

Direito à Igualdade e Não Discriminação na Administração da Justiça

OBJECTIVOS DA APRENDIZAGEM  Familiarizar os participantes com a noção de igualdade perante a lei e o princípio da não discriminação na aceção das normas internacionais de direitos humanos.

- Ilustrar de que forma estes princípios são aplicados na prática a nível universal e regional.
- Identificar alguns grupos que possam ser particularmente vulneráveis a tratamentos discriminatórios.
- Explicar que providências, medidas e/ou acções legais deverão tomar os juízes, magistrados do Ministério Público e advogados a fim de salvaguardar a noção de igualdade perante a lei e o princípio da não discriminação.

QUESTÕES  Como define “discriminação” e/ou “desigualdade” de tratamento?

- De que forma são a noção de igualdade perante a lei e o princípio da não discriminação protegidos no país onde trabalha?
- Alguma vez se viu confrontado com casos de discriminação na sua vida profissional?
- Existem alguns grupos particularmente vulneráveis no país onde trabalha?
- Em caso afirmativo, quais são e de que forma são discriminados?
- No país onde trabalha, existem alguns particulares problemas de discriminação com base no género?
- Em caso afirmativo, quais são?
- Que medidas pode tomar enquanto operador judiciário para proteger o direito de todos à igualdade perante a lei e garantir o direito de indivíduos e grupos a não serem sujeitos a discriminação?

INSTRUMENTOS JURÍDICOS ¹Instrumentos Universais PERTINENTES

- *Carta das Nações Unidas, de 1945*
- *Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, de 1966*
- *Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais, de 1966*
- *Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, de 1965*
- *Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, de 1979*
- *Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989*
- *Estatuto do Tribunal Penal Internacional para a ex-Jugoslávia, de 1993*
- *Estatuto do Tribunal Penal Internacional para o Ruanda, de 1994*
- *Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, de 1998*
- *As Quatro Convenções de Genebra de 12 de Agosto de 1949¹*

¹ Para mais instrumentos jurídicos relativos à discriminação, vide o *Manual do Formador*, Anexo II – Separata N.º 1.

* * *

- *Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948*
- *Declaração sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação Baseadas na Religião ou Convicção, de 1981*
- *Declaração sobre os Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas, de 1992*

Instrumentos Regionais

- *Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, de 1981*
- *Carta Africana dos Direitos e do Bem-Estar da Criança, de 1990*
- *Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969*
- *Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, de 1994*
- *Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência, de 1999*
- *Convenção Europeia dos Direitos do Homem, de 1950*
- *Carta Social Europeia, de 1961, e Carta Social Europeia (Revista), de 1996*
- *Convenção Quadro para a Protecção das Minorias Nacionais, de 1995*

1. Introdução *

1.1 DISCRIMINAÇÃO: UMA VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS GRAVE E PERSISTENTE

Apesar dos progressos sem precedentes registados a nível internacional no domínio do reforço da

protecção jurídica de indivíduos e grupos de indivíduos contra a discriminação, relatos de todas as partes do mundo confirmam que as práticas e actos discriminatórios são tudo menos uma reminiscência do passado. A discriminação é multifacetada e está presente, não só no âmbito do Estado ou das estruturas públicas, mas também na sociedade civil em geral. Em maior ou menor

grau, a discriminação pode pois afectar a forma como as pessoas são tratadas em todas as esferas da sociedade, como a política, a educação, o emprego, os serviços médicos e sociais, a habitação, o sistema prisional, a aplicação da lei e a administração da justiça em geral.

A discriminação pode ter diferentes causas e pode afectar pessoas de diferentes origens raciais, étnicas, nacionais ou sociais, como comunidades de origem asiática ou africana, ciganos, povos indígenas, aborígenes e pessoas pertencentes a diferentes castas. Pode também atingir pessoas de diferentes origens culturais, linguísticas ou religiosas, pessoas com deficiência ou idosos e, por exemplo, portadores do vírus VIH ou doentes de SIDA. As pessoas podem ainda ser vítimas de discriminação em virtude da sua orientação ou preferências sexuais.

A discriminação baseada no género é também comum, apesar dos progressos registados em muitos países. Ainda existem leis que, entre outros aspectos, negam à mulher o direito de representar os bens do casal, o direito de herdar em condições de igualdade com o homem e o direito de trabalhar e de viajar sem a autorização do marido. As mulheres são também particularmente vulneráveis à violência e aos abusos, que continuam a não diminuir em muitos países, e são frequentemente vítimas de dupla discriminação, devido à sua raça ou origem e devido ao facto de serem mulheres.

Um grande problema dos dias de hoje é também a discriminação a que muitas pessoas, especialmente mulheres e crianças, estão sujeitas devido ao facto de viverem em condições de pobreza ou extrema pobreza. Estas circunstâncias podem obrigá-las a migrar e contribuem para o aumento dos casos de tráfico de pessoas, em particular mulheres e crianças, que são também frequentemente sujeitas a coacção física, violência e intimidação.

Em muitos países, em particular europeus, registou-se nos últimos anos um perturbador aumento dos casos de violência racista e xenófoba contra requerentes de asilo e estrangeiros em geral, por parte de grupos neo-nazis e outros compostos

principalmente por jovens. Porém, tais ataques têm atingido, não só pessoas de origem estrangeira, mas também pessoas que se atrevem a contestar a legitimidade dos actos cometidos pelos grupos em causa e a filosofia discriminatória ou de superioridade racial que representam. Este tipo de filosofias e outros fundamentos de discriminação contam-se entre as causas profundas do trágico aumento dos fluxos de refugiados e pessoas internamente deslocadas durante a última década.

Tal como foi demonstrado pela Conferência Mundial contra o Racismo realizada em Durban, África do Sul, em 2001, o desafio enfrentado pelos Governos, organizações não governamentais e sociedade civil para conter a vaga de discriminação é considerável e exige esforços sérios, eficazes e concertados por parte de todos os interessados.

1.2 PAPEL DOS JUÍZES, MAGISTRADOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO E ADVOGADOS NA PROTECÇÃO DAS PESSOAS CONTRA A DISCRIMINAÇÃO

Os juízes, magistrados do Ministério Público e advogados têm naturalmente um papel fundamental a desempenhar na protecção das pessoas contra a discriminação. A sua tarefa consiste em garantir que as leis e regulamentos em vigor que proíbem a discriminação são respeitados na prática forense. Em alguns países, a discriminação é proibida *de jure*, mas as leis não são devidamente aplicadas. Os juízes, magistrados do Ministério Público e advogados desempenham um papel fundamental na correcção destas situações, cabendo-lhes assegurar que a impunidade para actos discriminatórios não é tolerada, que tais actos são devidamente investigados e punidos, e que as vítimas têm à sua disposição vias de recurso eficazes.

Nos casos em que a lei interna em matéria de discriminação não existe ou não é clara, os operadores judiciais podem procurar orientações nos instrumentos jurídicos internacionais, nomeadamente e em particular na relativamente rica jurisprudência internacional existente, alguma da qual será examinada mais adiante.

