medida adoptada seja normalmente de natureza a permitir a realização do objectivo pretendido, mas obriga também a demonstrar que era necessário, para atingir tal fim, excluir certas pessoas – no caso em apreço indivíduos que viviam uma relação homossexual – do âmbito de aplicação da secção 14.ª da Lei do Arrendamento. O veredicto do TEDH foi, pois, no sentido de que houvera lugar a discriminação, uma vez que o Estado poderia ter utilizado medidas para proteger a família tradicional sem colocar os casais homossexuais em situação de tão grande desvantagem.

4.4. Deficiência

Nem a CEDH, nem a Directiva relativa à igualdade no emprego, contêm uma definição de “deficiência”. Atendendo à natureza das funções do TJE, é frequente os tribunais nacionais fazerem determinações sobre o que constitui uma deficiência, as quais são apresentadas, como parte dos factos assentes, em litígios levados perante o TJE. Contudo, o TJE tem tido algumas oportunidades de dar orientações restritas sobre o que, à luz da sua jurisprudência, constitui uma deficiência.

Exemplo: no processo *Chacón Navas*, o TJE foi chamado a debruçar-se sobre o âmbito geral das disposições respeitantes à discriminação em razão da deficiência, e aproveitou a oportunidade para fazer saber que o conceito de “deficiência” iria ter uma definição harmonizada a nível da UE.¹⁹¹ O TJE declarou que o termo “deficiência”, para efeitos da Directiva relativa à igualdade no emprego, devia ser entendido no sentido de que visa “uma limitação, que resulta, designadamente, de incapacidades físicas, mentais ou psíquicas e que impede a participação da pessoa em causa na vida profissional” e que deve “ser provável que a mesma seja de longa duração”. Ao analisar o caso de S. Chacón Navas à luz desta definição, o TJE concluiu que a mesma não sofria de deficiência quando, após ter sido despedida em resultado da situação de baixa em que se encontrava havia oito meses, intentou uma acção junto dos tribunais espanhóis alegando discriminação em razão da deficiência. O TJE deixou claro que há que traçar uma distinção entre doença e deficiência, e que, no primeiro caso, não é concedida protecção judicial.

¹⁹¹ TJE, *Chacón Navas c. Euresť Colectividades SA*, P.º C-13/05 [2006] Colect. I-6467, 11 de Julho de 2006.

Segundo o artigo 1.º da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD): “Pessoas com deficiência são aquelas apresentam incapacidades de natureza física, mental, intelectual ou sensorial de longa durações que, em interacção com diversas barreiras, podem obstruir a sua participação plena e efectiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.”

Como se viu no Capítulo 1, prevê-se que futuramente a União Europeia será parte na Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD), de 2006. Daí resultará que o TJE se passará a orientar, muito provavelmente, quer pela Convenção propriamente dita, quer pelas interpretações dadas pela Comissão dos Direitos das Pessoas com Deficiência, encarregada da respectiva monitorização e interpretação.¹⁹²

Uma vez parte na CDPD, a UE e as suas instituições (e os Estados-Membros da UE em sede de interpretação e aplicação do direito comunitário) serão obrigadas a assumir esta abordagem ampla e inclusiva na interpretação do conceito de “deficiência”.

Embora não figure expressamente na lista de características protegidas da CEDH, a deficiência tem sido incluída pelo TEDH na sua interpretação de “outras” situações, ao abrigo do artigo 14.º.

Exemplo: no processo *Glor c. Suíça*, o TEDH considerou que o requerente, que era diabético, podia ser considerado como pessoa com deficiência – independentemente do facto de a lei nacional considerar a diabetes uma deficiência “menor”.¹⁹³ Em compensação pelo facto de não ter concluído o seu serviço militar, o requerente foi obrigado a pagar uma taxa, pagável por todos os que eram elegíveis para o serviço militar. Para estar isento desta taxa, havia que, das duas uma, ou ter um grau de deficiência de 40% (considerado equivalente à perda da utilização de um membro), ou ser objector de consciência. Os objectores de consciência eram obrigados a prestar “serviço cívico”. O grau de deficiência do requerente levou a que este fosse considerado incapaz para servir no exército, mas não atingia o limiar de gravidade exigido pela lei nacional para ele ficar isento do pagamento da taxa. O requerente oferecera-se para prestar “serviço cívico”, mas tal foi-lhe recusado. O TEDH entendeu que o Estado havia tratado o requerente de forma comparável à daqueles que, não tendo concluído o serviço militar, não haviam apresentado uma justificação válida. No parecer do TEDH, tal constituiu tratamento discriminatório, uma vez que o requerente deparou com uma situação diferente (em que foi rejeitado do serviço militar mas

¹⁹² NU Doc. A/RES/61/611, 13 de Dezembro de 2006.

¹⁹³ TEDH, *Glor c. Suíça* (N.º 13444/04), 30 de Abril de 2009.

estava disposto a, e apto para, prestar serviço cívico) e, nessa conformidade, o Estado deveria ter criado uma excepção às regras em vigor.

Tal como se verifica com as outras características protegidas ao abrigo da CEDH, não é invulgar os processos serem tratados à luz de outros direitos substantivos, em lugar de o serem segundo uma abordagem cumulativa que conjuga um direito substantivo e o artigo 14.º, que proíbe a discriminação.

Exemplo: no processo *Price c. Reino Unido*, a queixosa foi condenada à prisão por um período de sete dias. Devido ao facto de a sua mãe, durante a gravidez, ter ingerido talidomida, sofria de deficiências físicas, mais concretamente, de falta de membros ou membros encurtados, e de problemas renais.¹⁹⁴ Em consequência, deslocava-se em cadeira de rodas, precisava de ajuda para utilizar os sanitários e para fazer a sua higiene pessoal, e necessitava de uma cama especialmente adaptada à sua condição. Na primeira noite de detenção, foi colocada numa cela não adaptada para pessoas com deficiências físicas e, por conseguinte, não conseguiu dormir adequadamente, tendo tido dores consideráveis e sofrido hipotermia. Transferida para a prisão, foi colocada na enfermaria, onde foi possível proceder a algumas adaptações, mas nem por isso deixou de ter os mesmos problemas. Também não lhe foi permitido carregar a sua cadeira de rodas eléctrica, que ficou sem bateria. O TEDH considerou que a queixosa fora submetida a tratamento degradante, em violação do artigo 3.º. Neste caso, não foi alegada discriminação com base num dos direitos substantivos reconhecidos pela CEDH, nos termos do artigo 14.º.

Exemplo: no processo *Pretty c. Reino Unido*, a requerente, que padecia de uma doença degenerativa, pretendia obter do governo a garantia de que se poderia submeter a suicídio assistido, sem incriminação de quem a assistisse, isto numa eventual data futura, em que a sua situação chegasse a tal ponto que ela já não fosse capaz, por si só, de cometer tal acto.¹⁹⁵ Segundo a lei nacional, ajudar outrem a cometer suicídio constituía por si só uma infracção penal, para além de constituir assassinio ou homicídio. Entre outras coisas, a requerente argumentou que o seu direito a tomar decisões sobre o seu próprio corpo, protegido no âmbito do direito ao respeito da vida privada (nos termos do artigo 8.º), fora violado de uma forma discriminatória, uma vez que o Estado aplicara uma proibição

194 TEDH, *Price c. Reino Unido* (N.º 33394/96), 10 de Julho de 2001.

195 TEDH, *Pretty c. Reino Unido* (N.º 2346/02), 29 de Abril de 2002.

uniforme ao suicídio assistido, a qual tinha um efeito desproporcionadamente adverso em quem tivesse ficado incapacitado e, por conseguinte, não fosse capaz, por si só, de pôr termo à vida. O TEDH considerou que a recusa de distinguir entre os que são e os que não são fisicamente capazes de cometer suicídio se justificava, uma vez que a introdução de excepções à lei conduziria, na prática, a abusos e comprometeria a protecção do direito à vida.

4.5. Idade

A característica protegida “idade” refere-se simplesmente a casos de tratamento diferenciado, ou gozo diferenciado de um direito, com base na idade da vítima. Embora a discriminação em razão da idade, *per se*, não caia sob a alçada de um direito específico reconhecido pela CEDH (ao contrário da religião, ou da orientação sexual), as questões da discriminação em razão da idade podem surgir no contexto de diversos direitos. Como tal, à semelhança do que se verifica em outros domínios, o TEDH tem-se pronunciado sobre processos cujos factos sugerem discriminação em razão da idade sem, efectivamente, analisar o processo nesses termos – nomeadamente em relação ao tratamento de crianças no sistema de justiça penal. O TEDH tem considerado que a “idade” se inclui em “outras situações”.¹⁹⁶

Exemplo: no processo *Schwizgebel c. Suíça*, uma mãe solteira de 47 anos de idade apresentou queixa por lhe ter sido recusado um pedido de adopção de uma criança.¹⁹⁷ As autoridades nacionais basearam a sua decisão na diferença de idade entre a requerente e a criança bem como no facto de que a adopção iria supor um encargo financeiro significativo, uma vez que a requerente já tinha uma criança a seu cargo. O TEDH considerou que a requerente recebera tratamento diferente de mulheres mais novas candidatas a adopção, sendo o motivo a sua idade. Contudo, a falta de uniformidade entre os Estados quanto à idade-limite aceitável para adopção deixou ao governo uma ampla margem de apreciação. Acresce que a consideração, por parte da autoridade nacional, sobre a diferença de idade não fora aplicada de forma arbitrária, antes se fundara na ponderação dos melhores interesses da criança e do encargo financeiro que uma segunda criança poderia representar para a requerente, o que, por sua vez, poderia afectar o bem-estar do menor. Como tal, o TEDH concluiu que a diferença de tratamento era justificada.

¹⁹⁶ TEDH, *Schwizgebel c. Suíça* (N.º 25762/07), 10 de Junho de 2010.

¹⁹⁷ *Ibid.*

Exemplo: nos processos *T. c. Reino Unido* e *V. c. Reino Unido*, dois rapazes haviam sido julgados e considerados culpados de um assassinio cometido quanto tinham dez anos de idade.¹⁹⁸ Os requerentes alegaram, entre outras coisas, que não tinham tido um julgamento equitativo, pois a sua idade e falta de maturidade haviam impedido a sua participação efectiva na sua defesa. O TEDH considerou que, ao julgar um menor, o Estado deve ter plenamente em conta a sua idade, nível de maturidade e capacidades intelectuais e emocionais, e tomar medidas para promover a sua capacidade de compreender e participar no processo. O TEDH concluiu que o Estado o não fizera e, por conseguinte, violara o artigo 6.º da CEDH, sem analisar o caso segundo a perspectiva do artigo 14.º.

Exemplo: nos processos *D.G. c. Irlanda* e *Bouamar c. Bélgica*, os requerentes haviam sido colocados em regime de detenção pelas autoridades nacionais.¹⁹⁹ O TEDH considerou que, nas circunstâncias em causa, tal facto violava o direito a não ser submetido a detenção arbitrária. Em ambos os casos, os requerentes alegaram igualmente que haviam recebido um tratamento discriminatório em comparação com o tratamento dados aos adultos, uma vez que a lei nacional não permitia que os adultos fossem privados de liberdade naquelas circunstâncias. O TEDH concluiu que, tendo embora havido diferença entre o tratamento dado a menores e o que teria sido dado a adultos, o mesmo era justificado, pois o objectivo subjacente à privação da liberdade era proteger os menores, consideração esta não aplicável aos adultos.

4.6. Raça, origem étnica, cor e pertença a uma minoria nacional

A amplitude da característica “raça ou origem étnica” parece diferir ligeiramente entre o direito comunitário e a CEDH, uma vez que a Directiva relativa à igualdade racial exclui expressamente a “nacionalidade” do conceito de raça ou origem étnica. Embora a CEDH refira a “nacionalidade” ou a “origem nacional” como uma característica autónoma, a jurisprudência que adiante se analisa mostra que a nacionalidade pode ser entendida como um elemento constitutivo da origem étnica. Isto não significa que a discriminação em razão da nacionalidade seja permitida à luz da legislação da UE, antes se deve ao facto de o direito comunitário ter evoluído no

¹⁹⁸ TEDH, *T. c. Reino Unido* [GS] (N.º 24724/94), 16 de Dezembro de 1999.

¹⁹⁹ TEDH, *D.G. c. Irlanda* (N.º 39474/98), 16 Maio de 2002; TEDH, *Bouamar c. Bélgica* (N.º 9106/80), 29 de Fevereiro de 1988.

sentido de a discriminação em razão da nacionalidade ser regulada no âmbito da legislação relativa à livre circulação de pessoas. Para além do facto de excluir expressamente o conceito de nacionalidade, a Directiva relativa à igualdade racial não contém, ela própria, uma definição de “raça ou origem étnica”. Existem alguns outros instrumentos que fornecem orientações sobre como deve ser entendido o conceito de raça ou origem étnica. Nem a cor, nem a pertença a uma minoria nacional, são expressamente referidas na Directiva relativa à igualdade racial, mas ambas figuram como características autónomas na CEDH. Estes conceitos parecem ser indissociáveis da definição de raça e/ou origem étnica, e é como tal que são entendidos no presente manual.

A Decisão-Quadro do Conselho da UE relativa à luta por via do direito penal contra certas formas e manifestações de racismo e xenofobia define o racismo e a xenofobia como incluindo violência ou ódio contra um grupo de pessoas ou os seus membros, definido por referência à “raça, cor, religião, ascendência ou origem nacional ou étnica”. A Comissão Europeia Contra o Racismo e a Intolerância (CERI), criada no seio do CdE, também adoptou uma ampla abordagem na definição de “discriminação racial”, que inclui, entre outros critérios, a raça, cor, língua, religião, nacionalidade e origem nacional ou étnica.²⁰⁰ De igual modo, o artigo 1.º da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (em que todos os países membros da União Europeia e do Conselho da Europa são parte), criada no seio das NU em 1966, define a discriminação racial como abrangendo os critérios de “raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica”.²⁰¹ A Comissão para a Eliminação da Discriminação Racial, responsável pela interpretação e pela fiscalização do cumprimento do disposto na convenção, declarou ainda que, salvo justificação em contrário, a determinação sobre se um indivíduo pertence a uma determinada raça ou grupo étnico deve basear-se na auto-identificação do indivíduo em questão.²⁰² Isto impede um Estado de excluir da protecção qualquer grupo étnico que não reconheça.

Embora o direito comunitário não refira explicitamente a língua, a cor e a descendência como características protegidas, isso não significa que estas características não possam ser protegidas como parte integrante da raça ou da origem étnica, uma vez que a língua, a cor e a descendência estão intimamente

200 CERI (CdE), Recomendação de política geral N.º 7 da CERI: Legislação Nacional de Luta Contra o Racismo e a Discriminação racial Doc. CRI(2003)8, adoptada em 13 de Dezembro de 2002, n.º 1, alíneas b) e c).

201 660 UNTS 195.

202 CERD, “General Recommendation VIII concerning the interpretation and application of article 1, paragraphs 1 and 4 of the Convention”.

associadas à raça e à origem étnica. Dir-se-ia também que, na medida em que os factores constitutivos da nacionalidade são igualmente relevantes para a raça e a origem étnica, essa característica pode, nas devidas circunstâncias, entrar também no âmbito destas características.