1.3 BREVES NOTAS SOBRE A HISTÓRIA DAS NORMAS INTERNACIONAIS

O direito à igualdade e não discriminação não foi facilmente aceite pela comunidade internacional. Durante a Conferência de Paris de 1919, realizada no rescaldo da Primeira Guerra Mundial, o Japão envidou grandes esforços para que o princípio da igualdade racial fosse inserido no Pacto da Sociedade das Nações. Embora uma maioria de dezassete dos onze membros da Comissão da Conferência tivesse votado a favor da proposta japonesa, o Presidente Wilson dos Estados Unidos “declarou subitamente, da cadeira presidencial, que a emenda tinha sido rejeitada”. Apesar de vigorosos protestos de vários delegados contra a rejeição desta emenda, o Presidente Wilson insistiu – para grande desapontamento da delegação japonesa – que a emenda não tinha sido adoptada². Logicamente, o Pacto da Sociedade das Nações nem sequer continha qualquer referência expressa ao princípio da igualdade entre Estados³.

Foram contudo feitos progressos durante a elaboração da Carta das Nações Unidas, redigida após uma segunda Guerra Mundial de horror indizível, que teve a sua origem em práticas discriminatórias deliberadas e cuidadosamente sistematizadas que envolveram todas as estruturas de um Estado. O mundo não podia mais fechar os olhos a tão vis práticas e à ameaça à paz que representavam.

No segundo parágrafo preambular da Carta das Nações Unidas, os povos do mundo manifestam-se decididos:

“a reafirmar a nossa fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor da pessoa humana, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, assim como das nações, grandes e pequenas”.

De acordo com os n.ºs 2 e 3 do artigo 1.º da Carta, os objectivos das Nações Unidas são, nomeadamente,

“desenvolver relações de amizade entre as nações baseadas no respeito do princípio da igualdade de direitos e da autodeterminação dos povos” e

“Realizar a cooperação internacional, resolvendo os problemas internacionais de carácter económico, social, cultural ou humanitário, *promovendo e estimulando o respeito pelos direitos do homem e pelas liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião*” (destaque nosso).

Enquanto que o artigo 2.º, n.º 1 confirma expressamente que a “Organização é baseada no princípio da igualdade soberana de todos os seus membros”, o princípio da não discriminação na realização dos direitos humanos é reafirmado nos artigos 13.º, n.º 1, alínea b), 55.º, alínea c) e 76.º, alínea c). A Carta das Nações Unidas atesta o facto de que a paz e a segurança internacionais dependem em larga medida do “respeito universal e efectivo dos direitos do homem e das liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião” (artigo 55.º, alínea c)).

Assim, aquilo que pode, com alguma justificação, ser chamado de direito constitucional internacional, está hoje em dia solidamente baseado nos princípios da *igualdade entre os Estados e do igual valor de todos os seres humanos*, embora apenas este último princípio seja examinado no presente capítulo.

1.4 OBJECTIVOS E ÂMBITO DO PRESENTE CAPÍTULO

O âmbito do presente capítulo não permite uma análise aprofundada do amplo, complexo e multifacetado problema da discriminação. O seu objectivo consiste sim em oferecer aos operadores judiciais uma breve descrição das disposições jurídicas mais importantes relativas ao direito à igualdade e não discriminação consagradas no direito internacional geral dos direitos humanos, centrando-se depois em alguns dos aspectos mais relevantes das sentenças, pareceres e comentários dos órgãos internacionais de controlo. **O seu objectivo último consiste em sensibilizar os juízes, magistrados do**

² Paul Gordon Lauren, *Power and Prejudice – The Politics and Diplomacy of Racial Discrimination*, 2.ª edição (Boulder/Oxford, Westview Press), pp. 99-100 e, em geral sobre a questão da discriminação racial, vide o Capítulo 3 intitulado “Racial Equality Requested – and Rejected”.

³ Vide Keba Mbaye, “ARTICLE 2, Paragraph 1”, *La Charte des Nations Unies – Commentaire par article*, 2.ª edição, Jean-Pierre Cot e Alain Pellet, eds. (Paris, ECONOMICA, 1991), p. 83.

Ministério Público e advogados para alguns dos muitos aspectos do tratamento desigual e discriminatório de pessoas que ainda subsistem, proporcionando assim também um enquadramento jurídico básico para o seu futuro trabalho a nível interno.

2. Selecção de Normas Jurídicas * Universais que Garantem o Direito à Igualdade perante a Lei e o Direito à Não Discriminação

2.1 DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM, DE 1948

Após a consagração da proibição da discriminação baseada na *raça, sexo, língua e religião* na Carta das Nações Unidas, a adopção da Declaração Universal dos Direitos do Homem em 1948, juntamente com a Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio, foi o passo importante seguinte na consolidação jurídica do princípio da igualdade perante a lei e consequente proibição da discriminação.

O artigo 1.º da Declaração Universal proclama que “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos”, ao passo que, de acordo com o artigo 2.º:

“Todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na presente Declaração, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou outra, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação.

Além disso, não será feita nenhuma distinção fundada no estatuto político, jurídico ou internacional do país ou do território da naturalidade da pessoa, seja esse país ou território independente, sob tutela, autónomo ou sujeito a alguma limitação de soberania”.

Relativamente ao direito à igualdade, o artigo 7.º da Declaração Universal estabelece que:

“Todos são iguais perante a lei e, sem distinção, têm direito a igual protecção da lei. Todos têm direito a protecção igual contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação”.

Deve sublinhar-se que o artigo 2.º da Declaração Universal proíbe “*distinção alguma*” (destaque nosso), o que pode ser entendido como significando que *nenhumas* diferenças podem ser legalmente toleradas. Contudo, como veremos mais adiante, esta interpretação restritiva não tem sido adoptada pelos órgãos internacionais de controlo.

2.2 CONVENÇÃO PARA A PREVENÇÃO E REPRESSÃO DO CRIME DE GENOCÍDIO, DE 1948

No artigo 1.º da Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio, “as Partes Contratantes confirmam que o genocídio, seja cometido em tempo de paz ou em tempo de guerra, é um crime do direito dos povos, que desde já se comprometem a prevenir e a punir”. O artigo 2.º, alíneas a) a e), enumera os actos considerados como genocídio, ou seja, cometidos “com a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso”. São eles:

- O assassinato de membros do grupo;
- O atentado grave à integridade física ou mental de membros do grupo;
- A submissão deliberada do grupo a condições de existência que acarretarão a sua destruição física, total ou parcial;
- A imposição de medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo;
- A transferência forçada das crianças do grupo para outro grupo.

Os seguintes actos são puníveis à luz do artigo 3.º, alíneas a) a e) da Convenção relativa ao Genocídio:

- Genocídio;
- Acordo com vista a cometer genocídio;
- Incitamento, directo e público, ao genocídio;
- Tentativa de genocídio;
- Cumplicidade no genocídio.