A religião é expressamente protegida como característica autónoma pela Directiva relativa à igualdade no emprego. Contudo, uma alegada vítima de discriminação religiosa poderá ter interesse em associar a religião à característica “raça”, pois, nos termos do direito comunitário actualmente em vigor, o âmbito da protecção contra a discriminação racial é mais amplo do que o da protecção contra a discriminação religiosa. Tal deve-se ao facto de a Directiva relativa à igualdade racial ter a ver com o domínio do emprego, mas também com o do acesso aos bens e serviços, ao passo que a Directiva relativa à igualdade no emprego se refere apenas ao domínio do emprego.

Ao explicar os conceitos de raça e origem étnica, o TEDH tem mantido que a língua, a religião, a nacionalidade e a cultura podem ser indissociáveis da raça. No processo *Timishev*, ao requerente, de origem chechena, fora barrada a passagem num posto de fronteira, visto os guardas terem instruções no sentido de não permitir a entrada de pessoas de origem chechena. O TEDH afirmou, na sua explicação, que a origem étnica e a raça são conceitos inter-relacionados e que se sobrepõem:

*“Enquanto o conceito de raça radica na ideia da classificação biológica dos seres humanos em subespécies segundo características morfológicas, como a cor da pele, ou características faciais, a origem étnica radica na ideia de grupos sociais marcados por uma mesma nacionalidade, filiação tribal, fé religiosa, língua partilhada ou por origens ou antecedentes culturais e tradicionais comuns.”*²⁰³

Exemplo: o processo *Sejdić e Finci c. Bósnia-Herzegovina* foi o primeiro a ser julgado à luz do Protocolo 12. Os autores apresentaram queixa pelo facto de não se poderem candidatar às eleições nacionais.²⁰⁴ No âmbito de uma iniciativa de paz destinada a pôr cobro ao conflito na década de 1990, foi assinado um acordo de partilha de poderes entre os três principais grupos étnicos. Do acordo constava uma disposição segundo a qual todo o candidato às eleições deveria

203 TEDH, *Timishev c. Rússia* (N.ºs 55762/00 e 55974/00), 13 de Dezembro de 2005, n.º 55.

204 TEDH, *Sejdić e Finci c. Bósnia-Herzegovina* [GS] (N.ºs 27996/06 e 34836/06), 22 de Dezembro de 2009.

declarar a sua pertença à comunidade bósnia, sérvia ou croata. Os autores, de origem Roma e judia, recusaram-se a fazê-lo e alegaram discriminação com base na raça e na origem étnica. O TEDH reiterou a sua explicação supra sobre a relação entre raça e origem étnica, acrescentando que a discriminação motivada pela origem étnica de uma pessoa constitui uma forma de discriminação racial. A constatação do TEDH de que a referida disposição constituía discriminação racial é ilustrativa da interacção entre a origem étnica e a religião. O TEDH considerou ainda que, não obstante os termos delicados do acordo de paz, este não podia justificar tal discriminação.

Exemplo: num processo levado perante a Comissão para a igualdade de tratamento austríaca, um indivíduo, que professava a religião Sikh, apresentou queixa pelo facto de lhe ter sido recusada a entrada num tribunal em Viena devido à sua recusa de remover a espada cerimonial envergada pelos membros daquela religião.²⁰⁵ A referida comissão debruçou-se sobre o assunto como se se tratasse de um caso de discriminação em razão da origem étnica. Perante os factos, porém, concluiu que o tratamento diferenciado era justificado por motivos de segurança.

O TEDH tem sido extremamente rigoroso em relação à discriminação em razão da raça ou da origem étnica e, nesse sentido, declarou que nenhuma diferença de tratamento baseada exclusivamente ou em larga medida na origem étnica de uma pessoa é susceptível de ser objectivamente justificada numa sociedade democrática contemporânea assente nos princípios do pluralismo e do respeito pelas culturas diferentes.²⁰⁶

No sítio Web “Human Rights Education for Legal Professionals” do Conselho da Europa, figura um estudo de caso útil que aponta as considerações tidas em conta quando uma alegação de discriminação em razão da raça é analisada à luz da CEDH.²⁰⁷

205 Comissão para a igualdade de tratamento, Senado III (Austria). Versão sumária em língua inglesa disponível em: FRA InfoPortal, P.º 5-1. Texto original: <http://infoportal.fra.europa.eu/InfoPortal/caselawDownloadFile.do?id=5>.

206 TEDH, *Sejdić e Finci c. Bósnia-Herzegovina* [GS] (N.ºs 27996/06 e 34836/06), 22 de Dezembro de 2009, n.º 44. Ver também, TEDH, *Timishev c. Rússia* (N.ºs 55762/00 e 55974/00), 13 de Dezembro de 2005, n.º 58.

207 CdE, “Estudo de caso 15, Detenção, prisão preventiva, maus-tratos de indivíduo de etnia Roma,” documento de 6 de Setembro de 2007, disponível em www.coehelp.org/course/view.php?id=18&topic=1.

4.7. Nacionalidade ou origem nacional

A Convenção Europeia sobre a Nacionalidade, 1996, instituída no âmbito do Conselho da Europa, define, no seu artigo 2.º, alínea a), o conceito de “nacionalidade” como sendo “o vínculo jurídico entre um indivíduo e um Estado”. Embora nem todos os países tenham ratificado a referida convenção, esta definição assenta em normas consagradas do direito internacional público,²⁰⁸ tendo sido igualmente adoptada pela Comissão Europeia Contra o Racismo e a Intolerância.²⁰⁹ A “origem nacional” pode ser entendida como sendo a anterior nacionalidade da pessoa, que esta perdeu ou alterou por aditamento através da naturalização, ou com referência à ligação a uma “nação” dentro de um Estado (como a Escócia, no Reino Unido).

Exemplo: o processo *Chen* prendeu-se com a questão de saber se uma criança tinha o direito de residir num determinado Estado-Membro, tendo nascido num Estado-Membro diferente e sendo a sua mãe, de quem ela dependia, nacional de um país terceiro.²¹⁰ O TJE considerou que, quando um Estado-Membro impõe determinados requisitos para efeitos de atribuição de cidadania e esses requisitos são preenchidos, não é possível a outro Estado-Membro impugnar esse direito quando a pessoa em causa requer o estatuto de residente.

Embora preveja uma maior protecção do que o direito comunitário no que respeita à nacionalidade, a CEDH reconhece abertamente que a ausência do vínculo jurídico da nacionalidade anda frequentemente a par da ausência de uma ligação factual a um país em particular, o que por seu turno impede a alegada vítima de pretender ter uma situação comparável à dos cidadãos do país em causa. A essência da abordagem do TEDH é que, quanto mais estreito o vínculo factual de um indivíduo a um Estado, sobretudo em termos de liquidação tributária, menor a probabilidade de um tratamento diferenciado em razão da nacionalidade ser justificado.

208 TJJ, *Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala)* Relatórios do TJJ [1955] n.ºs 4 e 23, 6 de Abril de 1955 a nacionalidade é um vínculo jurídico que tem por base um facto social de pertença, uma conexão genuína de vivência, de interesses e de sentimentos, em conjunto com a existência de direitos e deveres recíprocos” (para. 23).

209 CERJ (CdE), Recomendação de política geral da CERJ n.º 7: Legislação Nacional de Luta Contra o Racismo e a Discriminação Racial Doc. CRI(2003)8, adoptada em 13 de Dezembro de 2002, p. 6.

210 TJE, *Chen c. Secretary of State for the Home Department*, P.º C-200/02 [2004] Collect. I-9925, 19 de Outubro de 2004.

Exemplo: no processo *Zeïbek c. Grécia* foi recusado à requerente o direito a uma pensão destinada aos que tinham uma “família numerosa”.²¹¹ Embora ela tivesse o número de filhos necessário para preencher tal requisito, um dos seus filhos não tinha nacionalidade grega na altura em que ela atingiu a idade de receber a pensão. Tal situação adviera de anterior decisão do governo de retirar a nacionalidade grega a toda a família da requerente (decisão que, em si, enfermava de irregularidades), e de, posteriormente, reatribuir a nacionalidade a apenas três dos seus filhos (uma vez que a quarta já era casada). O TEDH constatou que fora aplicada uma política de retirada da nacionalidade sobretudo a gregos muçulmanos, e que a recusa da pensão não podia ser justificada com base na preservação da nação grega, já que tal critério, por si só, constituía discriminação em razão da origem nacional.

Exemplo: o processo *Anakomba Yula c. Bélgica* envolveu uma congoleza que residia ilegalmente na Bélgica.²¹² Pouco tempo após o nascimento do filho, o seu título de residência caducou e ela começou a tratar do pedido de renovação. Tinha em curso um processo de separação do seu marido congolês, e tanto ela como o pai natural do seu filho, que era cidadão belga, desejavam registar a paternidade da criança. Para o fazer, a requerente teria de intentar uma acção de impugnação de paternidade contra o seu cônjuge no espaço de um ano após o nascimento. Visto que não dispunha de recursos financeiros suficientes, a requerente solicitou assistência jurídica para cobrir os custos do processo. Contudo, o pedido foi-lhe recusado, pois tal financiamento era concedido unicamente a nacionais de países não membros do Conselho da Europa nos casos em que o pedido estivesse relacionado com a obtenção do direito de residência. A requerente foi aconselhada a concluir o processo de renovação da sua autorização de residência e a, depois disso, voltar a apresentar o pedido. O TEDH considerou que, nessas circunstâncias, a requerente havia sido privada do seu direito a um processo equitativo, e que isso fora motivado pela sua nacionalidade. Não considerou justificado o Estado fazer uma distinção entre os que possuíam e os que não possuíam autorização de residência numa situação em que estavam em jogo sérias questões de vida familiar, em que havia um curto prazo para estabelecer a paternidade, e em que a requerente estava a tratar da renovação da sua licença.

211 TEDH, *Zeïbek c. Grécia* (N.º 46368/06), 9 de Julho de 2009.

212 TEDH, *Anakomba Yula c. Bélgica* (N.º 45413/07), 10 de Março de 2009.

Como se viu no Capítulo 3.1.2, o direito comunitário proíbe a discriminação em razão da nacionalidade unicamente no contexto específico da livre circulação de pessoas. Em particular, a legislação da UE em matéria de livre circulação confere um número restrito de direitos a nacionais de países terceiros. Não obstante, a CEDH impõe a todos os países membros do Conselho da Europa (o que integra todos os Estados-Membros da UE) obrigações no sentido de garantirem os direitos previstos na CEDH a todos os indivíduos sob sua jurisdição (incluindo os nacionais de países terceiros). O TEDH tem mantido um equilíbrio entre, por um lado, o direito do Estado de controlar quais os benefícios concedidos aos que gozam do vínculo jurídico da nacionalidade, e, por outro, a necessidade de impedir que os Estados tratem de forma discriminatória aqueles que criaram com o país vínculos factuais substanciais. Sempre que o indivíduo faz prova de um vínculo factual forte com o Estado, o TEDH tem exercido um controlo rigoroso nas questões relativas à segurança social.

O direito dos Estados de regularem a entrada e a saída, através das suas fronteiras, de nacionais de países terceiros está bem assente no direito internacional público e é plenamente reconhecido pelo TEDH. A esse respeito, o TEDH tem intervindo sobretudo em casos de queixas relacionadas com a expulsão de indivíduos que correm o risco de ser submetidos a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes ou torturas no país de destino (nos termos do artigo 3.º),²¹³ ou que criaram no país de acolhimento fortes laços familiares que serão quebrados se o indivíduo for forçado a partir (nos termos do artigo 8.º).²¹⁴

Exemplo: nos processos *C. c. Bélgica* e *Moustaquim c. Bélgica*, os reclamantes, de nacionalidade marroquina, haviam sido condenados por infracções criminosas e iriam ser expulsos.²¹⁵ Apresentaram queixa alegando que a decisão de expulsão constituía discriminação em razão da nacionalidade, uma vez que nem os cidadãos belgas, nem os cidadãos não belgas nacionais de outros Estados-Membros da UE, poderiam ser expulsos nessas circunstâncias. O TEDH considerou que a situação dos requerentes não era comparável com a dos cidadãos belgas, pois aos nacionais de um país assiste o direito, expressamente consagrado na CEDH (nos termos do artigo 3.º do Protocolo 4), de nele permanecer. Além disso, concluiu o TEDH, a diferença de tratamento

²¹³ Ver, por exemplo, TEDH, *Chahal c. Reino Unido* (N.º 22414/93), 15 de Novembro de 1996.

²¹⁴ Estes casos, porém, têm menor probabilidade de êxito. Ver, por exemplo, TEDH, *Abdulaziz, Cabales e Balkandali c. Reino Unido* (N.ºs 9214/80, 9473/81 e 9474/81), 28 de Maio de 1985.

²¹⁵ TEDH, *C. c. Bélgica* (N.º 21794/93), 7 de Agosto de 1996; TEDH, *Moustaquim c. Bélgica* (N.º 12313/86), 18 de Fevereiro de 1991.

entre nacionais de países terceiros e nacionais de outros Estados-Membros da UE era justificada, pois a UE criara uma ordem jurídica específica nesse sentido e instituíra a cidadania da UE.

Estes processos devem ser comparados com situações em que o requerente desenvolveu vínculos factuais estreitos com o país de acolhimento, através de um longo período de residência ou da sua contribuição tributária para o país.

Exemplo: no processo *Andrejeva c. Letónia*, a requerente era uma ex-cidadã da antiga União Soviética com direito de residência permanente na Letónia.²¹⁶ Segundo a legislação nacional, ela era classificada como tendo trabalhado fora da Letónia no período anterior à independência (apesar de ter ocupado o mesmo posto de trabalho em território letão antes e depois da independência) e, por conseguinte, calcularam a sua pensão com base no tempo despendido nesse posto de trabalho após a independência. Em contrapartida, os cidadãos letões no mesmo posto de trabalho tinham direito a uma pensão baseada no seu tempo de serviço total, incluindo o período anterior à independência. O TEDH entendeu que a situação da requerente era comparável à dos cidadãos letões, uma vez que, segundo a lei nacional, ela era não-cidadã com residência permanente e, em termos tributários, havia contribuído na mesma base que eles. O TEDH declarou que seriam necessárias razões particularmente fortes para justificar um tratamento diferenciado em razão unicamente da nacionalidade, o que, declarou, não se verificava no caso em apreço. Reconhecendo embora que o Estado deve normalmente dispor de uma ampla margem de apreciação em questões de política fiscal e social, o TEDH considerou que a situação da requerente era, em termos factuais, demasiado próxima da dos cidadãos letões para justificar discriminação por tal motivo.

Exemplo: no processo *Gaygusuz c. Áustria*, o reclamante, um cidadão turco que trabalhara na Áustria, apresentou queixa por lhe ter sido recusado o subsídio de desemprego devido ao facto de ele não possuir cidadania austríaca.²¹⁷ O TEDH considerou que a sua situação era comparável à dos cidadãos austríacos, visto que ele era residente permanente e havia contribuído para o sistema de segurança social através de tributação. Entendeu igualmente que a ausência de um acordo recíproco entre a Áustria e a Turquia em matéria de segurança

²¹⁶ TEDH, *Andrejeva c. Letónia* [GS] (N.º 55707/00), 18 de Fevereiro de 2009.

²¹⁷ TEDH, *Gaygusuz c. Áustria* (N.º 17371/90), 16 de Setembro de 1996.

social não podia justificar o tratamento diferenciado, pois, em termos factuais, a situação do requerente era demasiado próxima da dos cidadãos austríacos.