Uma idêntica definição do conceito de genocídio consta do artigo 6.º do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional⁴, do artigo 4.º, n.º 2 do Estatuto do Tribunal Penal Internacional para a ex-Jugoslávia e do artigo 2.º, n.º 2 do Estatuto do Tribunal Penal Internacional para o Ruanda. Ao contrário do artigo 6.º do Estatuto de Roma, os artigos 4.º, n.º 3 e 2.º, n.º 3, respectivamente, dos Estatutos daqueles dois Tribunais consagram a mesma lista de actos puníveis que a Convenção relativa ao Genocídio.

⁴ Vide, por exemplo, documento das Nações Unidas A/CONF.183/9. O Estatuto entrou em vigor a 1 de Julho de 2002.

Embora o genocídio seja a negação última do direito à igualdade, a sua análise não será aprofundada no presente capítulo, que aborda as formas mais habituais de discriminação que ocorrem na maioria das sociedades. Basta acrescentar neste contexto que, a 2 de Agosto de 2001, no caso *Radislav Krstic*, o Tribunal Penal Internacional para a ex-Jugoslávia considerou o General culpado da prática de genocídio após a queda de Srebrenica na Bósnia e Herzegovina em Julho de 1995⁵. Este veredicto foi importante, uma vez que se tratou da primeira vez que o Tribunal considerou alguém culpado de genocídio.

⁵ Para o texto da sentença, vide <http://www.un.org/icty/krstic/TrialC1/judgement>.

2.3 PACTO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS, DE 1966

O direito à igualdade e a proibição da discriminação são protegidos por diversas normas

⁶ Sobre a questão da não discriminação, vide o Comentário Geral n.º 18 do Comité dos Direitos do Homem, *in* documento

do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos⁶. Em primeiro lugar, no artigo 2.º, n.º 1 cada Estado Parte:

das Nações Unidas HRI/GEN/1/Rev. 5, *Compilation of General Comments and General Recommendations adopted by Human Rights Treaty Bodies*, pp. 134-137 (de ora em diante designado *Compilação de Comentários Gerais das Nações Unidas*).

“compromete-se a respeitar e a garantir a todos os indivíduos que se encontrem nos seus territórios e estejam sujeitos à sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto, sem qualquer distinção, derivada, nomeadamente, de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política, ou de qualquer outra opinião, de origem nacional ou social, de propriedade ou de nascimento, ou de outra situação”.

O artigo 26.º do Pacto constitui a pedra angular da protecção contra a discriminação neste instrumento. Diz o seguinte:

“Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito, sem discriminação, a igual protecção da lei. A este respeito, a lei deve proibir todas as discriminações e garantir a todas as pessoas protecção igual e eficaz contra toda a espécie de discriminação, nomeadamente por motivos de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou de qualquer outra opinião, de origem nacional ou social, de propriedade, de nascimento ou de qualquer outra situação”.

Ao contrário do artigo 2.º, n.º 1, que aparece ligado aos direitos reconhecidos no Pacto, o artigo 26.º estabelece um “direito autónomo” à igualdade e “proíbe a discriminação, na lei ou na prática, em qualquer área regulada e protegida pelas autoridades públicas”⁷.

⁷ *Ibid.*, p. 136, parágrafo 12.

O artigo 20.º, n.º 2 obriga os Estados Partes a proibirem por lei “todo o apelo ao ódio nacional, racial e religioso que constitua uma incitação à discriminação, à hostilidade ou à violência”.

A igualdade entre os sexos é destacada no artigo 3.º, segundo o qual os Estados Partes “comprometem-se a assegurar o direito igual dos homens e das mulheres a usufruir de todos os direitos civis e políticos enunciados no presente Pacto”⁸.

⁸ *Ibid.*, Comentário Geral n.º 28 (Igualdade de direitos entre homens e mulheres), pp. 168-174.

O artigo 14.º, n.º 1 estabelece que “todos são iguais perante os tribunais de justiça”, importante garantia que pode, em certos casos, obrigar os Estados a conceder apoio jurídico a fim de, por exemplo, garantir uma tramitação processual equitativa às pessoas com insuficiência de recursos. Para além disso, o artigo 14.º, n.º 3 estipula que “qualquer pessoa acusada de uma infracção penal terá direito, em plena igualdade” às garantias mínimas nele enunciadas.

O artigo 25.º garante a igualdade de participação na vida pública de todos os cidadãos “sem nenhuma das discriminações referidas no artigo 2.º e sem restrições excessivas”⁹.

Por último, o artigo 27.º do Pacto prevê expressamente a protecção das **minorias étnicas, religiosas e linguísticas**. Segundo o artigo 27.º,

“as pessoas pertencentes a essas minorias não devem ser privadas do direito de ter, em comum com os outros membros do seu grupo, a sua própria vida cultural, de professar e de praticar a sua própria religião ou de empregar a sua própria língua”¹⁰.

2.4 PACTO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS ECONÓMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS, DE 1966

Em virtude do artigo 2.º, n.º 2 do Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais, os Estados Partes obrigam-se:

“a garantir que os direitos nele enunciados serão exercidos sem discriminação alguma baseada em motivos de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou qualquer outra opinião, origem nacional ou social, fortuna, nascimento, qualquer outra situação”.

Na linha do disposto no Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos, os Estados Partes no Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais também se comprometem, em virtude do artigo 3.º,

“a assegurar o direito igual que têm o homem e a mulher ao gozo de todos os direitos económicos, sociais e culturais enumerados no presente Pacto”.

O princípio da não discriminação está ainda consagrado no artigo 7.º, alínea a) i), que garante “um salário equitativo e uma remuneração igual para um trabalho de valor igual, sem nenhuma distinção, devendo, em particular, às mulheres ser garantidas condições de trabalho não inferiores àquelas de que beneficiam os homens, com remuneração igual para trabalho igual”. Por último, o artigo 7.º, alínea c) do Pacto garante o direito a “iguais oportunidades para todos de promoção no seu trabalho à categoria superior apropriada, sujeito a nenhuma outra consideração além da antiguidade de serviço e da aptidão individual”¹¹.

2.5 CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE A ELIMINAÇÃO DE TODAS AS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO RACIAL, DE 1965

Para efeitos da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, “a expressão a «discriminação racial»” significa, de acordo com o artigo 1.º, n.º 1,

“qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência fundada na raça, cor, ascendência na origem nacional ou étnica que tenha como objectivo ou como efeito destruir ou comprometer o reconhecimento, o gozo ou o exercício, em condições de igualdade, dos direitos do homem e das liberdades fundamentais nos domínios político, económico, social e cultural **ou em qualquer outro domínio da vida pública**” (destaque nosso).