Exemplo: no processo *Koua Poirrez c. França*, o queixoso, um cidadão da Costa do Marfim, requereu um subsídio destinado a pessoas com deficiência. Este foi-lhe recusado com base no facto de o subsídio se destinar unicamente a cidadãos franceses ou a cidadãos de países com os quais a França tivesse um acordo de reciprocidade no domínio da segurança social.²¹⁸ O TEDH concluiu que a situação do queixoso era, efectivamente, semelhante à dos cidadãos franceses, na medida em que ele preenchia todos os outros critérios legais para beneficiar do subsídio, e recebera outros benefícios da segurança social que não dependiam da nacionalidade. O TEDH declarou que seriam necessários motivos particularmente fortes para justificar uma diferença de tratamento do queixoso em relação aos outros cidadãos. Contrariamente aos casos acima descritos, em que ao Estado foi deixada uma ampla margem de apreciação em questões de política fiscal e de segurança social, neste caso, o TEDH não considerou convincentes os argumentos utilizados pela França quanto à necessidade de equilibrar as receitas e as despesas e quanto à diferença factual decorrente da não existência de um acordo de reciprocidade entre a França e a Costa do Marfim. Não deixa de ser interessante observar que o subsídio em questão era pagável independentemente de o queixoso ter contribuído, ou não, para o sistema nacional de segurança social (o que constituía o principal motivo por que a discriminação em razão da nacionalidade não fora tolerada nos casos acima).

4.8. Religião ou convicções²¹⁹

Embora o direito comunitário preveja um grau limitado de protecção contra a discriminação em razão da religião ou das convicções, o âmbito da CEDH nessa matéria é consideravelmente mais amplo, já que o artigo 9.º estabelece um direito autónomo à liberdade de consciência, religião e crença.

²¹⁸ TEDH, *Koua Poirrez c. França* (N.º 40892/98), 30 de Setembro de 2003.

²¹⁹ Encontra-se disponível uma explicação sobre o âmbito de aplicação do artigo 9.º da CEDH no sítio Web “Human Rights Education for Legal Professionals” do Conselho da Europa: Murdoch, *Freedom of Thought, Conscience and Religion*, Human Rights Handbooks, N.º 2, 2007, em: www.coehelp.org/mod/resource/view.php?inpopup=true&id=2122.

Exemplo: no processo *Alujer Fernandez e Caballero García c. Espanha*, os autores apresentaram queixa pelo facto de, ao contrário dos Católicos, não poderem afectar uma percentagem do imposto sobre o seu rendimento directamente à sua igreja.²²⁰ À luz dos factos, o TEDH declarou inadmissível tal pretensão, isto porque a situação da referida igreja não era comparável à da Igreja Católica, na medida em que a mesma não submetera um requerimento naquele sentido ao governo, e porque este mantinha com a Santa Sé um acordo de reciprocidade na matéria.

Exemplo: o processo *Cha'are Shalom Ve Tsedek c. França* envolveu uma associação judaica que certificava como kosher carne que era vendida aos restaurantes e talhos membros da organização.²²¹ Por entender que a carne abatida por uma associação judaica existente já não correspondia aos rigorosos preceitos associados à carne kosher, a associação requerente solicitou a autorização do Estado para realizar os seus próprios abates rituais. Tal pedido foi-lhe recusado pelo facto de não ser considerada suficiente a sua representatividade junto da comunidade judia francesa e porque já existiam matadouros autorizados a praticar o abate ritual. O TEDH considerou que, nas circunstâncias em causa, a associação requerente não sofrera qualquer tratamento desfavorável, uma vez que poderia continuar a obter de outras fontes carne abatida segundo os preceitos exigidos.

A questão de saber o que efectivamente constitui uma “religião” ou “convicções” susceptíveis de serem protegidas ao abrigo da Directiva relativa à igualdade no emprego ou da CEDH não tem sido objecto de apreciação exaustiva por parte do TJE nem do TEDH, mas tem sido criteriosamente analisada pelos tribunais nacionais.²²²

Exemplo: no processo *Conselho Autárquico de Islington, Londres c. Ladele (Liberty intervening)*, o Tribunal de Recurso do Reino Unido foi chamado a pronunciar-se sobre se a queixosa, funcionária do registo civil, fora vítima de discriminação em razão da religião ou das convicções ao ser submetida a um

220 TEDH, *Alujer Fernandez e Caballero García c. Espanha* (dec.) (N.º 53072/99), 14 de Junho de 2001.

221 TEDH, *Cha'are Shalom Ve Tsedek c. França* [GS] (N.º 27417/95), 27 de Junho de 2000.

222 O direito à liberdade de religião e convicções é também protegido como direito autónomo ao abrigo do artigo 18.º do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, de 1966 (que todos os países membros da União Europeia e do Conselho da Europa subscreveram). Ver Comité dos Direitos do Homem das NU, “Comentário Geral n.º 22, artigo 18.º (Direito à liberdade de pensamento, consciência e religião)”.

processo disciplinar por se ter recusado a realizar parcerias civis entre pessoas do mesmo sexo.²²³ A sua recusa partira das suas convicções cristãs. O Tribunal de Recurso declarou que não se tratou de um caso de discriminação religiosa directa, uma vez que o tratamento menos favorável não se fundara nas convicções religiosas da queixosa mas antes na sua recusa de cumprir uma função do seu trabalho. Também a alegação de discriminação indirecta foi rejeitada, tendo o Tribunal de Recurso considerado que a política seguida pelo Conselho Autárquico de Londres fazia parte do seu compromisso geral com a promoção da igualdade e da diversidade, tanto no seio da comunidade como internamente, e que tal política não interferia com o direito da queixosa a manter tais convicções. O Tribunal de Recurso entendeu igualmente que um veredicto em contrário corresponderia a discriminação por um motivo diferente, a orientação sexual; o tribunal reconheceu que, entre o direito de um indivíduo à não-discriminação e o direito da comunidade à não-discriminação, deve existir um equilíbrio.

Numa série de processos relacionados com o direito substantivo à liberdade de religião e crença ao abrigo da CEDH, o TEDH tem deixado claro que não compete ao Estado procurar impor o que constitui uma religião ou crença, e que a protecção associada a estes conceitos é extensiva a ateus, agnósticos, cépticos e irreligiosos, abrangendo, como tal, tanto os que optam por ter convicções religiosas e praticar uma religião, como os que optam por as não ter e não a praticar. Tais processos fazem também notar que a religião e as convicções são, essencialmente, pessoais e subjectivas, não necessitando forçosamente de estar associadas a uma fé organizada em torno de instituições.²²⁴ As novas religiões, como a Cientologia, têm igualmente sido consideradas elegíveis para beneficiar de protecção.²²⁵

O TEDH tem desenvolvido a ideia de “convicções” no âmbito do direito ao ensino previsto no Protocolo 1, artigo 2.º, da CEDH, que dispõe que o Estado respeitará o direito dos pais a assegurar que a educação dos seus filhos seja conforme com “as suas convicções religiosas e filosóficas”. O TEDH declarou:

223 Tribunal de Recurso do Reino Unido (Reino Unido), *Conselho Autárquico de Islington, Londres c. Ladele (Liberty intervening)* [2009] EWCA Civ 1357, 12 de Fevereiro de 2010.

224 TEDH, *Secção de Moscovo do Exército de Salvação c. Rússia* (N.º 72881/01), 5 de Outubro de 2006, n.ºs 57-58; TEDH, *Igreja Metropolitana de Bessarábia e Outros c. Moldávia* (N.º 45701/99), 14 de Dezembro de 2001, n.º 114; TEDH, *Hasan e Chaush c. Bulgária* [GS] (N.º 30985/96), 26 de Outubro de 2000, n.ºs 62 e 78.

225 TEDH, *Igreja de Cientologia de Moscovo c. Rússia* (N.º 18147/02), 5 de Abril de 2007.

“que, na sua aceção comum, a palavra “convicções”, considerada isoladamente, não é sinónima das expressões “opinião” e “ideias”, tal como em-pregues no artigo 10.º da Convenção, que assegura liberdade de expressão; aproxima-se mais do termo “crença” (no texto em francês “convictions”) que figura no artigo 9.º, e designa pontos de vista que atingem um certo nível de coerência, seriedade, coesão e importância.”²²⁶

O TEDH foi recentemente confrontado com processos relacionados com a liberdade religiosa em países que desejavam manter o secularismo e minimizar os efeitos potencialmente fragmentários da religião nas respectivas sociedades. Nesses casos, o TEDH atribuiu uma importância significativa ao objectivo expresso do Estado de evitar distúrbios e proteger os direitos e liberdades de outros.

Exemplo: no processo *Köse e Outros c. Turquia*, respeitante a normas de vestuário que proibiam o uso do véu pelas raparigas nas escolas, foi alegado que tal proibição configurava discriminação em razão da religião, pois o uso do véu constitui uma prática religiosa islâmica.²²⁷ O TEDH reconheceu que as regras relativas ao vestuário não tinham ligação com questões de pertença a uma determinada religião, antes se destinavam a preservar a neutralidade e o secularismo nas escolas, o que, por sua vez, evitava distúrbios e protegia os direitos de outros à não ingerência nas suas próprias convicções religiosas. A alegação foi, pois, considerada manifestamente infundada e inadmissível. Semelhante posição foi tomada num processo relacionado com as normas de vestuário para a classe docente.²²⁸

4.9. Língua

De assinalar que tanto a Convenção-Quadro do Conselho da Europa para a Protecção das Minorias Nacionais, de 1995,²²⁹ (ratificada por 39 países membros) como a Carta Europeia das Línguas Regionais e Minoritárias, de 1992,²³⁰ (ratificada por 24 países membros) impõem determinadas obrigações aos Estados relativamente à utilização das línguas minoritárias. Contudo, nenhum dos referidos instrumentos define o conceito de “língua”. O artigo 6.º, n.º 3, da CEDH prevê explicitamente certas ga-

²²⁶ TEDH, *Campbell e Cosans c. Reino Unido* (N.ºs 7511/76 e 7743/76), 25 de Fevereiro de 1982, n.º 36.

²²⁷ TEDH, *Köse e Outros c. Turquia* (dec.) (N.º 26625/02), 24 de Janeiro de 2006.

²²⁸ TEDH, *Dahlab c. Suíça* (dec.) (N.º 42393/98), 15 de Fevereiro de 2001.

²²⁹ CETS N.º: 157.

²³⁰ CETS N.º: 148.

rantias no âmbito do processo penal, como o direito de o acusado ser informado em língua que entenda da acusação contra ele formulada, bem como o direito a um intérprete, se não compreender ou não falar a língua usada em tribunal.

A característica “língua” não figura, por si só, como característica protegida autónoma no âmbito das directivas antidiscriminação, mas figura como tal na CEDH. Contudo é susceptível de protecção a coberto da Directiva relativa à igualdade racial, na medida em que puder ser associada à raça ou à origem étnica, e pode igualmente ser considerada pelo TEDH sob esse prisma. A língua tem também sido protegida pelo TJE por associação à nacionalidade, no âmbito da legislação relativa à livre circulação de pessoas.²³¹

A principal acção relacionada com a língua levada perante o TEDH incidiu no domínio da educação.

Exemplo: no *Processo linguístico belga*, um conjunto de pais apresentou queixa pelo facto de alegadamente a lei nacional relativa à ministração do ensino ser discriminatória em razão da língua.²³² Tendo em conta as comunidades de língua francesa e língua neerlandesa residentes na Bélgica, a lei nacional estipulava que o ensino providenciado ou subsidiado pelo Estado seria ministrado em francês ou neerlandês, consoante a região fosse considerada francófona ou neerlandófona. Os pais de crianças francófonas residentes na região neerlandófona alegaram que tal disposição impedia, ou tornava muito mais difícil, que os seus filhos fossem educados em francês. O TEDH constatou que, havendo embora uma diferença no tratamento, este era justificado. A decisão baseara-se na consideração de que as regiões eram maioritariamente unilingues. O tratamento diferenciado era, pois, justificado, na medida em que não seria viável disponibilizar o ensino em ambas as línguas. Além disso, não era proibido às famílias recorrer ao ensino privado em francês nas regiões neerlandófonas.

Para melhor elucidar a forma como a característica protegida “língua” funciona na prática, atente-se em dois processos decididos pelo Comité dos Direitos do Homem (CDH) das NU, responsável pela interpretação e fiscalização do

231 TJE, *Groener c. Minister for Education and the City of Dublin Vocational Educational Committee* P.º C-379/87 [1989] Colect. 3967, 28 de Novembro de 1989.

232 TEDH, *Processo “relativo a determinados aspectos da legislação sobre a utilização das línguas no ensino na Bélgica” c. Bélgica* (N.º 1474/62 e outros), 23 de Julho de 1968.

cumprimento do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (que todos os Estados-Membros da UE subscreveram).

Exemplo: no processo *Diergaardt c. Namíbia*, os queixosos pertenciam a um grupo minoritário de ascendência europeia, que no passado havia gozado de autonomia política e agora estava inserido no Estado da Namíbia.²³³ A língua utilizada por esta comunidade era o afrikaans. Os queixosos reclamaram pelo facto de serem obrigados a utilizar o inglês, em lugar da sua língua materna, nos processos em tribunal. Manifestaram-se igualmente contra a política do governo de instruir os funcionários no sentido de não responderem em afrikaans a qualquer comunicação escrita ou oral dos queixosos, mesmo tendo capacidade para o fazer. O CDH entendeu que não houvera violação do direito a um processo equitativo, uma vez que os queixosos não puderam fazer prova de terem sido adversamente afectados pela utilização da língua inglesa nos processos em tribunal. Tal sugere que o direito a um intérprete durante um julgamento não é extensivo à situação em que a língua utilizada simplesmente não é a língua materna da alegada vítima, antes devendo verificar-se o caso em que a vítima não é suficientemente capaz de compreender ou comunicar nessa língua. O CDH considerou igualmente que a política oficial do Estado de recusar comunicar numa língua que não a língua oficial (inglês) constitui violação do direito à igualdade perante a lei no respeitante à língua. Embora o Estado seja livre de escolher a sua língua oficial, deve autorizar os funcionários a responder noutras línguas sempre que estes têm capacidade para o fazer.

4.10. Origem social, nascimento e riqueza

Estas três características podem ser consideradas como estando interligadas, uma vez que se referem a um estatuto imputado a um indivíduo em virtude de uma característica social, económica ou biológica herdada.²³⁴ Como tal, podem igualmente estar inter-relacionadas com a raça e a origem étnica. À parte o motivo “nascimento”, poucas, se é que algumas, questões foram submetidas à apreciação do TEDH relativamente a estas características.

²³³ CDH, *Diergaardt e Outros c. Namíbia*, Comunicação N.º 760/1997, 6 de Setembro de 2000.

²³⁴ As características “origem social”, “nascimento” e “riqueza” figuram igualmente no artigo 2.º, n.º 2, do Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais, de 1966 (que todos os Estados-Membros da União Europeia subscreveram). Ver Comissão dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas, “Comentário Geral n.º 20, Non-Discrimination in Economic, Social and Cultural Rights” Doc. NU E/C.12/GC/20, 10 de Junho de 2009, n.ºs 24-26, 35.

Exemplo: no processo *Mazurek c. França*, um indivíduo nascido fora do casamento apresentou queixa pelo facto de a lei nacional o impedir (como criança “nascida do adultério”) de herdar mais de um quarto dos bens de sua mãe.²³⁵ O TEDH considerou que esta diferença de tratamento, baseado unicamente no facto de o indivíduo ter nascido fora do casamento, só poderia ser justificada por razões particularmente fortes. No seu entender, a preservação da família no sentido tradicional do termo constitui sem dúvida um fim legítimo, mas que não pode ser alcançado penalizando crianças, que não têm qualquer controlo sobre as circunstâncias do seu nascimento.