A Convenção não se aplica, contudo, “às diferenciações, exclusões, restrições ou preferências

⁹ Quanto à posição do Comité dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais relativamente à discriminação *vide*, nomeadamente, os seguintes comentários gerais in *Compilação de Comentários Gerais das Nações Unidas: Comentário Geral n.º 3* (Natureza das obrigações dos Estados Partes (artigo 2.º, n.º 1)), pp. 18-21; *Comentário Geral n.º 4* (Direito a habitação adequada (artigo 11.º, n.º 1)), pp. 22-27; *Comentário Geral n.º 5* (Pessoas com deficiência), pp. 28-38; *Comentário Geral n.º 6* (Os direitos económicos, sociais e culturais das pessoas idosas), pp. 38-48; *Comentário Geral n.º 12* (Direito à alimentação adequada (artigo 11.º)), pp. 66-74; *Comentário Geral n.º 13* (Direito à educação (artigo 13.º)), pp. 74-89; e *Comentário Geral n.º 14* (Direito ao melhor estado de saúde possível de atingir (artigo 12.º)), pp. 90-109.

¹⁰ *Ibid.*, *vide* também o *Comentário Geral n.º 23* (Artigo 27.º), pp. 147-150.

estabelecidas por um Estado Parte [...] entre súbditos e não súbditos seus” (artigo 1.º, n.º 2) e nenhuma disposição da Convenção “poderá ser interpretada como atentatória, por qualquer forma que seja, das disposições legislativas dos Estados Partes na Convenção relativas à nacionalidade, à cidadania ou à naturalização, **desde que essas disposições não sejam discriminatórias para uma dada nacionalidade**” (artigo 1.º, n.º 3; destaque nosso). Deve lembrar-se também que a Convenção só se aplica à discriminação que ocorra no “domínio da vida pública”, não abrangendo pois, em princípio, a discriminação levada a cabo em privado.

A Convenção regula com algum pormenor as obrigações dos Estados Partes com vista à eliminação da discriminação racial e enuncia, no artigo 5.º, os principais direitos civis, políticos, económicos, sociais e culturais que deverão ser gozados “sem distinção de raça, de cor ou de origem nacional ou étnica”¹².

2.6 CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA, DE 1989

O artigo 2.º, n.º 1 da Convenção sobre os Direitos da Criança estabelece que:

“Os Estados Partes comprometem-se a respeitar e a garantir os direitos previstos na presente Convenção a todas as crianças que se encontrem sujeitas à sua jurisdição, sem discriminação alguma, independentemente de qualquer consideração de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou outra da criança, de seus pais ou representantes legais, ou da sua origem nacional, étnica ou social, fortuna, incapacidade, nascimento ou de qualquer outra situação”.

O termo “incapacidade” foi acrescentado à lista de fundamentos com base nos quais não é permitida a discriminação.

De acordo com o artigo 2.º, n.º 2 da Convenção, os Estados Partes têm a obrigação de tomar:

“todas as medidas adequadas para que a criança seja efectivamente protegida contra todas as formas de discriminação ou de sanção decorrentes da situação jurídica, de actividades, opiniões expressas ou convicções de seus pais, representantes legais ou outros membros da sua família”.

Relativamente à educação da criança, os Estados Partes acordam, no artigo 29.º, alínea d), que deverá destinar-se, nomeadamente, a:

“d) Preparar a criança para assumir as responsabilidades da vida numa sociedade livre, num espírito de compreensão, paz, tolerância, igualdade entre os sexos e de amizade entre todos os povos, grupos étnicos, nacionais e religiosos e com pessoas de origem indígena”.

Por último, o artigo 30.º da Convenção sobre os Direitos da Criança protege os direitos das minorias em termos semelhantes, mas não iguais, aos do artigo 25.º do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos. Diz o seguinte:

“Nos Estados em que existam minorias étnicas, religiosas ou linguísticas ou pessoas de origem indígena, nenhuma criança indígena ou que pertença a uma dessas minorias poderá ser privada do direito de, conjuntamente com membros do seu grupo, ter a sua própria vida cultural, professar e praticar a sua própria religião ou utilizar a sua própria língua”¹³.

2.7 CONVENÇÃO SOBRE A ELIMINAÇÃO DE TODAS AS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO CONTRA AS MULHERES, DE 1979

O artigo 1.º da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres define o conceito de “discriminação contra as mulheres”, nos seguintes termos:

¹² Para mais detalhes sobre a forma como o Comité para a Eliminação da Discriminação Racial interpreta a Convenção *vide*, nomeadamente, as seguintes recomendações *in Compilação de Comentários Gerais das Nações Unidas*: Recomendação Geral XI (Não nacionais), p. 182; Recomendação Geral XIV (artigo 1.º, n.º 1), pp. 183-184; Recomendação Geral XV (artigo 4.º), pp. 184-185; Recomendação Geral XIX (artigo 3.º), p. 188; Recomendação Geral XX (artigo 5.º), pp. 188-189; Recomendação Geral XXI (Direito à autodeterminação), pp. 189-191; Recomendação Geral XXIII (Direitos dos povos indígenas), pp. 192-193; Recomendação Geral XXIV (artigo 1.º), pp. 193-194; Recomendação Geral XXV (Dimensões relativas ao género da discriminação racial), pp. 194-195; Recomendação Geral XXVI (artigo 6.º), p. 195; e Recomendação Geral XXVII (Discriminação contra os ciganos), pp. 196-202.

¹³ Para as opiniões do Comité dos Direitos da Criança quanto aos fins da educação, *vide* o seu Comentário Geral n.º 1, que aborda, nomeadamente, a questão da discriminação, *in Compilação de Comentários Gerais das Nações Unidas*, pp. 255-262.

“qualquer distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo que tenha como efeito ou como objectivo comprometer ou destruir o reconhecimento, o gozo ou o exercício pelas mulheres, seja qual for o seu estado civil, com base na igualdade dos homens e das mulheres, dos direitos do homem e das liberdades fundamentais nos domínios político, económico, social, cultural e civil **ou em qualquer outro domínio**” (destaque nosso).

Tal como foi já referido na subsecção 3.2 do Capítulo II, o âmbito de aplicação desta Convenção é mais amplo do que o da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, uma vez que abrange também actos ocorridos na esfera privada.

Dada a importância dos direitos das mulheres no âmbito da administração da justiça e o papel desempenhado pela Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres no reforço destes direitos, os mesmos mereceram particular atenção no Capítulo II do presente Manual. Porém, diversos casos relativos a discriminação de género apreciados pelos órgãos internacionais de controlo da aplicação dos tratados gerais de direitos humanos serão abordados no presente capítulo¹⁴.