Exemplo: no processo *Chassagnou e Outros c. França*, os autores apresentaram queixa por não serem autorizados a utilizar as suas terras da forma como desejavam.²³⁶ As leis em determinadas zonas rurais obrigavam os pequenos proprietários das terras a ceder os direitos de caça sobre as suas terras, ao passo que os grandes proprietários não estavam sujeitos a tal obrigação, podendo fazer uso das suas terras conforme entendessem. Os autores desejavam proibir a caça nas suas terras e utilizá-las para fins de preservação da vida selvagem. O TEDH considerou que a referida proibição constituía discriminação em razão da riqueza.

As características “origem social”, “nascimento” e “riqueza” são contempladas igualmente no artigo 2.º, n.º 2, do Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais, de 1966. A Comissão dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas, responsável pela monitorização e interpretação do Pacto, incluiu uma explicação sobre o significado daqueles conceitos no seu Comentário Geral n.º 20.

Segundo aquela comissão, os estatutos relacionados com a “origem social”, o “nascimento” e a “riqueza” estão interligados. A origem social refere-se a um estatuto social herdado pela pessoa. Pode ter a ver com a posição adquirida, por nascimento, numa determinada classe social ou comunidade (como as baseadas na origem étnica, ou numa religião ou ideologia), ou com a situação social da pessoa, como a pobreza ou a privação de alojamento. Associada a esta, a característica “nascimento” pode referir-se, por exemplo, ao estatuto da pessoa como tendo nascido fora do casamento, ou como sendo adoptada. A característica “riqueza”

235 TEDH, *Mazurek c. França* (N.º 34406/97), 1 de Fevereiro de 2000.

236 TEDH, *Chassagnou e Outros. c. França* (N.º 25088/94), 29 de Abril de 1999.

pode ter a ver com o estatuto da pessoa em relação a terrenos (como sendo locatário, proprietário, ou ocupante ilegal), ou a outro tipo de propriedade.²³⁷

4.11. Opiniões políticas ou outras

As “opiniões políticas ou outras” são expressamente referidas pela CEDH como característica protegida, mas não figuram entre as características protegidas pelas directivas antidiscriminação da UE. Presumivelmente, quando uma determinada convicção é sustentada por um indivíduo mas não se enquadra no conceito de “religião ou crença”, continua a poder ser objecto de protecção ao abrigo desta característica. Esta é uma característica sobre a qual o TEDH raramente tem sido chamado a pronunciar-se. Tal como com outros domínios abrangidos pela CEDH, as “opiniões políticas ou outras” são protegidas por direito próprio através do direito à liberdade de expressão previsto no artigo 10.º, e através da jurisprudência neste domínio é possível ter a noção do que pode ser abrangido por esta característica. Na prática, dir-se-ia que, quando uma alegada vítima considera que houve lugar a tratamento diferenciado por este motivo, é mais provável que o TEDH se limite a analisar a alegação ao abrigo do artigo 10.º.

A nível geral, no processo *Handyside c. Reino Unido*, o TEDH estabeleceu que o direito à liberdade de expressão protege não apenas “informações” ou “ideias” que são recebidas favoravelmente ou consideradas inofensivas ou uma questão indiferente, mas também as que ofendem, chocam ou perturbam o Estado ou qualquer sector da população.²³⁸ Embora exista uma extensa jurisprudência neste domínio, na presente secção ilustrar-se-á apenas, através de dois exemplos, como existe maior probabilidade de as opiniões políticas receberem mais protecção do que outros tipos de opinião.

Exemplo: no processo *Steel e Morris c. Reino Unido*, os autores eram activistas que haviam distribuído panfletos contendo falsas alegações sobre a empresa McDonalds.²³⁹ Foram processados numa acção por difamação perante os tribunais nacionais, tendo-lhes sido imposto o pagamento de uma indemnização. O TEDH entendeu que a acção por difamação constituía violação do direito à liberdade

²³⁷ Comissão dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas, “Comentário Geral n.º 20, Non-Discrimination in Economic, Social and Cultural Rights” Doc. NU E/C.12/GC/20, 10 de Junho de 2009, n.ºs 24-26, 35.

²³⁸ TEDH, *Handyside c. Reino Unido* (N.º 5493/72), 7 de Dezembro de 1976.

²³⁹ TEDH, *Steel e Morris c. Reino Unido* (N.º 68416/01), 15 de Fevereiro de 2005.

de expressão, mas que servia o propósito de proteger a reputação das pessoas. Mas considerou também que, em questões de interesse público, a liberdade de expressão deve ser fortemente protegida e que, sendo a McDonalds uma poderosa entidade empresarial que não fizera prova de prejuízos sofridos em consequência da distribuição de alguns milhares de panfletos, e sendo a indemnização atribuída relativamente elevada comparada com o rendimento dos autores, a ingerência na sua liberdade de expressão fora desproporcionada.

Exemplo: o processo *Castells c. Espanha* envolveu um membro do parlamento que foi processado judicialmente por “insultar” o governo após ter criticado a inação das autoridades perante actos de terrorismo no País Basco.²⁴⁰ O TEDH salientou a importância da liberdade de expressão no contexto político, sobretudo tendo em conta o seu papel de relevo no bom funcionamento de uma sociedade democrática. Nessa perspectiva, o TEDH considerou que qualquer ingerência exige o mais rigoroso controlo.

4.12. “Outras situações”

Como se depreende do acima exposto, o TEDH tem desenvolvido diversas características inscritas na categoria “outras situações”, muitas das quais coincidem com as desenvolvidas ao abrigo do direito comunitário, nomeadamente, a orientação sexual, a idade e a deficiência.

O TEDH tem também reconhecido que, para além da deficiência, da idade e da orientação sexual, as seguintes características são características protegidas ao abrigo de “outras situações”: a paternidade,²⁴¹ o estado civil,²⁴² a filiação numa organização,²⁴³ a patente militar,²⁴⁴ a paternidade de uma criança nascida fora do casamento,²⁴⁵ e o local de residência.²⁴⁶

240 TEDH, *Castells c. Espanha* (N.º 11798/85), 23 de Abril de 1992.

241 TEDH, *Weller c. Hungria* (N.º 44399/05), 31 de Março de 2009.

242 TEDH, *Petrov c. Bulgária* (N.º 15197/02), 22 de Maio de 2008.

243 TEDH, *Danilenkov e Outros c. Rússia* (N.º 67336/01), 30 de Julho de 2009 (sindicato); TEDH, *Grande Oriente d'Italia di Palazzo Giustiniani c. Itália* (N.º 2) (N.º 26740/02), 31 de Maio de 2007 (Maçons).

244 TEDH, *Engel e Outros c. Países Baixos* (N.ºs 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 e 5370/72), 8 de Junho de 1976.

245 TEDH, *Sommerfeld c. Alemanha* [GS] (N.º 31871/96), 8 de Julho de 2003; TEDH, *Sahin c. Alemanha* [GS] (N.º 30943/96), 8 de Julho de 2003.

246 TEDH, *Carson e Outros c. Reino Unido* [GS] (N.º 42184/05), 16 de Março de 2010.

Exemplo: o processo *Petrov c. Bulgária* envolveu a prática, verificada numa prisão, de autorizar os reclusos casados a telefonar ao cônjuge duas vezes por mês. Antes de ser preso, o queixoso coabitara quatro anos com a sua companheira, de quem tivera um filho. O TEDH considerou que, tendo embora o casamento um estatuto especial, para efeitos de regras aplicáveis à comunicação via telefone, o queixoso, que criara uma família com uma companheira estável, se encontrava em situação comparável à dos reclusos casados. Declarou o TEDH que, embora os Estados-parte possam dispor de uma certa margem de apreciação para tratar de forma diferente os casais casados e os não casados em domínios como, por exemplo, a tributação, a segurança social ou a política social, não há razão aparente para haver entre casais casados e pessoas não casadas, mas que estabeleceram entre si uma vida familiar, diferença de tratamento no que respeita à possibilidade de manter contacto telefónico quando um deles se encontra detido. O TEDH considerou, pois, a discriminação injustificada.

Questões-chave

- No âmbito das directivas antidiscriminação da UE, as características protegidas estão expressamente fixadas e são, designadamente, o sexo, a raça ou origem étnica, a idade, a deficiência, a religião ou as convicções e a orientação sexual. No âmbito da CEDH, não existe uma lista exaustiva de características protegidas, podendo estas ser desenvolvidas caso a caso.
- Ao abrigo do direito comunitário, a característica “sexo” pode, dentro de certos limites, abranger a identidade de género, protegendo as pessoas que têm a intenção de se submeter ou se submeteram a intervenção cirúrgica para mudança de sexo. A questão da identidade de género também tem sido analisada pelo TEDH.
- Factores como a cor, a descendência, a nacionalidade, a língua ou a religião inscrevem-se no âmbito da característica protegida “raça ou origem étnica” ao abrigo da CEDH; continua a aguardar-se, porém, clarificação quanto ao âmbito efectivo desta característica protegida ao abrigo do direito comunitário, através de jurisprudência do TJEU.
- A discriminação em razão da nacionalidade figura como característica protegida no âmbito da CEDH. À luz do direito comunitário, a discriminação em razão da nacionalidade é proibida unicamente nos termos da legislação em matéria de livre circulação de pessoas.
- O termo “religião” deve ser objecto de uma interpretação relativamente ampla, e não limitado às religiões tradicionais organizadas e bem estabelecidas.

- Mesmo nos casos em que pode ter ocorrido discriminação, o TEDH aprecia frequentemente as queixas com base apenas nos artigos substantivos da CEDH. Isto pode minorar a necessidade de fazer prova do tratamento diferenciado ou de encontrar um elemento de comparação.

Leitura adicional

Boza Martinez, “Un paso más contra la discriminación por razón de nacionalidad”, *7 Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional* (2005).

Breen, *Age Discrimination and Children’s Rights: Ensuring Equality and Acknowledging Difference* (Leiden, Martinus Nijhoff, 2006).

Bribosia, “Aménager la diversité : le droit de l’égalité face à la pluralité religieuse”, *78 Revue trimestrielle des droits de l’homme* (2009) pgs. 319-373.

Cano Palomares, “La protección de los derechos de las minorías sexuales por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Orientación sexual e identidad de género. Los derechos menos entendidos”, Instituto dos Direitos Humanos da Catalunha, Barcelona, 2007, pgs. 35-57.

Demaret, “L’adoption homosexuelle à l’épreuve du principe d’égalité : l’arrêt E.B. contre France”, *6343 Journal des tribunaux* (2009) pgs. 145-149.

Evans, *Manual on the wearing of religious symbols in public areas* (Estrasburgo, Conselho da Europa, 2009).

Flauss, “ L’interdiction des minarets devant la Cour européenne des droits de l’homme : petit exercice de simulation contentieuse”, *8 Recueil Dalloz* (2010) pgs. 452-455.

Interights, *Non-Discrimination in International Law* (Londres, Interights, 2005), Capítulo 5.

Johnson, “An essentially private manifestation of human personality: constructions of homosexuality in the European Court of Human Rights”, *10.1 Human Rights Law Review*, 2010 pgs. 67-97.

Kastanas, "La protection des personnes appartenant à des minorités dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme", in Auer, Flückiger, Hottelier (eds.), *Les droits de l'homme et la Constitution : études en l'honneur du Professeur Giorgio Malinverni* (Genebra/Zurique/Basileia, Schulthess, 2007) pgs. 197-218.

Landau and Beigbeder, "From ILO Standards to EU Legislation: The Case of Equality Between Men and Women at Work", 21.1 *European Journal of International Law* (2008) pgs. 264-267.

Laskowski, "Der Streit um das Kopftuch geht weiter, Warum das Diskriminierungsverbot nach nationalem und europäischem Recht immer bedeutsamer wird", *Kritische Justiz* (2003) pgs. 420-444.

Lawson, "The United Nations Convention on the rights of persons with disabilities: new era or false dawn?", 34 *Syracuse Journal of international Law and Commerce* (2007) 563.

MacKay, "The United Nations Convention on the rights of persons with disabilities", 34 *Syracuse Journal of International Law and Commerce* (2007) 323.

Pettiti, "L'égalité entre époux", in Krenc, Puéchavy (eds.). *Le droit de la famille à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme: actes du colloque organisé le 4 mai 2007*, Instituto dos direitos do Homem do Foro de Bruxelas e Instituto dos direitos do Homem do Foro de Paris (Bruxelas, Bruylant/Nemesis, 2008), pgs. 29-46.

Presno Linera, "La consolidación europea del derecho a no ser discriminado por motivos de orientación sexual en la aplicación de disposiciones nacionales", 1 *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, (2008).

Rudyk, "A Rising Tide: the transformation of sex discrimination into gender discrimination and its impact on law enforcement", 14.2 *International Journal of Human Rights* (2010) pgs. 189-214.

Shuibne, "Article 13 EC and Non-Discrimination on Grounds of Nationality: Missing or in Action?", in Costello and Barry (eds.) *Equality in Diversity: The New Equality Directives* (Irish Centre for European Law, 2003).

Thürer and Dold, "Rassismus und Rule of Law/ Erstmalige Verurteilung wegen Rassendiskriminierung durch den EGMR? Gleichzeitige Besprechung des Urteils vom 26. Februar 2004 – Nachova u. a. gegen Bulgarien", *Europäische Grundrechte-Zeitschrift* (2005) pgs. 1-12.

Tulkens, "Droits de l'homme, droits des femmes : les requérantes devant la Cour européenne des Droits de l'Homme", in Caflisch (*et al*), *Liber amicorum Luzius Wildhaber: human rights, Strasbourg views = Droits de l'homme, regards de Strasbourg* (Kehl/Estrasburgo, Arlington, Va., N.P. Engel, 2007), pgs. 423-445.

5

Questões probatórias na legislação antidiscriminação

5.1. Introdução

A discriminação tende a não se manifestar de uma forma aberta e facilmente identificável. A discriminação directa é frequentemente difícil de provar, apesar de, por definição, o tratamento diferenciado se basear “abertamente” numa característica da vítima. Como se viu no Capítulo 2, é frequente o motivo do tratamento diferenciado não ser explícito ou estar relacionado de forma superficial com outro factor (como é o caso de benefícios condicionados ao facto de a pessoa estar reformada, que estão relacionados com a idade enquanto característica protegida). Neste sentido, os casos em que indivíduos declaram abertamente o motivo de um tratamento diferenciado como sendo uma das características protegidas são relativamente raros. Uma excepção a isto figura no processo *Feryn*, em que o proprietário de uma empresa na Bélgica declarou, através de anúncios e verbalmente, que não seriam recrutados imigrantes para trabalhar na sua empresa.²⁴⁷ O TJE considerou tratar-se de um caso de clara discriminação directa em razão da raça ou da origem étnica. Mas os perpetradores nem sempre declaram que estão a tratar uma pessoa de uma maneira menos favorável do que outras, nem referem as razões por que o fazem. Pode ser negado um emprego a uma mulher com a simples indicação de que ela é menos qualificada do que o candidato masculino a quem o emprego é atribuído. Em situações como esta, a vítima pode ter dificuldade em provar que foi objecto de discriminação directa em razão do sexo.

²⁴⁷ TJE, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding c. Firma Feryn NV*, Pº C-54/07 [2008] Colect. I-5187, 10 de Julho de 2008.

Para responder à dificuldade em provar que o tratamento diferenciado foi motivado por uma característica protegida, a legislação europeia antidiscriminação permite que o ónus da prova seja partilhado. Assim, a partir do momento que o queixoso apresente factos que permitam presumir a ocorrência de discriminação, recai sobre o perpetrador o ónus da prova em contrário. Esta transferência do ónus da prova é particularmente útil em acções declarativas de discriminação indirecta em que é necessário provar que determinadas regras ou práticas têm um impacto desproporcionado num determinado grupo. Para suscitar a presunção de discriminação indirecta, o queixoso poderá ter de recorrer a dados estatísticos ilustrativos de padrões gerais de tratamento diferenciado. Algumas jurisdições nacionais também reconhecem as provas produzidas através do método das situações de teste (“situation testing”).

5.2. Partilha do ónus da prova

Normalmente, cabe ao autor da queixa convencer o órgão decisório da ocorrência de discriminação. Contudo, pode ser particularmente difícil demonstrar que o tratamento diferenciado recebido foi motivado por uma determinada característica protegida. Isto porque, frequentemente, o motivo por detrás do tratamento diferenciado existe apenas na mente do perpetrador. Como tal, as alegações de discriminação baseiam-se, na maioria das vezes, em deduções objectivas relacionadas com a regra ou a prática em questão. Por outras palavras, o tribunal deve ficar convencido de que a única explicação razoável para a diferença de tratamento é a característica protegida da vítima, como o sexo ou a raça. Este princípio aplica-se indistintamente aos casos de discriminação directa e indirecta.

Partilha do ónus da prova: o queixoso deve fornecer provas suficientes para fundamentar a sugestão de ocorrência de tratamento discriminatório. Isto gera a presunção de discriminação, que o alegado perpetrador deverá então refutar.

Atendendo a que o alegado perpetrador está na posse da informação necessária para provar a alegação, a legislação antidiscriminação permite que o ónus da prova seja partilhado com o alegado

perpetrador. O princípio da partilha do ónus da prova está bem enraizado no direito comunitário bem como na CEDH.²⁴⁸

Isto tem sido explicado através da jurisprudência do TEDH, que, juntamente com outros mecanismos regionais e internacionais de protecção dos direitos humanos, tem adoptado a partilha do ónus da prova de uma forma mais genérica no que respeita à apresentação de provas relativas a alegações de violação dos direitos humanos. A prática do TEDH consiste em analisar as provas disponíveis no seu conjunto, tendo em consideração o facto de que, frequentemente, é o Estado que tem controlo sobre grande parte da informação necessária para provar uma alegação. Assim, se os factos apresentados pelo queixoso se afigurarem credíveis e coerentes com as provas disponíveis, o TEDH dá-las-á como provadas, a menos que o Estado possa fornecer uma explicação alternativa convincente. Nas palavras do TEDH:

o tribunal reconhece como factos assentes as afirmações que são apoiadas pela avaliação livre de todas as provas, incluindo as deduções que possam emanar dos factos e das alegações das partes. Mais declara o TEDH que a prova pode decorrer da coexistência de inferências suficientemente fortes, claras e concordantes ou de presunções de facto semelhantes e não refutadas. Além disso, acrescenta, o nível de persuasão necessário para chegar a uma determinada conclusão e, a esse respeito, à partilha do ónus da prova, está intrinsecamente ligado à especificidade dos factos, à natureza da alegação feita e ao direito em causa previsto na CEDH.²⁴⁹

Exemplo: no processo *Timishev c. Rússia*, o queixoso alegou ter sido impedido de atravessar um posto de controlo para aceder a uma determinada região devido à sua origem chechena.²⁵⁰ O TEDH concluiu que as suas alegações eram corroboradas por documentos oficiais que davam nota da existência de uma política de restrição da circulação de chechenos. A explicação apresentada

248 Para além dos processos adiante referidos, ver: Directiva relativa à igualdade racial (artigo 8.º), Directiva relativa à igualdade no emprego (artigo 10.º), Directiva relativa à aplicação do princípio da igualdade de oportunidades e igualdade de tratamento entre homens e mulheres (reformulação) (artigo 19.º), Directiva relativa à igualdade de tratamento entre homens e mulheres no acesso a bens e serviços (artigo 9.º). Ver também jurisprudência do Comité Europeu dos Direitos Sociais: *SUD Travail Affaires Sociales c. França* (Queixa N.º 24/2004), 8 de Novembro de 2005, e *Mental Disability Advocacy Centre (MDAC) c. Bulgária* (Queixa N.º 41/2007), 3 de Junho de 2008.

249 TEDH, *Nachova e Outros c. Bulgária* [GS] (N.ºs 43577/98 e 43579/98), 6 de Julho de 2005, n.º 147. Estas afirmações foram reiteradas nos processos TEDH, *Timishev c. Rússia* (N.ºs 55762/00 e 55974/00), 13 de Dezembro de 2005, n.º 39 e TEDH, *D.H. e Outros c. República Checa* [GS] (N.º 57325/00), 13 de Novembro de 2007, n.º 178.

250 TEDH, *Timishev c. Rússia* (N.ºs 55762/00 e 55974/00), 13 de Dezembro de 2005, n.ºs 40-44.

pelo Estado foi considerada pouco convincente, devido a incongruências na sua asserção de que a vítima abandonara voluntariamente o local após lhe ter sido recusada prioridade na fila. Consequentemente, o TEDH reconheceu que o queixoso fora vítima de discriminação em razão da sua origem étnica.

Exemplo: no processo *Brunnhofe*, a requerente alegou ter sido vítima de discriminação sexual porque recebia um ordenado inferior ao de um colega do sexo masculino classificado na mesma categoria profissional que ela.²⁵¹ O TJE declarou que competia à requerente provar, primeiramente, que recebia uma remuneração inferior à do seu colega do sexo masculino, e, em segundo lugar, que exercia um trabalho de igual valor ao daquele. Tal seria suficiente para gerar a presunção de que o tratamento diferenciado teria como única explicação o sexo da requerente. Caberia depois ao empregador refutar tal facto.

Há duas questões que importa ter presentes. Em primeiro lugar, é a lei nacional que determina que tipos de provas são considerados admissíveis perante os órgãos nacionais, o que poderá ser mais rigoroso do que as regras aplicadas pelo TEDH e pelo TJE. Em segundo lugar, a regra sobre a inversão do ónus da prova não se aplica, normalmente, a processos de direito penal em que o Estado persegue judicialmente o infractor por um crime motivado por preconceitos raciais, também designado por “crime de ódio”. Isto deve-se, por um lado, ao facto de ser necessário um nível superior de provas para estabelecer a responsabilidade penal, e, por outro, à dificuldade de exigir ao infractor que faça prova de que não foi movido por motivos racistas, o que é totalmente subjectivo.²⁵²

O alegado perpetrador pode refutar a presunção de duas formas: ou provando que o queixoso não se encontra, efectivamente, em situação semelhante ou comparável à do seu “elemento de comparação”, como se viu no Capítulo 2.2.2, ou fazendo prova de que o tratamento diferenciado não tem por base a característica protegida, mas sim outras diferenças objectivas, como se viu no Capítulo 2.6. Caso o perpetrador não consiga refutar a presunção de discriminação, terá de invocar uma excepção à proibição do tratamento diferenciado, demonstrando que o mesmo constitui uma medida objectivamente justificada e proporcionada.

251 TJE, *Susanna Brunnhofer c. Bank der österreichischen Postsparkasse AG*, P.º C-381/99 [2001] Colect. I-4961, 26 de Junho de 2001, n.ºs 51-62.

252 Para conhecer a abordagem da CEDH em relação à inversão do ónus da prova no contexto da violência racista, ver TEDH, *Nachova e Outros c. Bulgária* [GS] (N.ºs 43577/98 e 43579/98), 6 de Julho de 2005, n.ºs 144-159. A legislação antidiscriminação da UE não exige a aplicação da regra da inversão do ónus da prova no âmbito do direito penal.

Exemplo: no processo *Brunnhofen*, acima descrito, o TJE forneceu orientações sobre como o empregador poderia refutar a presunção de discriminação. Em primeiro lugar, mostrando que o trabalhador feminino e o trabalhador masculino em causa não se encontravam efectivamente em situação comparável, por não desenvolverem trabalho de valor igual. Poderia ser este o caso se os seus empregos envolvessem responsabilidades de natureza substancialmente diferente. Em segundo lugar, demonstrando que factores objectivos, alheios ao sexo, explicavam a diferença salarial. Poderia ser este o caso se o rendimento do trabalhador masculino fosse complementado com subsídio de viagem atribuído em virtude de ele ter de efectuar longas deslocações e ficar alojado num hotel durante a semana de trabalho.

Exemplo: no processo *Feryn*, acima discutido, o TJE considerou que os anúncios e declarações efectuados pelo perpetrador deram origem a presunção de discriminação directa. Contudo, o TJE afirmou também que o alegado perpetrador poderia refutar tal presunção se conseguisse provar que, efectivamente, as práticas de recrutamento da empresa não tratavam os não-brancos de forma diferente – mostrando, por exemplo, que de facto eram regularmente recrutados trabalhadores não-brancos.

5.2.1. Factores que não carecem de prova

Algumas questões de facto que frequentemente acompanham os exemplos de discriminação, como a existência de preconceitos, ou a intenção de discriminar, não são, efectivamente, relevantes para determinar se o critério jurídico de discriminação foi preenchido. O que importa provar num caso de discriminação é simplesmente a existência de um tratamento diferenciado, baseado numa motivação proibida e não justificado. Significa isto que diversos factos acessórios que acompanham situações de discriminação não necessitam de ser apresentados para provar uma alegação.

Em primeiro lugar, não é necessário provar que o perpetrador é movido por preconceitos – ou seja, não é preciso provar que o perpetrador tem ideias “racistas” ou “sexistas” para provar que ele exerce discriminação racial ou sexual. Regra geral, a lei não pode regular as atitudes das pessoas, que são de natureza totalmente interna. Pode, sim, regular as acções através das quais tais atitudes se podem manifestar.

Exemplo: no processo *Feryn*, o proprietário da empresa declarou ter aplicado a referida regra por os seus clientes, não ele, pretenderem que o trabalho fosse executado unicamente por belgas de raça branca. O TJE não considerou tal esclarecimento relevante para decidir se ocorrera ou não discriminação. Normalmente, não é necessário provar a existência de uma motivação discriminatória, a menos que se pretenda provar que foi cometido um “crime de ódio”, isto porque a lei penal exige níveis de prova mais elevados.

Em segundo lugar, não é necessário demonstrar que a intenção subjacente à regra ou prática em questão é gerar um tratamento diferenciado. Por outras palavras, mesmo que uma autoridade pública ou um particular possam apontar uma prática bem-intencionada ou aplicada de boa-fé, se tal prática levar a que um determinado grupo seja colocado em situação de desvantagem, a mesma constitui discriminação.

Exemplo: no processo *D.H. e Outros c. República Checa*, acima discutido, o governo argumentou que o sistema de escolas “especiais” fora criado para apoiar, a nível do ensino, as crianças Roma, ajudando-as a ultrapassar as dificuldades linguísticas e corrigindo a sua falta da educação pré-escolar.²⁵³ O TEDH, porém, considerou irrelevante o facto de a política em questão ser dirigida às crianças Roma. Para provar a existência de discriminação, declarou, seria necessário demonstrar que aquelas haviam sido afectadas adversamente e de forma desproporcionada em relação à maioria da população, não que existira a intenção de discriminar.²⁵⁴

Em terceiro lugar, em relação a um caso de discriminação racial, O TJE considerou não ser necessário provar a existência de uma vítima identificável. Presume-se que, em circunstâncias idênticas, tal constatação se aplica igualmente à discriminação por outros motivos. Enquanto ao abrigo do direito comunitário pode não ser obrigatória a existência de uma vítima identificável, o mesmo não se verifica no acesso ao TEDH, perante o qual uma alegação desprovida de uma vítima identificável não preencheria os critérios de admissibilidade previstos no artigo 34.º da CEDH.

Exemplo: no processo *Feryn*, não foi possível demonstrar que alguém se procurara candidatar a um emprego e que este lhe fora negado, nem foi

²⁵³ TEDH, *D.H. e Outros c. República Checa* [GS] (N.º 57325/00), 13 de Novembro de 2007, n.º 79.

²⁵⁴ *Ibid*, n.ºs 175, 184.

possível encontrar alguém que afirmasse ter decidido não se candidatar ao emprego devido ao conteúdo do anúncio. Por outras palavras, não houve uma vítima “identificável”, e a acção foi submetida pelo órgão para a igualdade belga. O TJE declarou não ser necessário identificar alguém que tivesse sido vítima de discriminação. Isto, porque era claro, pelo texto do anúncio, que os não-brancos seriam impedidos de se candidatar, pois sabiam à partida que não poderiam ser bem-sucedidos. Nesta conformidade, seria possível provar que a legislação ou as políticas eram discriminatórias, sem a necessidade de apresentar uma vítima real.

Exemplo: em processos de “situações de teste” (discutidas a seguir), as pessoas participam frequentemente nas situações sabendo ou prevendo que serão tratadas de forma desfavorável. O seu principal objectivo, na verdade, não é aceder ao serviço em questão, mas sim recolher provas. Significa isto que estas pessoas não são “vítimas” no sentido tradicional do termo. Estão mais preocupadas em garantir a aplicação da lei do que em procurar obter uma indemnização por danos sofridos. Num processo submetido na Suécia, em que um grupo de estudantes de direito criara situações de teste em discotecas e restaurantes, o Supremo Tribunal considerou que os intervenientes nos testes poderiam, ainda assim, intentar acções por tratamento discriminatório. Por outro lado, considerou que as indemnizações a atribuir aos mesmos deveriam ser reduzidas, de molde a reflectir o facto de lhes não ter sido negado nada que eles realmente quisessem (isto é, a entrada em determinados estabelecimentos).²⁵⁵

5.3. Papel das estatísticas e de outros dados

Os dados estatísticos podem desempenhar uma função importante, ajudando o queixoso a dar origem à presunção de discriminação. São particularmente úteis na produção de provas de discriminação indirecta, pois nestas situações as regras ou práticas em questão são aparentemente neutras. Quando é esse o caso, há que centrar a atenção nos efeitos das regras ou práticas para mostrar que estas são desfavoráveis, de forma desproporcionada, para determinados grupos de pessoas comparativamente a outros cuja situação é semelhante. A produção de dados estatísticos actua juntamente com a inversão do ónus da prova: sempre que os

255 Supremo Tribunal (Suécia), *Escape Bar and Restaurant c. Provedoria contra a Discriminação Étnica* T-2224-07, 1 de Outubro de 2008. Versão sumária em língua inglesa disponível em: FRA InfoPortal, Pº 365-1; Rede europeia de peritos legais no domínio da não-discriminação, 8 (Julho de 2009) *European Anti-Discrimination Law Review*, p. 68.

dados mostram, por exemplo, que as mulheres ou as pessoas com deficiência são particularmente desfavorecidas, cabe ao Estado fornecer uma explicação alternativa e convincente quanto aos números. No processo *Hoogendijk c. Países Baixos*,²⁵⁶ o TEDH declarou abertamente que:

“O tribunal considera que, sempre que o queixoso consegue demonstrar, com base em estatísticas oficiais incontestadas, a existência de um indício prima facie de que uma determinada regra – formulada embora de uma maneira neutra – afecta de facto uma percentagem consideravelmente mais elevada de mulheres do que de homens, cabe ao governo inquirir do demonstrar que tal resulta de factores objectivos e alheios a qualquer discriminação em razão do sexo.”