2.8 DECLARAÇÃO SOBRE A ELIMINAÇÃO DE TODAS AS FORMAS DE INTOLERÂNCIA E DISCRIMINAÇÃO BASEADAS NA RELIGIÃO OU CONVICÇÃO, DE 1981

O artigo 1.º, n.º 1 da Declaração sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação Baseadas na Religião ou Convicção garante a todos o “direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião”, direito que “implica a liberdade

de ter uma religião ou qualquer convicção da sua escolha, e a liberdade de manifestar a sua religião ou a sua convicção, individualmente ou conjuntamente com outros, tanto em público como em privado, pelo culto, cumprimento dos ritos, as práticas e o ensino”. O artigo 1.º, n.º 2 estabelece que “ninguém será objecto de pressões que atentem contra a sua liberdade de ter uma religião ou uma convicção da sua escolha”, ao passo que o artigo 1.º, n.º 3 permite restrições à liberdade “de manifestar a sua religião ou as suas convicções” na condição de que tais restrições estejam “previstas na lei e [...] sejam necessárias à protecção da segurança, da ordem e da saúde públicas ou da moral e das liberdades e direitos fundamentais de outrem”.

O direito de não ser sujeito a discriminação “por parte de qualquer Estado, instituição, grupo de pessoas ou indivíduo, devido à sua religião ou outra convicção” está consagrado no artigo 2.º, n.º 1 da Declaração. Para efeitos da Declaração, o artigo 2.º, n.º 2 especifica que:

“entende-se por *intolerância e discriminação baseadas na religião ou convicção* qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada na religião ou convicção e que tenha como objectivo ou consequência a supressão ou limitação do reconhecimento, gozo ou exercício dos direitos humanos e liberdades fundamentais em condições de igualdade”.

Desde 1987, um Relator Especial nomeado pela Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas examina actos ocorridos em todas as partes do mundo que são incompatíveis com as disposições da Declaração e sugere medidas de reparação¹⁵.

Deve recordar-se que o direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião é também protegido pelo artigo 18.º do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, o qual, de acordo com o artigo 4.º, n.º 4, não é susceptível de derrogação em circunstância alguma. Para os Estados Partes no Pacto, as disposições em matéria

¹⁴ Para mais pormenores quanto à interpretação da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, *vide*, nomeadamente, as seguintes recomendações in *Compilação de Comentários Gerais das Nações Unidas: Recomendação Geral n.º 12 (Violência contra as mulheres)*, p. 209; *Recomendação Geral n.º 14 (Circuncisão feminina)*, pp. 211-212; *Recomendação Geral n.º 15 (Erradicação da discriminação contra as mulheres nas estratégias nacionais para a prevenção e controlo do síndrome da imunodeficiência adquirida (SIDA))*, pp. 212-213; *Recomendação Geral n.º 16 (Trabalhadoras não remuneradas em empresas familiares rurais e urbanas)*, pp. 213-214; *Recomendação Geral n.º 18 (Mulheres deficientes)*, pp. 215-216; *Recomendação Geral n.º 19 (Violência contra as mulheres)*, pp. 216-222; *Recomendação Geral n.º 21 (Igualdade no casamento e nas relações familiares)*, pp. 222-231; *Recomendação Geral n.º 23 (Vida política e pública)*, pp. 233-244; e *Recomendação Geral n.º 24 (Mulheres e saúde: artigo 12.º)*, pp. 244-251.

¹⁵ Sobre o trabalho do Relator Especial *vide*, por exemplo, o relatório apresentado por Abdelfattah Amor, Relator Especial, em conformidade com a resolução 2000/33 da Comissão de Direitos Humanos (documento das Nações Unidas E/CN.4/2001/63).

de discriminação são, como é óbvio, plenamente aplicáveis também no que diz respeito a esta liberdade.

2.9 DECLARAÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS PERTENCENTES A MINORIAS NACIONAIS OU ÉTNICAS, RELIGIOSAS E LINGUÍSTICAS, DE 1992

No sexto parágrafo preambular da Declaração sobre os Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas, a Assembleia Geral das Nações Unidas sublinha

“que a constante promoção e realização dos direitos das pessoas pertencentes a minorias nacionais ou étnicas, religiosas e linguísticas, como parte integrante do desenvolvimento da sociedade no seu conjunto e num enquadramento democrático baseado no princípio do Estado de Direito, contribuem para o reforço da amizade e cooperação entre povos e Estados”.

As Nações Unidas reconhecem pois que uma ordem constitucional democrática respeitadora do princípio do Estado de Direito e dos direitos das minorias desempenha um papel fundamental no reforço da paz e da segurança internacionais.

O artigo 1.º, n.º 1 da Declaração estabelece que “Os Estados deverão proteger a existência e a identidade nacional ou étnica, cultural, religiosa e linguística das minorias no âmbito dos seus respectivos territórios e deverão fomentar a criação das condições necessárias à promoção dessa identidade”. Para alcançar estes fins, deverão, segundo o artigo 1.º, n.º 2 “adoptar medidas adequadas, legislativas ou de outro tipo”. Os artigos 2.º e 3.º estabelecem em detalhe os direitos das pessoas pertencentes às minorias protegidas, ao passo que os artigos 4.º a 7.º identificam medidas que os Estados deverão adoptar a fim de cumprir os objectivos da Declaração, isoladamente ou em cooperação com outros Estados.

Basta mencionar, a título de exemplo, que, em conformidade com o artigo 2.º, n.º 1 da Declaração,

“As pessoas pertencentes a minorias nacionais ou étnicas, religiosas e linguísticas [...] têm o direito de fruir a sua própria cultura, de professar e praticar a sua própria religião, e de utilizar a sua própria língua, em privado e em público, livremente e sem interferência ou qualquer forma de discriminação”.

3. Selecção de Normas Jurídicas * Regionais que Garantem o Direito à Igualdade perante a Lei e o Direito à Não Discriminação

3.1 CARTA AFRICANA DOS DIREITOS DO HOMEM E DOS POVOS, DE 1981

O artigo 2.º da Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos tem a seguinte redacção:

“Toda a pessoa tem direito ao gozo dos direitos e liberdades reconhecidos e garantidos na presente Carta, sem nenhuma distinção, nomeadamente de raça, de etnia, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou de qualquer outra opinião, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação”.

O artigo 3.º declara expressamente que “todas as pessoas beneficiam de uma total igualdade perante a lei” e “têm direito a uma igual protecção da lei” (artigo 3.º, n.ºs 1 e 2).

Nos termos do artigo 18.º, n.º 3 da Carta, os Estados Partes obrigam-se ainda a velar “pela eliminação de toda a discriminação contra a mulher”.

Considerando que a Carta Africana trata também dos direitos dos povos, é lógico que o artigo 19.º estabeleça que “Todos os povos são iguais; gozam da mesma dignidade e têm os mesmos direitos. Nada pode justificar a dominação de um povo por outro”.

3.2 CARTA AFRICANA DOS DIREITOS E DO BEM-ESTAR DA CRIANÇA, DE 1990

Uma proibição geral da discriminação encontra-se consagrada no artigo 3.º da Carta Africana dos Direitos e do Bem-Estar da Criança, segundo o qual:

“Toda a criança tem direito ao gozo dos direitos e liberdades reconhecidos e garantidos pela presente Carta, independentemente da raça, grupo étnico, cor, sexo, língua, família, opinião política ou outra, origem nacional e social, fortuna, nascimento ou outra condição, da criança ou dos seus pais ou tutores legais”.