Na apreciação de provas estatísticas, os tribunais não têm aparentemente estabelecido um limiar rigoroso de dados a apresentar para fazer prova da ocorrência de discriminação indirecta. O TJE salienta que deve ser apresentado um número significativo de tais provas. Um resumo da jurisprudência do TJE na matéria figura nas Conclusões do Advogado-Geral Léger no processo *Nolte*, onde, em relação à discriminação em razão do sexo, aquele afirma o seguinte:

“para se presumir discriminatória, a medida deve atingir “... um número muito mais elevado de mulheres do que de homens...” [Rinner-Kuhn²⁵⁷], ou uma “... percentagem consideravelmente mais fraca de homens do que de mulheres...” [Nimz,²⁵⁸ Kowalska²⁵⁹], ou “... uma percentagem muito mais elevada de mulheres do que de homens...” [De Weerd²⁶⁰].

A proporção de mulheres afectadas por esta medida deve ser, portanto, particularmente marcante. ... Assim, no acórdão Rinner-Kuhn ..., este Tribunal presumiu a existência de uma situação discriminatória a partir do momento em que a percentagem de mulheres atingisse 89%. No caso em

256 TEDH, *Hoogendijk c. Os Países Baixos*, No. 58641/00, 6 de Janeiro de 2005.

257 TJE, *Rinner-Kuhn c. FWW Spezial-Gebaeudereinigung*, P.º 171/88 [1989] Colect. 2743, 13 de Julho de 1989.

258 TJE, *Nimz c. Freie und Hansestadt Hamburg*, P.º C-184/89 [1991] Colect. I-297, 7 de Fevereiro de 1991.

259 TJE, *Kowalska c. Freie und Hansestadt Hamburg*, P.º C-33/89 [1990] Colect. I-2591, 27 de Junho de 1990.

260 TJE, *De Weerd, nee Roks, e Outros c. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Gezondheid, Geestelijke en Maatschappelijke Belangen e Outros*, P.º C-343/92 [1994] Colect. I-571, 24 de Fevereiro de 1994.

*apreço, a percentagem de 60% ... revelar-se-ia, por si, provavelmente, insuficiente para fazer presumir uma discriminação.*²⁶¹

Exemplo: no processo *Schönheit*, uma trabalhadora a tempo parcial alegou ter sido vítima de discriminação em razão do sexo.²⁶² A diferença nas pensões a pagar, que não se baseava em diferenças no tempo de serviço cumprido, levava a que a remuneração dos trabalhadores a tempo parcial fosse efectivamente inferior à dos trabalhadores a tempo inteiro. Foram apresentadas provas estatísticas para demonstrar que 87,9% dos trabalhadores a tempo parcial eram do sexo feminino. Uma vez que a medida, apesar da sua formulação neutra, prejudicava as mulheres de uma forma desproporcionada em relação aos homens, o TJE reconheceu que a mesma dava origem à presunção de discriminação indirecta em razão do sexo. O mesmo se verificou no processo *Gerster*,²⁶³ em que o tribunal reconheceu que a situação de desvantagem dos trabalhadores a tempo parcial, dos quais 87% eram mulheres, constituía prova suficiente.

Exemplo: o processo *Seymour-Smith* envolveu uma lei do Reino Unido sobre os despedimentos sem justa causa, a qual concedia protecção especial aos assalariados que tivessem trabalhado continuamente durante um período mínimo de dois anos para uma mesma entidade patronal.²⁶⁴ A queixosa alegou que tal medida constituía discriminação indirecta em razão do sexo, uma vez que as mulheres tinham menos probabilidades do que os homens de poder satisfazer a condição imposta. Este é um processo interessante, pois o TJE sugeriu que uma diferença menos importante pode, ainda assim, configurar discriminação indirecta se se revelar “persistente e relativamente constante durante um longo período entre os trabalhadores masculinos e os trabalhadores femininos”. Contudo, analisados os factos concretos do processo em apreço, o TJE constatou que os dados estatísticos apresentados, que indicavam que 77,4% dos homens e 68,9% das mulheres preenchiam o referido critério, não demonstravam que a proporção de mulheres capazes de satisfazer a referida condição fosse consideravelmente inferior à dos homens.

261 Conclusões do Advogado-Geral Leger de 31 de Maio de 1995, n.ºs 57-58, em TJE, *Nolte c. Landesversicherungsanstalt Hannover*, Pº C-317/93 [1995] Colect. I-4625, 14 de Dezembro de 1995.

262 TJE, *Hilde Schönheit c. Stadt Frankfurt am Main e Silvia Becker c. Land Hessen*, Processos apensos C-4/02 e C-5/02 [2003] Colect. I-12575, 23 de Outubro de 2003.

263 TJE, *Gerster c. Freistaat Bayern*, Pº C-1/95 [1997] Colect. I-5253, 2 de Outubro de 1997.

264 TJE, *R c. Secretary of State for Employment, ex parte Seymour-Smith e Perez*, Pº C-167/97 [1999] Colect. I-623, 9 de Fevereiro de 1999.

Exemplo: o processo *D.H. e Outros c. República Checa* envolveu queixas apresentadas por requerentes Roma alegando que os seus filhos haviam sido excluídos do sistema de ensino regular, e colocados em escolas “especiais” destinadas a alunos com dificuldades de aprendizagem, por pertencerem à etnia Roma.²⁶⁵ A transferência de crianças Roma para escolas “especiais” fora determinada com base em testes de avaliação da capacidade intelectual. Apesar de constituírem uma prática aparentemente “neutra”, pela sua natureza, os testes tornavam intrinsecamente mais difícil para os alunos Roma obter um resultado satisfatório e ingressar no sistema de ensino regular. A prová-lo, constatou o TEDH, estavam os dados estatísticos que apontavam para uma proporção particularmente elevada de alunos Roma colocados em escolas “especiais”. Os dados apresentados pelos requerentes relativos, concretamente, à sua zona geográfica mostravam que 50-56% dos alunos que frequentavam escolas “especiais” eram de origem Roma, embora estes representassem apenas cerca de 2% da população estudantil total. Dados retirados de fontes inter-governamentais sugeriam que, no conjunto do país, 80-90% de alunos Roma frequentavam escolas especiais. O TEDH considerou que, embora não fossem exactos, os dados revelavam que o número de alunos Roma afectado era desproporcionadamente elevado comparado com a sua percentagem no conjunto da população.²⁶⁶

Ao que parece, é possível provar que um grupo protegido é afectado de forma desproporcionada sempre que, mesmo não existindo dados estatísticos, as fontes disponíveis são fiáveis e corroboram tal consideração.

Exemplo: o processo *Opuz c. Turquia* envolveu um indivíduo com uma história de violência doméstica brutal e persistente contra a sua mulher, bem como contra a mãe desta, que acabou por morrer às suas mãos.²⁶⁷ O TEDH considerou que o Estado não cumprira a obrigação de proteger contra tratamentos desumanos e degradantes a queixosa e sua mãe, bem como a vida desta última. Considerou igualmente que a actuação do Estado fora discriminatória em relação às queixosas, pois a falta de uma resposta adequada em termos de protecção se baseara no facto de aquelas serem mulheres. O TEDH chegou a essa conclusão baseado, em parte, em provas de que as vítimas de violência doméstica eram predominantemente mulheres, e em números que davam conta do uso

265 TEDH, *D.H. e Outros c. República Checa* [GS] (N.º 57325/00), 13 de Novembro de 2007.

266 *Ibid.*, 196-201.

267 TEDH, *Opuz c. Turquia* (N.º 33401/02), 9 de Junho de 2009.

relativamente limitado que os tribunais nacionais faziam dos poderes de que dispunham para dar ordens destinadas a proteger as vítimas de violência doméstica. É interessante assinalar que, no processo em apreço, não foram apresentados ao TEDH dados estatísticos ilustrativos de que as vítimas de violência doméstica eram predominantemente mulheres, tendo aliás sido referido que a Amnistia Internacional declarara não existirem dados fiáveis sobre a matéria. O TEDH mostrou-se disposto, porém, a aceitar a opinião da Amnistia Internacional, de uma reputada ONG nacional e da Comissão das Nações Unidas para a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres de que a violência contra as mulheres constituía um problema importante na Turquia.

De notar que os dados estatísticos podem nem sempre ser necessários para provar casos de discriminação indirecta. A necessidade, ou não, de dados estatísticos para provar uma alegação depende dos factos do processo. Em particular, a apresentação de provas quanto a práticas ou convicções de outros, pertencentes à mesma categoria protegida, poderá ser suficiente.

Exemplo: no processo *Oršuš e Outros c. Croácia*, determinadas escolas haviam criado classes em que era ensinado um currículo reduzido em comparação com as classes normais.²⁶⁸ Foi alegado que estas classes continham um número desproporcionadamente elevado de alunos Roma e que, como tal, constituíam discriminação indirecta em razão da origem étnica. O governo argumentou que as referidas classes haviam sido constituídas com base na competência na língua croata e que, a partir do momento em que os alunos adquirissem um conhecimento adequado da língua, seriam transferidos para as classes do ensino regular. O TEDH concluiu que, ao contrário do processo *D.H. e Outros*, os dados estatísticos, por si só, não davam origem à presunção de discriminação. Numa das escolas, 44% dos alunos eram de etnia Roma e 73% integravam uma classe composta unicamente por alunos Roma. Em outra escola, 10% eram Roma e 36% pertenciam a uma classe composta apenas por Roma. Estes dados confirmaram que não existia a alegada política geral de colocar os alunos Roma em classes separadas. O TEDH, porém, prosseguiu declarando ser possível provar uma alegação de discriminação indirecta sem ter por base dados estatísticos. Constituía disso exemplo, no caso em apreço, o facto de a medida que consistia em colocar alunos em classes separadas com base no seu conhecimento insuficiente da língua croata ter sido aplicada unicamente a alunos Roma. Como tal, esse facto deu origem à presunção de tratamento diferenciado.

268 TEDH, *Oršuš e Outros c. Croácia* [GS] (N.º 15766/03), 16 de Março de 2010, n.ºs 152 e 153.

Exemplo: um caso levado perante o Advogado para o Princípio da Igualdade esloveno envolveu uma entidade patronal que fornecia aos empregados refeições que, frequentemente, incluíam produtos derivados de carne ou gordura de porco. Um empregado muçulmano solicitou que, em alternativa, lhe fosse concedida a verba mensalmente despendida com a sua alimentação para ele comprar os seus próprios alimentos, o que a entidade patronal recusou, mantendo tal prática unicamente em relação aos empregados que provassem a necessidade de ter uma dieta especial por razões de ordem médica.²⁶⁹ O caso foi considerado como constituindo discriminação indirecta, uma vez que uma prática aparentemente neutra comportava intrinsecamente um impacto adverso nos Muçulmanos, aos quais não é permitido o consumo de carne de porco. Nas circunstâncias do caso, não foi necessário apresentar provas estatísticas para demonstrar que a prática em causa afectava negativamente os Muçulmanos, pois o facto de os Muçulmanos não poderem comer carne de porco é facilmente comprovável por referência a provas das suas práticas religiosas.

Exemplo: um caso levado perante os tribunais do Reino Unido envolveu uma entidade patronal que proibia que os empregados usassem jóias, mesmo que por razões de ordem religiosa, por fora do uniforme.²⁷⁰ Uma empregada cristã alegou que tal proibição constituía discriminação em razão da sua religião, uma vez que não lhe era permitido usar uma cruz. No decurso do processo e dos recursos subsequentes, os tribunais mostraram-se dispostos a admitir que se poderia tratar de uma situação de discriminação indirecta por motivos religiosos, caso se pudesse provar que usar uma cruz constituía uma exigência da fé cristã. Com esse propósito, o Tribunal do Trabalho recorreu a testemunhos periciais sobre as práticas cristãs, não a provas estatísticas sobre o número de Cristãos que usam símbolos religiosos no local de trabalho.

269 Advogado para o Princípio da Igualdade (Eslovénia), Decisão N.º UEM-0921-1/2008-3, 28 de Agosto de 2008. Versão sumária em língua inglesa disponível em: FRA Infoportal, P.º 364-1; Rede europeia de peritos legais no domínio da não-discriminação, 8 (Julho de 2009) *European Anti-Discrimination Law Review*, p. 64.

270 Tribunal de Recurso (Reino Unido), *Eweida c. British Airways Plc* [2010] EWCA Civ 80, 12 de Fevereiro de 2010.

Questões-chave

- O motivo por detrás do tratamento menos favorável é irrelevante; o que conta é o impacto.
- Nos termos do direito comunitário, não é necessário estabelecer a existência de uma vítima identificável.
- O ónus inicial de apresentar provas que sugiram a ocorrência de discriminação recai sobre o queixoso.
- Podem ser utilizadas provas estatísticas para ajudar a dar origem à presunção de discriminação.
- O ónus desloca-se então para o autor presumível, que terá de apresentar provas que demonstrem que o tratamento menos favorável não teve por base uma das características protegidas.
- A presunção de discriminação pode ser refutada fazendo prova de que, das duas uma, a vítima não se encontra em situação semelhante à do seu “elemento de comparação”, ou a diferença de tratamento se baseia num factor objectivo, alheio à característica protegida. Se não conseguir refutar a presunção, o perpetrador pode, ainda assim, procurar justificar o tratamento diferenciado.

Leitura adicional

Bragoï, “La discrimination indirecte implique le transfert de la charge de la preuve au gouvernement défendeur: CourEDH, Gde Ch., D.H. et autres c. République tchèque, 13 novembre 2007”, 25 *L’Europe des libertés: revue d’actualité juridique* (2008) pgs. 18-19.

ERRC/Interights/MPG, *Strategic Litigation of Race Discrimination in Europe: from Principles to Practice* (Nottingham, Russell Press, 2004), Capítulo 4 “Strategic Litigation in Practice”.

Rede europeia de peritos legais no Domínio da Não-Discriminação, *Measuring Discrimination: Data Collection and EU Equality Law* (Luxemburgo, Serviço das Publicações, 2007), Capítulo 3 “The role of data in ensuring compliance with equal treatment law”.

Interights, *Non-Discrimination in International Law* (Londres, Interights, 2005), Capítulo 4 “Procedure: Making a Discrimination Claim”.

Horizons Stratégiques (N.º 5 2007/3), “La discrimination saisie sur le vif: Le testing” (publicação periódica que contém diversos artigos sobre situações de teste), disponível em: www.cairn.info/revue-horizons-strategiques-2007-3.htm.

Schiek, Waddington e Bell, *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law* (Oxford, Hart Publishing, 2007), Capítulo 8.5.1.E “Situation Testing”.