Para além disso, nos termos do artigo 21.º, n.º 1 da Carta, os Estados Partes têm a obrigação de adotar “todas as medidas apropriadas para eliminar práticas sociais e culturais nocivas que afectem o bem-estar, a dignidade e o normal crescimento e desenvolvimento da criança e em particular [...] os costumes e práticas que discriminem a criança com base no sexo ou outra condição”.

3.3 CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS, DE 1969

Nos termos do artigo 1.º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, os Estados Partes “comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades” reconhecidos no tratado

“e a garantir o seu livre e pleno exercício a toda a pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição económica, nascimento ou qualquer outra condição social”.

Ao contrário dos Pactos Internacionais, o artigo 1.º da Convenção Americana não inclui o conceito de “propriedade”. Porém, a expressão “posição económica” parece abranger um maior número de situações do que “propriedade”^{N.T.1.}

^{N.T.1.} O termo “propriedade” (*property*) é utilizado na versão oficial em língua portuguesa do Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos (artigo 2º, n.º 1). No caso do Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais (artigo 2º, n.º 2) “property” é traduzido por “fortuna”.

A noção de “igualdade” encontra-se no artigo 8.º, n.º 2 da Convenção, segundo o qual toda a pessoa acusada de uma infracção penal tem direito “em plena igualdade” a determinadas garantias mínimas no decorrer do processo contra si instaurado.

Por último, o artigo 24.º estipula que “todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação, a igual protecção da lei”.

3.4 PROTOCOLO ADICIONAL À CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS EM MATÉRIA DE DIREITOS ECONÓMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS, DE 1988

O Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Económicos, Sociais e Culturais, também designado “Protocolo de São Salvador”, acrescenta uma série de direitos à convenção original, como os direitos ao trabalho, à segurança social, à saúde, à alimentação e à educação, bem como o direito dos idosos e deficientes a protecção especial. A obrigação de não discriminação está consagrada no artigo 3.º, segundo o qual os Estados Partes “comprometem-se a garantir o exercício dos direitos” enunciados no Protocolo

“sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição económica, nascimento ou qualquer outra condição social”.

3.5 CONVENÇÃO INTERAMERICANA PARA PREVENIR, PUNIR E ERRADICAR A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER, DE 1994

A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher visa a eliminação da violência baseada no género nas esferas pública e privada especificando, no seu artigo 6.º, alíneas a) e b), que “o direito de toda a mulher a ser livre de violência abrange, entre outros [...] o direito da mulher a ser livre de todas as formas de discriminação”.

nação [e] o direito da mulher a ser valorizada e educada livre de padrões estereotipados de comportamento e costumes sociais e culturais baseados em conceitos de inferioridade ou subordinação”.

Os artigos 7.º e 8.º da Convenção estabelecem em detalhe os deveres dos Estados Partes nos domínios da prevenção, punição e erradicação de todas as formas de violência contra as mulheres. Ao adotar as medidas necessárias, os Estados Partes deverão ainda, de acordo com o artigo 9.º, ter

“especialmente em conta a situação de vulnerabilidade à violência a que a mulher possa estar submetida em razão, entre outras, da sua condição étnica, de migrante, de refugiada ou de deslocada. Para tais fins também será considerada a mulher que é objecto de violência quando está grávida, quando é deficiente, menor de idade, anciã, ou quando se encontra em situação sócio-económica desfavorável ou afectada por situações de conflitos armados ou de privação de liberdade”.

Esta Convenção tem um interesse especial, dado tratar-se do único tratado internacional que aborda explícita e exclusivamente o grave problema da violência contra as mulheres.

3.6 CONVENÇÃO INTERAMERICANA PARA A ELIMINAÇÃO DE TODAS AS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO CONTRA AS PESSOAS PORTADORAS DE DEFICIÊNCIA, DE 1999¹⁶

Os objectivos da Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Pessoas Portadoras de Deficiência são, conforme se declara no seu artigo II “prevenir e eliminar todas as formas de discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência e propiciar a sua plena integração na sociedade”. Para efeitos da Convenção, a expressão “discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência”

“significa toda a diferenciação, exclusão ou restrição baseada em deficiência, antecedente de

deficiência, consequência de deficiência anterior ou percepção de deficiência presente ou passada, que tenha o efeito ou o propósito de impedir ou anular o reconhecimento, o gozo ou o exercício por parte das pessoas portadoras de deficiência de seus direitos humanos e das suas liberdades fundamentais” (artigo I 2. a)).

Porém,

“Não constitui discriminação a diferenciação ou preferência adoptada pelo Estado Parte para promover a integração social ou o desenvolvimento pessoal dos portadores de deficiência, desde que a diferenciação ou preferência não limite em si mesma o direito à igualdade dessas pessoas e que elas não sejam obrigadas a aceitar tal diferenciação ou preferência” (artigo I 2. b)).

3.7 CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM, DE 1950

A Convenção Europeia dos Direitos do Homem difere dos restantes tratados gerais de direitos humanos na medida em que não consagra uma proibição autónoma da discriminação, mas apenas uma proibição ligada ao gozo dos direitos e liberdades garantidos pela Convenção e seus Protocolos. Isto significa que o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem não tem competência para examinar alegações de discriminação que não estejam relacionadas com o exercício de tais direitos e liberdades. O artigo 14.º tem a seguinte redacção:

“O gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção deve ser assegurado sem quaisquer distinções, tais como as fundadas 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”.

É interessante notar que a proibição da discriminação consagrada no artigo 14.º abrange a “pertença a uma minoria nacional”^{N.T.2}, expressão que não

^{N.T.2} No original em inglês, “association with a national minority” que, traduzido à letra, significa “associação a uma minoria nacional”, expressão que parece mais abrangente do que a adoptada na versão oficial em língua portuguesa.

se encontra expressamente referida nos artigos 2.º, n.º 1 e 26.º do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, no artigo 1.º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos nem no artigo 2.º da Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos. Contudo, esta última disposição, como vimos anteriormente, utiliza o termo “etnia”, de âmbito mais limitado do que “minorias”.

Os Estados membros do Conselho da Europa deram, porém, importantes passos para eliminar a *supra* apontada lacuna da Convenção: a 4 de Novembro de 2000, data do quinquagésimo aniversário da adopção da própria Convenção, adoptaram o Protocolo n.º 12 à Convenção Europeia dos Direitos do Homem, que consagra a seguinte proibição geral da discriminação:

“1. O gozo de qualquer direito previsto por lei será garantido sem discriminação com qualquer fundamento como o sexo, a raça, a cor, a língua, a religião, a opinião política ou outra, a origem nacional ou social, a associação a uma minoria nacional, a riqueza, o nascimento ou qualquer outra situação.

2. Ninguém será discriminado por qualquer autoridade pública com base em qualquer fundamento como os referidos no n.º 1”.

Para entrar em vigor, este Protocolo necessita de dez ratificações (artigo 5.º, n.º 1). Até 17 de Junho de 2002, apenas o Chipre e a Geórgia o haviam ratificado¹⁷N.T.3.