Lista de processos

Jurisprudência do Tribunal Internacional de Justiça

Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala) ICJ Reports [1955] 4, 23, 6 abril 1955..... 149

Jurisprudência do Tribunal de Justiça Europeu

Abrahamsson e Leif Anderson c. Elisabet Fogelqvist, P.º C-407/98 [2000]44
Allonby c. Accrington e Rossendale College e Outros, P.º C-256/01 [2004] 149
Angelidaki e Outros c. Organismos Nomarkhiaki Aftodiikisi Rethimnis,
P.º C-378/07 [2009]86

Barber c. Guardian Royal Exchange Assurance Group, P.º C-262/88 [1990] 74
Bilka-Kaufhaus GmbH c. Weber Von Hartz, P.º 170/84 [1986]50
Blaizot c. Université de Liège e Outros, P.º 24/86 [1988]75
Burton c. British Railways Board, P.º 19/81 [1982] 74

Casagrande c. Landeshauptstadt München, P.º 9/74 [1974]80
Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding
c. *Firma Feryn NV*, P.º C-54/07 [2008]..... 135
Chacon Navas c. Eures Colectividades SA, P.º C-13/05 [2006]109
Chen c. Secretary of State for the Home Department, P.º C-200/02 [2004] 117
Coleman c. Attridge Law e Steve Law, P.º C-303/06 [2008] 31
Comissão c. França, P.º 318/86 [1988] 53, 79
Comissão c. França, P.º C-35/97 [1998] 53, 79
Comissão c. Alemanha, P.º 248/83 [1985].....53

<i>Cristini c. SNCF</i> , P.º 32/75 [1975]	78
<i>De Weerd, nee Roks e Outros c. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Gezondheid, Geestelijke en Maatschappelijke Belangen e Outros</i> , P.º C-343/92 [1994]	34, 105, 142
<i>Defrenne c. SABENA</i> , P.º 43/75 [1976]	98
<i>Dekker c. Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus</i> , P.º C-177/88 [1990]	28
<i>Garland c. British Rail Engineering Limited</i> , P.º 12/81 [1982]	74
<i>Gerster c. Freistaat Bayern</i> , P.º C-1/95 [1997] Colect. I-5253, 2 de Outubro de 1997.....	143
<i>Gravier c. Ville de Liege e Outros</i> , P.º 293/83 [1985]	75
<i>Groener c. Minister for Education and the City of Dublin Vocational Educational Committee</i> P.º C-379/87 [1989]	125
<i>Hilde Schönheit c. Stadt Frankfurt am Main e Silvia Becker c. Land Hessen</i> , Processos apensos C-4/02 e C-5/02 [2003]	33, 143
<i>Hill e Stapleton c. The Revenue Commissioners e Department of Finance</i> , P.º C-243/95 [1998]	99
<i>Jämställdhetsombudsmannen c. Örebro läns landsting</i> , P.º C-236/98 [2000]	73
<i>Johnston c. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary</i> , P.º 222/84 [1986]	52
<i>K.B. c. NHS Pensions Agency</i> , P.º C-117/01 [2004]	101
<i>Kalanke c. Freie Hansestadt Bremen</i> , P.º C-450/93 [1995]	44
<i>Kohl c. Union des Caisses de Maladie</i> , P.º C-158/96, [1998]	82
<i>Kowalska c. Freie und Hansestadt Hamburg</i> , P.º C-33/89 [1990]	142
<i>Kreil c. Bundesrepublik Deutschland</i> , P.º C-285/98 [2000]	55
<i>Lewen c. Denda</i> , P.º C-333/97 [1999]	74
<i>Lommers c. Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij</i> , P.º C-476/99 [2002]	73
<i>Mahlburg c. Land Mecklenburg-Vorpommern</i> , P.º C-207/98 [2000]	54
<i>Marschall c. Land Nordrhein-Westfalen</i> , P.º C-409/95 [1997]	44
<i>Maruko c. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen</i> , P.º C-267/06 [2008]	29

<i>Matteucci c. Communaute Francaise de Belgique</i> , P.º 235/87 [1988]	79
<i>Megner e Scheffel c. Innungskrankenkasse Vorderpfalz</i> , P.º C-444/93 [1995]	105
<i>Meyers c. Adjudication Officer</i> , P.º C-116/94 [1995]	72, 73
<i>Ministério Público c. Even</i> , P.º 207/78 [1979]	78
<i>Ministério Público c. Mutsch</i> , P.º 137/84 [1985]	79
<i>Nimz c. Freie und Hansestadt Hamburg</i> , P.º C-184/89 [1991]	34, 142
<i>Nolte c. Landesversicherungsanstalt Hannover</i> , P.º C-317/93 [1995]	34, 105, 143
<i>P c. S e Cornwall County Council</i> , P.º C-13/94 [1996]	31
<i>Palacios de la Villa c. Cortefiel Servicios SA</i> , P.º C-411/05 [2007]	58, 74
<i>Peerbooms c. Stichting CZ Groep Zorgverzekeringen</i> , P.º C-157/99 [2001]	82
<i>R c. Secretary of State for Employment, ex parte Seymour-Smith e Perez</i> , P.º C-167/97 [1999]	143
<i>Reina c. Landeskreditbank Baden-Württemberg</i> , P.º 65/81 [1982]	79
<i>Richards c. Secretary of State for Work and Pensions</i> , P.º C-423/04 [2006]	27, 101
<i>Rinner-Kuhn c. FWW Spezial-Gebaeudereinigung</i> , P.º 171/88 [1989]	34, 142
<i>Sabbatini c. Parlamento Europeu</i> , P.º 20/71 [1972]	74
<i>Sahlstedt e Outros c. Comissão</i> , P.º C-362/06 [2009]	86
<i>Schnorbus c. Land Hessen</i> , P.º C-79/99 [2000]	72, 104
<i>Sirdar c. The Army Board e Secretary of State for Defence</i> , P.º C-273/97 [1999]	55
<i>Susanna Brunnhofer c. Bank der österreichischen Postsparkasse AG</i> , P.º C-381/99 [2001]	
<i>Vassilakis e Outros c. Dimos Kerkyras</i> , P.º C-364/07 [2008]	86
<i>Webb c. EMO Cargo (UK) Ltd</i> , P.º C-32/93 [1994]	28

Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

<i>97 Membros da Congregação das Testemunhas de Jeová de Gldani e 4 Outros c. Geórgia</i> (N.º 71156/01), 3 de Maio de 2007	92
<i>Abdulaziz, Cabales e Balkandali c. Reino Unido</i> (N.ºs 9214/80, 9473/81 e 9474/81), 28 de Maio de 1985	119
<i>Alujer Fernandez e Caballero García c. Espanha</i> (dec.) (N.º 53072/99), 14 de Junho de 2001	122
<i>Anakomba Yula c. Bélgica</i> (N.º 45413/07), 10 de Março de 2009	87, 118
<i>Andrejeva c. Letónia</i> [GS] (N.º 55707/00), 18 de Fevereiro de 2009	70, 80, 120
<i>Aziz c. Chiore</i> (N.º 69949/01), 22 de Junho de 2004	30
<i>Bączkowski e Outros c. Polónia</i> (N.º 1543/06), 3 de Maio de 2007	38, 90
<i>Balsyt-Lideikien c. Lituânia</i> (N.º 72596/01), 4 de Novembro de 2008	93
<i>Barrow c. Reino Unido</i> (N.º 42735/02), 22 de Agosto de 2006	104
<i>Bigaeva c. Grécia</i> (N.º 26713/05), 28 de Maio de 2009	76
<i>Bouamar c. Bélgica</i> (N.º 9106/80), 29 de Fevereiro de 1988	113
<i>Buckley c. Reino Unido</i> (N.º 20348/92), 25 de Setembro de 1996	83
<i>Burden c. Reino Unido</i> [GS] (N.º 13378/05), 29 de Abril de 2008	25, 27, 49
<i>C. c. Bélgica</i> (N.º 21794/93), 7 de Agosto de 1996	119
<i>Campbell e Cosans c. Reino Unido</i> (N.ºs 7511/76 e 7743/76), 25 de Fevereiro de 1982	124
<i>Carson e Outros c. Reino Unido</i> [GS] (N.º 42184/05), 16 de Março de 2010	25, 28, 69, 129
<i>Processo “relativo a determinados aspectos da legislação sobre a utilização das línguas no ensino na Bélgica” c. Bélgica</i> (N.º 1474/62 e Outros), 23 de Julho de 1968	125
<i>Castells c. Espanha</i> (N.º 11798/85), 23 de Abril de 1992	91, 129
<i>Cha'are Shalom Ve Tsedek c. França</i> [GS] (N.º 27417/95), 27 de Junho de 2000	122
<i>Chahal c. Reino Unido</i> (N.º 22414/93), 15 de Novembro de 1996	119
<i>Chassagnou e Outros. c. França</i> (N.º 25088/94), 29 de Abril de 1999	127
<i>Igreja de Cientologia de Moscovo c. Rússia</i> (N.º 18147/02), 5 de Abril de 2007	123
<i>D.G. c. Irlanda</i> (N.º 39474/98), 16 de Maio de 2002	113
<i>D.H. e Outros c. República Checa</i> [GS] (N.º 57325/00), 13 de Novembro de 2007	25, 32, 33, 34, 80, 137, 140, 144
<i>Dahlab c. Suíça</i> (dec.) (N.º 42393/98), 15 de Fevereiro de 2001	124

<i>Danilenkov e Outros c. Rússia</i> (N.º 67336/01), 30 de Julho de 2009	76, 129
<i>Demir e Baykara c. Turquia</i> (N.º 34503/97), 12 de Novembro de 2008	76
<i>Đokić c. Bósnia-Herzegovina</i> (N.º 6518/04), 27 de Maio de 2010	85
<i>Dudgeon c. Reino Unido</i> (N.º 7525/76), 22 de Outubro de 1981	108
<i>E.B. c. França</i> [GS] (N.º 43546/02), 22 de Janeiro de 2008	68, 88, 107
<i>Engel e Outros c. Países Baixos</i> (N.ºs 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 e 5370/72), 8 de Junho de 1976	129
<i>Féret c. Bélgica</i> (N.º 15615/07), 16 de Julho de 2009	93
<i>Fretté c. França</i> (N.º 36515/97), 26 de Fevereiro de 2002	107
<i>Gaygusuz c. Áustria</i> (N.º 17371/90), 16 de Setembro de 1996	27, 70, 80, 120
<i>Glor c. Suíça</i> (N.º 13444/04), 30 de Abril de 2009	110
<i>Goodwin c. Reino Unido</i> , [GS] (N.º 28957/95), 11 de Julho de 2002	101, 102
<i>Grande Oriente d'Italia di Palazzo Giustiniani c. Itália</i> (N.º 2) (N.º 26740/02), 31 de Maio de 2007	129
<i>Handyside c. Reino Unido</i> (N.º 5493/72), 7 de Dezembro de 1976	128
<i>Hasan e Chaush c. Bulgária</i> [GS] (N.º 30985/96), 26 de Outubro de 2000	123
<i>Hoogendijk c. Países Baixos (Admissibilidade)</i> (N.º 58641/00), 6 de Janeiro de 2005	24
<i>I c. Reino Unido</i> [GS] (N.º 25680/94), 11 de Julho de 2002	102, 119
<i>K.H. e Outros c. Eslováquia</i> (N.º 32881/04), 28 de Abril de 2009	80
<i>Karner c. Áustria</i> (N.º 40016/98), 24 de Julho de 2003	108
<i>Köse e Outros c. Turquia</i> (dec.) (N.º 26625/02), 24 de Janeiro de 2006	124
<i>Koua Poirrez c. França</i> (N.º 40892/98), 30 de Setembro de 2003	70, 80, 121
<i>L c. Lituânia</i> (N.º 27527/03), 11 de Setembro de 2007	102
<i>Le Pen c. França</i> (Dez) (N.º 18788/09), 20 de Abril de 2010	93
<i>Loizidou c. Turquia</i> (N.º 15318/89), 18 de Dezembro de 1996	64
<i>Luczak c. Polónia</i> (N.º 77782/01), 27 de Novembro de 2007	27
<i>Mazurek c. França</i> (N.º 34406/97), 1 de Fevereiro de 2000	88, 89, 127
<i>Igreja Metropolitana de Bessarábia e Outros c. Moldávia</i> (N.º 45701/99), 14 de Dezembro de 2001	123

<i>Moldovan e Outros c. Roménia</i> (N.º 2) (N.ºs 41138/98 e 64320/01), 12 de Julho de 2005.....	84, 86
<i>Moustaquim c. Bélgica</i> (N.º 12313/86), 18 de Fevereiro de 1991.....	26, 119
<i>Muñoz Díaz c. Espanha</i> (N.º 49151/07), 8 de Dezembro de 2009.....	88
<i>Nachova e Outros c. Bulgária</i> [GS] (N.ºs 43577/98 e 43579/98), 6 de Julho de 2005.....	91, 137, 138
<i>Opuz c. Turquia</i> (N.º 33401/02), 9 de Junho de 2009	32, 144
<i>Oršuš e Outros c. Croácia</i> [GS] (N.º 15766/03), 16 de Março de 2010	81, 145
<i>Paraskeva Todorova c. Bulgária</i> (N.º 37193/07), 25 de Março de 2010	39, 86
<i>Pearson c. Reino Unido</i> (N.º 8374/03), 22 de Agosto de 2006.....	104
<i>Petrov c. Bulgária</i> (N.º 15197/02), 22 de Maio de 2008.....	129
<i>Pretty c. Reino Unido</i> (N.º 2346/02), 29 de Abril de 2002.....	40, 111
<i>Price c. Reino Unido</i> (N.º 33394/96), 10 de Julho de 2001	111
<i>Rasmussen c. Dinamarca</i> (N.º 8777/79), 28 de Novembro de 1984.....	88, 90
<i>S.L. c. Áustria</i> (N.º 45330/99), 9 de Janeiro de 2003	107
<i>Sahin c. Alemanha</i> [GS] (N.º 30943/96), 8 de Julho de 2003	89, 129
<i>Schwizgebel c. Suíça</i> (N.º 25762/07), 10 de Junho de 2010	112,
<i>Sečić c. Croácia</i> (N.º 40116/02), 31 de Maio de 2007.....	91
<i>Sejdić e Finci c. Bósnia-Herzegovina</i> [GS] (N.ºs 27996/06 e 34836/06), 22 de Dezembro de 2009.....	115, 116
<i>Sidabras e Džiautas c. Lituânia</i> (N.ºs 55480/00 e 59330/00), 27 de Julho de 2004.....	69, 76
<i>Ślawomir Musiał c. Polónia</i> (N.º 28300/06), 20 de Janeiro de 2009	80
<i>Smith e Grady c. Reino Unido</i> (N.ºs 33985/96 e 33986/96), 27 de Setembro de 1999.....	85
<i>Partido Socialista e Outros c. Turquia</i> (N.º 21237/93), 25 de Maio de 1998.....	91
<i>Sommerfeld c. Alemanha</i> [GS] (N.º 31871/96), 8 de Julho de 2003.....	68, 88, 89, 129
<i>Stec e Outros c. Reino Unido</i> [GS] (N.ºs 65731/01 e 65900/01), 12 de Abril de 2006	70, 104
<i>Steel e Morris c. Reino Unido</i> (N.º 68416/01), 15 de Fevereiro de 2005	128
<i>T. c. Reino Unido</i> [GS] (N.º 24724/94), 16 de Dezembro de 1999.....	40, 111, 113

<i>Secção de Moscovo do Exército de Salvação c. Rússia</i> (N.º 72881/01), 5 de Outubro de 2006.....	123
<i>Thlimmenos c. Grécia</i> [GS] (N.º 34369/97), 6 de Abril de 2000	40
<i>Timishev c. Rússia</i> (N.ºs 55762/00 e 55974/00), 13 de Dezembro de 2005	115, 116, 137, 137
<i>Turan Cakir c. Bélgica</i> (N.º 44256/06), 10 de Março de 2009	91
<i>Ünal Tekeli c. Turquia</i> (N.º 29865/96), 16 de Novembro de 2004.....	100
<i>Van Kück c. Alemanha</i> (N.º 35968/97), 12 de Junho de 2003	103
<i>Walker c. Reino Unido</i> (N.º 37212/02), 22 de Agosto de 2006	104
<i>Weller c. Hungria</i> (N.º 44399/05), 31 de Março de 2009	31, 70, 129
<i>Willem c. França</i> , (N.º 10883/05), 16 de Julho de 2009	93
<i>Wintersberger c. Áustria</i> (Dez) (N.º 57448/00), 27 de Maio de 2003	47
<i>Zarb Adami c. Malta</i> (N.º 17209/02), 20 de Junho de 2006.....	32, 68, 100
<i>Zeïbek c. Grécia</i> (N.º 46368/06), 9 de Julho de 2009	118

Jurisprudência do Comité Europeu dos Direitos Sociais

<i>Mental Disability Advocacy Centre (MDAC) c. Bulgária</i> (Queixa N.º 41/2007), 3 de Junho de 2008.....	137
<i>SUD Travail Affaires Sociales c. França</i> (Queixa N.º 24/2004), 8 de Novembro de 2005.....	137

Jurisprudência do Comité dos Direitos Humanos

<i>Diergaardt e Outros c. Namíbia</i> , Comunicação N.º 760/1997, 6 de Setembro de 2000	126
--	-----

Jurisprudência dos tribunais nacionais

Áustria - Bezirksgericht Döbling, GZ 17 C 1597/05f-17, 23 de Janeiro de 2006	82
Áustria - Comissão para a igualdade de tratamento, Senado III	116

Bélgica - Decisão do Correctionele Rechtbank van Antwerpen, 7 de Dezembro de 2004	84
Bulgária - Decisão N.º 164 no P.º Civil N.º 2860/2006, Tribunal Regional de Sófia, 21 de Junho de 2006.....	38
Chipre - Ref. A.K.I. 37/2008, Órgão de promoção da igualdade, 8 de Outubro de 2008.....	41
Eslovénia - Advogado para o Princípio da Igualdade, Decisão N.º UEM-0921-1/2008-3, 28 de Agosto de 2008	146
Finlândia - Vaasan Hallinto-oikeus - 04/0253/3, Tribunal Administrativo de Vaasa	57
França - <i>Boutheiller c. Ministério da Educação</i> , Acórdão N.º 0500526-3, Tribunal Administrativo de Rouen, 24 de Junho de 2008	41
França - Acórdão N.º M 08-88.017 e N.º 2074, Secção penal do Tribunal de Cassação, 7 de Abril de 2009.....	82
França - <i>Lenormand c. Balenci</i> , N.º 08/00907, Tribunal de Recurso de Nîmes, 6 de Novembro de 2008	82
Hungria - Decisão N.º 654/2009, 20 de Dezembro de 2009, Autoridade para a Igualdade de Tratamento.....	37, 82
Hungria - Autoridade para a Igualdade de Tratamento, P.º N.º 72, Abril de 2008	37, 82
Reino Unido - <i>Amicus MSF Section, R (a pedido de) c. Ministro do Comércio e da Indústria britânico</i> , Supremo Tribunal do Reino Unido, 26 de Abril de 2004.....	57
Reino Unido - <i>Eweida c. British Airways Plc</i> , Tribunal de Recurso do Reino Unido, 12 de Fevereiro de 2010.	146
Reino Unido - <i>Conselho Autárquico de Islington, Londres c. Ladele (Liberty intervening)</i> , Tribunal de Recurso do Reino Unido, 12 de Fevereiro de 2010	123
Reino Unido - <i>James c. Conselho Autárquico de Eastleigh</i> [1990] Câmara dos Lordes do Reino Unido 6, 14 Junho 1990	29
Reino Unido - <i>MacCulloch c. Imperial Chemical Industries Plc</i> , Tribunal de Recurso do Trabalho do Reino Unido, 22 de Julho de 2008.....	59

Suécia - <i>Escape Bar and Restaurant c. Provedoria contra a Discriminação Étnica</i> T-2224-07, Supremo Tribunal, 1 de Outubro de 2008	82, 141
Suécia - <i>HomO</i> , Dossiê N.º 262/06, 21 de Junho de 2006.....	103, 107, 107, 107
Suécia - <i>Provedoria contra a Discriminação em razão da Orientação Sexual</i> c. A.S., P.º N.º T-3562-06, Tribunal de Recurso sueco, 11 de Fevereiro de 2008 ...	82

Índice de textos jurídicos

Instrumentos internacionais

Convenção das Nações Unidas Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (10 de Dezembro de 1984)

Convenção das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (18 de Dezembro de 1979)

Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança (20 de Novembro de 1989)

Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (13 de Dezembro de 2006)

Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (4 de Novembro de 1950)

Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (4 de Janeiro de 1969)

Declaração Universal dos Direitos do Homem (10 de Dezembro de 1948)

Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (16 de Dezembro de 1966)

Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais (16 de Dezembro de 1966)

Instrumentos da UE

Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (7 de Dezembro de 2000)

Declaração do Conselho sobre a execução da Recomendação da Comissão relativa à protecção da dignidade da mulher e do homem no trabalho, incluindo o código de conduta destinado a combater o assédio sexual (19 de Dezembro de 1991)

Directiva 2000/43/CE do Conselho que aplica o princípio da igualdade de tratamento entre as pessoas, sem distinção de origem racial ou étnica (29 de Junho de 2000)

Directiva 2000/78/CE do Conselho que estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na actividade profissional (27 de Novembro de 2000)

Directiva 2004/113/CE do Conselho que aplica o princípio de igualdade de tratamento entre homens e mulheres no acesso a bens e serviços e seu fornecimento (13 de Dezembro de 2004)

Directiva 2006/54/CE do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à aplicação do princípio da igualdade de oportunidades e igualdade de tratamento entre homens e mulheres em domínios ligados ao emprego e à actividade profissional (reformulação) (5 de Julho de 2006)

Directiva 76/207/CEE do Conselho relativa à concretização do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que se refere ao acesso ao emprego, à formação e promoção profissionais e às condições de trabalho (9 de Fevereiro de 1976)

Directiva 79/7/CEE do Conselho relativa à realização progressiva do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres em matéria de segurança social (19 de Dezembro de 1978)

Recomendação 92/131/CEE da Comissão relativa à protecção da dignidade da mulher e do homem no trabalho (27 de Novembro de 1991)

Tratado de Lisboa que altera o Tratado da União Europeia e o Tratado que institui a Comunidade Europeia (13 de Dezembro de 2007)

Outra documentação disponível em CD-Rom

- i. Directiva 79/7/CEE do Conselho, de 19 de Dezembro de 1978, relativa à realização progressiva do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres em matéria de segurança social [DE – EN – FR]
- ii. Edell, *The prohibition of discrimination under the European Convention on Human Rights*, Human Rights Files, N.º 22, 2010 [EN – FR]
- iii. Comissão Europeia, *Combater a discriminação: Manual de formação*, 2006 [DE – EN – FR]
- iv. Rede Europeia de Mecanismos para a Igualdade (Equinet), *Dynamic Interpretation: European Anti-Discrimination Law in Practice*, Volume I [EN – FR], Volume II [EN – FR], Volume III [EN – FR], Volume IV [EN]
- v. Rede Europeia de Mecanismos para a Igualdade (Equinet), *Combating Discrimination in Goods and Services*, 2004 [EN – FR]
- vi. Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia (FRA), *The impact of the Racial Equality Directive. Views of trade unions and employers in the European Union*, 2010 [EN]
- vii. Estudos de casos à luz dos artigos 2.º, 3.º, 5.º, 6.º, 7.º, 8.º, 9.º, 10.º, 11.º, 13.º e 14.º da Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, bem como do artigo 1.º do Protocolo 1 à CEDH [DE – EN – FR]
- viii. Sumários de uma selecção de processos apreciados pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, em húngaro [HU]

Fontes em linha

Fontes	Endereço Web ²⁷¹
Sítio Web “Human Rights Education for Legal Professionals” do Conselho da Europa	www.coehelp.org/course/view.php?id=18&topic=1
Equinet, <i>Dynamic Interpretation: European Anti-Discrimination Law in Practice</i> , Volumes I-IV	www.equineteurope.org/equinetpublications.html
Rede europeia de peritos legais no domínio da não-discriminação, “News Report”	www.non-discrimination.net/content/media/HU-14-HU_harassment_of_Roma_pupils_by_teachers.pdf
Grgić, Mataga, Longar e Vilfan, <i>The Right to Property under the ECHR</i> , Human Rights Handbooks, N.º 10, 2007	www.coehelp.org/mod/resource/view.php?inpopup=true&id=2123
Protocolo N.º 12 à Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (ETS N.º 177), Relatório Explicativo, n.º 22	http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/177.htm
Kilkelly, <i>The Right to Respect for Private and Family Life</i> , Human Rights Handbooks, N.º 1, 2001	www.coehelp.org/mod/resource/view.php?inpopup=true&id=1636
Equinet, <i>Combating Discrimination in Goods and Services</i> , 2004	www.equineteurope.org/68.html

271 Todos os hiperlinks foram accesseíveis no 10 de Março de 2011.

Fontes	Endereço Web
Princípios de Yogyakarta sobre a Aplicação da Legislação Internacional em matéria de Direitos Humanos em relação à Orientação Sexual e à Identidade de Género	www.yogyakartaprinciples.org/principles_en.htm
FRA InfoPortal	http://infoportal.fra.europa.eu
FRA, relatório sobre: <i>The impact of the Racial Equality Directive. Views of trade unions and employers in the European Union</i> , 2010	http://fra.europa.eu/fraWebsite/research/publications/publications_per_year/pub_racial_equal_directive_en.htm
Estudo de caso 15, Detenção, prisão preventiva, maus-tratos de indivíduo de etnia Roma	www.coehelp.org/course/view.php?id=18&topic=1
Murdoch, <i>Freedom of Thought, Conscience and Religion</i> , Human Rights Handbooks, N.º 2, 2007	www.coehelp.org/mod/resource/view.php?inpopup=true&id=2122
Human Rights Handbooks, CdE	www.coehelp.org/course/view.php?id=54
Comision Européia, Combater a Discriminação: Manual de Formação, 2006	http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=427&langId=en&moreDocuments=yes



Nota sobre a jurisprudência citada

A jurisprudência referida no presente manual faculta ao leitor toda a informação necessária para encontrar a apreciação judicial completa do processo em causa. Isto poderá ser considerado útil, caso o leitor deseje conhecer de forma mais aprofundada o raciocínio e a análise aplicados perante o respectivo tribunal para chegar ao acórdão em questão.

Na sua maioria, os processos referidos na presente publicação foram decididos perante o TJE ou perante o TEDH. Como tal, é neles que se centrará a continuação do debate. Poder-se-á, todavia, empregar métodos semelhantes quando se recorrer a bases de dados de jurisprudência nacional.

Para encontrar a jurisprudência do TEDH, o leitor poderá aceder ao Portal HUDOC do TEDH, que permite o acesso livre à jurisprudência do TEDH: www.ECHR.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/Hudoc/Hudoc+database/. O portal HUDOC dispõe de um motor de busca de fácil utilização que permite encontrar a jurisprudência desejada. A forma mais simples de encontrar o processo pretendido é inserindo o número do requerimento na caixa de busca intitulada “Application Number”.

Para encontrar a jurisprudência do TJE, o leitor poderá aceder ao motor de busca CURIA, que permite o acesso livre à jurisprudência do TJE: <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=en>. O motor de busca CURIA é de fácil utilização e permite encontrar a jurisprudência desejada. A forma mais simples de encontrar o processo pretendido é inserindo o número do requerimento na caixa de busca intitulada “Número de processo”.

Em alternativa, ambos os motores de busca sugeridos (ou qualquer motor de busca utilizado) permitirão ao utilizador fazer a busca dos processos pela data. A localização da jurisprudência pretendida através da busca do processo por data foi facilitada com a indicação da data em cada um dos processos incluídos no presente manual.

Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia
Tribunal Europeu dos Direitos do Homem – Conselho da Europa

Manual sobre a legislação Europeia Andiscriminação

2011 — 166 p. — 14,8 × 21 cm

ISBN 978-92-871-9980-5 (Conselho da Europa)

ISBN 978-92-9192-868-2 (FRA)

doi:10.2811/99423

Uma grande quantidade de informações sobre a Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia está disponível na Internet. Ele pode ser acessado através do site FRA (<http://fra.europa.eu>).

Poderá encontrar mais informação sobre a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem no site do Tribunal: www.echr.coe.int. O portal de busca HUDOC disponibiliza acesso a sentenças e decisões em inglês e/ou francês, traduções para outras línguas, notas mensais de informação sobre a jurisprudência, comunicados de imprensa e outras informações sobre as actividades do Tribunal.

Como obter publicações da União Europeia

Publicações gratuitas:

- via EU Bookshop (<http://bookshop.europa.eu>);
- Nas representações ou delegações da União Europeia. Pode obter os respectivos contactos em: <http://ec.europa.eu> ou enviando um fax para: +352 2929-42758.

Publicações pagas:

- via EU Bookshop (<http://bookshop.europa.eu>).

Assinaturas pagas (por exemplo, as séries annualis do Jornal Oficial da União Europeia, as colectâneas da jurisprudência do Tribunal de Justiça):

- através de um dos agentes de vendas do Serviço das Publicações da União Europeia (http://publications.europa.eu/others/agents/index_pt.htm).

Como obter publicações do Conselho da Europa

O Serviço de Publicações do Conselho da Europa produz obras em todas as áreas de referência da organização, incluindo direitos do homem, ciência jurídica, saúde, ética, assuntos sociais, ambiente, educação, cultura, desporto, juventude e património arquitectónico. Os livros e as publicações electrónicas deste vasto catálogo podem ser encomendados em linha (<http://book.coe.int/>).

Uma sala virtual de leitura propõe aos utilizadores a consulta gratuita de excertos das obras principais acabadas de publicar ou textos completos de certos documentos oficiais.

Toda a informação sobre as diversas Convenções do Conselho da Europa, assim como os textos completos das mesmas, estão disponíveis no site do Gabinete do Tratado: <http://conventions.coe.int/>.



A legislação europeia antidiscriminação, constituída pelas directivas da União Europeia relativas à não-discriminação e pelo artigo 14.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e o seu Protocolo n.º 12, proíbe a discriminação numa diversidade de contextos e com base em diversos motivos. No presente Manual analisa-se a legislação europeia neste domínio, tal como decorre dessas duas fontes, remetendo indiferenciadamente para um ou outro destes sistemas jurídicos complementares nas situações em que os mesmos se sobrepõem, ou assinalando as diferenças onde estas existem. Atendendo ao impressionante corpus de jurisprudência desenvolvido pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e o Tribunal de Justiça da União Europeia no domínio da luta contra a discriminação, afigurou-se útil apresentar um manual (acompanhado de um CD-Rom) facilmente acessível aos profissionais da justiça, nomeadamente juizes, representantes do Ministério Público, advogados e responsáveis pela aplicação da lei, que exercem nos Estados-Membros da União Europeia e no Conselho da Europa, e não só.

AGÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA

Schwarzenbergplatz 11 – 1040 Viena – Áustria
Tel. +43 (1) 580 30-60 – Fax +43 (1) 580 30-693
fra.europa.eu – info@fra.europa.eu

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM CONSELHO DA EUROPA

67075 Estrasburgo Cedex – França
Tel. +33 (0) 3 88 41 20 18 – Fax +33 (0) 3 88 41 27 30
echr.coe.int – publishing@echr.coe.int



■ Serviço das Publicações

ISBN 978-92-871-9980-5
ISBN 978-92-9392-666-2



9 789291 928682