¹⁷ Para o estado das ratificações, consulte o *website* do Conselho da Europa: <http://www.coe.int>.

N.T.3 Este Protocolo entrou em vigor na ordem internacional a 1 de Abril de 2005. Portugal assinou este instrumento a 4 de Novembro de 2000 mas, até 31 de Dezembro de 2005, não havia procedido à respectiva ratificação.

3.8 CARTA SOCIAL EUROPEIA, DE 1961, E CARTA SOCIAL EUROPEIA REVISTA, DE 1996

A Carta Social Europeia Revista, de 1996, destinase a substituir apenas progressivamente a Carta Social de 1961. A versão revista acrescenta, nomeadamente, novos direitos sociais aos previstos no tratado de 1961, como o direito à protecção contra a pobreza e a exclusão social (artigo 30.º), forma de discriminação sentida por um crescente número

de pessoas nos países industrializados desde o final do século passado.

Quanto à Carta de 1961, nenhuma das suas disposições operativas contém uma proibição geral da discriminação, mas os Estados signatários concordam no terceiro parágrafo preambular

“que o gozo dos direitos sociais *deve* ser assegurado sem discriminação fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, origem nacional ou social” (destaque nosso).

Porém, o artigo E, constante da Parte V da Carta Revista, prevê uma norma em matéria de não discriminação, segundo a qual

“O gozo dos direitos reconhecidos na presente Carta deve ser assegurado sem qualquer distinção baseada, nomeadamente, na raça, na cor, no sexo, na língua, na religião, nas opiniões políticas, ou em quaisquer outras opiniões, na ascendência nacional ou na origem social, na saúde, na pertença a uma minoria nacional, no nascimento ou em qualquer outra situação”.

O anexo à Carta Revista indica que “não se considera como discriminatória uma diferença de tratamento baseada num motivo objectivo e razoável”.

Comparando estas disposições com a referência não vinculativa ao princípio da não discriminação constante do preâmbulo da Carta de 1961, pode dizer-se que os Estados membros do Conselho da Europa, com a adopção da Carta Revista, aderiram por fim plenamente a esse princípio na área dos direitos sociais.

3.9 CONVENÇÃO QUADRO PARA A PROTECÇÃO DAS MINORIAS NACIONAIS, DE 1994

A Convenção Quadro para a Protecção das Minorias Nacionais é um instrumento único na medida em que se trata do “primeiro instrumento multilateral juridicamente vinculativo alguma vez adoptado dedicado à protecção das minorias nacionais em

geral”¹⁸. O artigo 1.º desta Convenção deixa também claro que “a protecção das minorias nacionais e dos direitos e liberdades das pessoas pertencentes a estas minorias faz parte integrante da protecção internacional dos direitos do homem e, como tal, constitui um domínio da cooperação internacional”. Para além disso, conforme indicado no sexto parágrafo preambular da Convenção,

“uma sociedade pluralista e verdadeiramente democrática deve não apenas respeitar a identidade étnica, cultural, linguística e religiosa de qualquer pessoa pertencente a uma minoria nacional mas igualmente criar condições adequadas à expressão, à preservação e ao desenvolvimento dessa identidade”.

Por outras palavras, podem ser necessárias medidas concretas e positivas para assegurar a devida protecção das minorias nacionais. Tratando-se embora de um tratado internacional juridicamente vinculativo, a expressão “Convenção Quadro” indica claramente que os princípios que contém “não são directamente aplicáveis nas ordens internas dos Estados membros, mas terão de ser efectivados através de legislação nacional e políticas governamentais adequadas”¹⁹. Entre as normas sobretudo programáticas constantes da Secção II conta-se o artigo 4.º, relativo à discriminação, que diz o seguinte:

“1. As Partes comprometem-se a garantir a qualquer pessoa pertencente a uma minoria nacional o direito à igualdade perante a lei e a uma igual protecção da lei. Para o efeito, é proibida toda e qualquer forma de discriminação baseada na pertença a uma minoria nacional.

2. As Partes comprometem-se a tomar, se necessário, as medidas adequadas a promover, em todos os domínios da vida económica, social, política e cultural uma igualdade plena e efectiva entre as pessoas pertencentes a uma minoria nacional e as pessoas pertencentes à maioria. Para o efeito, as Partes devem tomar em devida conta as condi-

¹⁸ Vide “Introduction to the Framework Convention for the Protection of National Minorities” [em português: “Introdução à Convenção Quadro para a Protecção das Minorias Nacionais”] no endereço: <http://www.humanrights.coe.int/Minorities/Eng/Presentation/FCNMintro.htm>, p. 1.

¹⁹ *Ibid.*, loc. cit.

ções específicas das pessoas pertencentes a minorias nacionais.

3. As medidas tomadas nos termos do n.º 2 não são consideradas como um acto de discriminação”.

O direito à igualdade perante a lei e por lei, incluindo a proibição da discriminação, constitui um princípio abrangente:

- *Que é essencial para a paz e segurança internacionais;*
- *Que condiciona o gozo de todos os direitos humanos, sejam eles civis, políticos, económicos, sociais ou culturais;*
- *Que os Estados estão obrigados pelo direito internacional a garantir e respeitar.*

4. Proibição da Discriminação e Situações de Emergência Pública *

Quatro dos tratados examinados no presente capítulo contêm disposições que autorizam os Estados Partes, em certas condições rigorosamente definidas, a derrogar as obrigações jurídicas internacionais assumidas em virtude do tratado em causa. As disposições pertinentes são as seguintes:

- Artigo 4.º do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos
- Artigo 27.º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos
- Artigo 15.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem
- Artigo 30.º da Carta Social Europeia de 1961 e artigo F da Carta Social Europeia Revista de 1996

A questão das derrogações dos primeiros três destes tratados será analisada no Capítulo 16 do presente Manual. De momento, basta assinalar

que, para que sejam admissíveis à luz do artigo 4.º, n.º 1 do Pacto Internacional, as medidas derogatórias não podem envolver “uma discriminação fundada *unicamente* sobre a raça, a cor, o sexo, a língua, a religião ou a origem social” (destaque nosso). Esta disposição não inclui os seguintes fundamentos constantes dos artigos 2.º, n.º 1 e 26.º do Pacto:

- Opinião política ou qualquer outra opinião
- Origem nacional
- Propriedade
- Nascimento ou outra situação

No decorrer do processo de redação do artigo 4.º, n.º 1, o Chile sugeriu “a inclusão da origem social e do nascimento como dois fundamentos adicionais com base nos quais a discriminação deveria ser proibida, mesmo em situações de emergência pública”²⁰. O Líbano, por seu turno, sugeriu a eliminação da palavra “unicamente”, “porque implicava que, não sendo a discriminação permitida com base em qualquer um dos fundamentos enunciados no texto, seria admissível se baseada em quaisquer dois fundamentos”²¹.

O Reino Unido, que tinha apresentado a proposta, aceitou a referência à origem social “mas não a menção do nascimento, uma vez que, em certos casos, podiam ser impostas restrições legítimas às pessoas em virtude de terem nascido num país estrangeiro, embora não sejam já nacionais desse país”²². Quanto à palavra “unicamente”, o Reino Unido considerou que “tinha uma certa importância” uma vez que “pode facilmente suceder que, durante uma situação de emergência, um Estado imponha restrições a um determinado grupo nacional que seja simultaneamente um grupo racial” e “essa palavra tornaria impossível ao grupo alegar que tinha sido perseguido unicamente devido à sua raça”²³.

²⁰ Documento das Nações Unidas E/CN.4/SR.330, p. 4. Para além disso, o Uruguai declarou esperar “que o Reino Unido concorde em incluir uma referência à origem social e ao nascimento na meritória disposição relativa à não discriminação [...] a fim de assegurar a conformidade com os outros artigos do Pacto” (p. 5). O Líbano concordou com a proposta chilena de inserir a expressão “origem social” (p. 8). A França concordou com o Chile “especialmente em relação à origem social” (p. 7).

²¹ *Ibid.*, p. 8.

²² *Ibid.*, p. 10.

²³ *Ibid.*, *loc. cit.*

À luz dos comentários do Reino Unido, o Chile e o Uruguai concordaram não ser desejável referir o “nascimento” no artigo em causa²⁴.

Unido, o Chile e o Uruguai concordaram não ser desejável referir o “nascimento” no artigo em causa²⁴.

* * *

Para que sejam compatíveis com o artigo 27.º, n.º 1 da Convenção Americana, as medidas derogatórias não podem envolver discriminação “fundada em raça, cor, sexo, idioma, religião ou origem social”. A única diferença relativamente ao artigo 4.º, n.º 1 do Pacto Internacional é a ausência do termo “unicamente”.

* * *

O artigo 15.º, n.º 1 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem não contém, contudo, qualquer referência à proibição da discriminação. Mas esta lacuna não pode ser entendida no sentido de permitir a um Estado Contratante, quando confrontado com uma situação de verdadeira emergência pública, derogar livremente a proibição da discriminação. Outras condições, como a estrita proporcionalidade, fazem com que a licitude de tais derrogações pareça altamente improvável. Para além disso, como veremos mais adiante, a interpretação do conceito de “discriminação” *per se*, por exemplo no artigo 14.º, exclui quaisquer distinções que não sejam razoavelmente justificadas para um fim legítimo.

Por último, nem o artigo 30.º da Carta Social Europeia de 1961 nem o artigo F da Carta revista contêm qualquer referência ao princípio da não discriminação.

* * *

Relativamente à ausência de uma norma em matéria de derrogação na Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, a Comissão Africana dos Direitos do Homem e dos Povos tem considerado que a Carta “não permite que os Estados Partes derroguem as suas obrigações assumidas em virtude do tratado durante situações de emergência. Assim, nem mesmo uma guerra civil [...] pode ser utilizada por um Estado como pretexto [para] violar ou permitir violações dos direitos consagrados na Carta Africana”²⁵. Isto

significa que as normas sobre não discriminação consagradas nos artigos 2.º, 3.º e 19.º da Carta deverão ser plenamente respeitadas em todos os momentos.

²⁵ CADHP, *Commission Nationale des Droits de l'Homme et des Libertés v. Chad, Comunicação N.º 74/92, decisão adoptada na 18.ª sessão ordinária, Outubro de 1995*, p. 50, parágrafo 40 do texto da decisão conforme publicado em: http://www.up.ac.za/chr/ahrdb/acomm_decisions.html.

* * *

Embora o direito internacional humanitário *stricto sensu* esteja fora do âmbito do presente Manual, deve sublinhar-se que o princípio da não discriminação está consagrado nas quatro Convenções de Genebra de 1949 e nos seus dois Protocolos Adicionais de 1977. Consta, designadamente, das seguintes disposições:

- Artigo 3.º comum às quatro Convenções de Genebra;
- Artigo 16.º da Convenção de Genebra Relativa ao Tratamento dos Prisioneiros de Guerra (Terceira Convenção de Genebra), de 1949;
- Artigo 27.º da Convenção de Genebra Relativa à Protecção das Pessoas Civis em Tempo de Guerra (Quarta Convenção de Genebra), de 1949;
- Artigos 9.º, n.º 1 e 75.º, n.º 1 do Protocolo Adicional às Convenções de Genebra de 12 de Agosto de 1949 relativo à Protecção das Vítimas dos Conflitos Armados Internacionais (Protocolo I);
- Artigos 2.º, n.º 1, 4.º, n.º 1 e 7.º, n.º 2 do Protocolo Adicional às Convenções de Genebra de 12 de Agosto de 1949 relativo à Protecção das Vítimas dos Conflitos Armados Não Internacionais (Protocolo II).

Estas disposições demonstram que, mesmo nas piores circunstâncias, no auge de um conflito armado internacional ou não internacional, os Estados envolvidos têm a estrita obrigação de respeitar determinadas normas jurídicas humanitárias, incluindo o direito à igualdade de tratamento e o princípio da não discriminação.

O direito à igualdade perante a lei e à não discriminação deverá, em princípio, ser respeitado em todas as circunstâncias, incluindo em situações de emergência pública e em períodos de conflito armado internacional e não internacional.

5. Significado Geral de Igualdade * e Não Discriminação

Tal como referido anteriormente e salientado pelo Comité dos Direitos do Homem, “a não discriminação, juntamente com a igualdade perante a lei e a igual protecção da lei sem discriminação, constituem um princípio geral e fundamental no que concerne à protecção dos direitos humanos”²⁶.

²⁶ Vide Comentário Geral n.º 18, in *Compilação de Comentários Gerais das Nações Unidas*, p. 134, parágrafo 1.

Porém, ao analisar a questão da igualdade e não discriminação, é essencial ter consciência do facto de que, apesar do que parece sugerir a redacção, em particular, do artigo 2.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do artigo 2.º, n.º 1 do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, nem todas as distinções entre pessoas e grupos de pessoas podem ser consideradas discriminação no verdadeiro sentido deste termo. Isto resulta da jurisprudência uniforme dos órgãos internacionais de controlo, segundo a qual se justificam as distinções entre pessoas, desde que sejam, em termos gerais, razoáveis e impostas para um fim objectivo e legítimo.

Relativamente ao conceito de “discriminação” consagrado no Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, o Comité dos Direitos do Homem declarou-se convicto

“de que o termo *discriminação* no sentido utilizado no Pacto deve ser entendido como implicando qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em qualquer fundamento como a raça, a cor, o sexo, a língua, a religião, a opinião política ou outra, a origem nacional ou social, a propriedade, o nascimento ou outra condição, e que tenha como objectivo ou como efeito anular

ou impedir o reconhecimento, o gozo ou o exercício por todas as pessoas, em condições de igualdade, de todos os direitos e liberdades²⁷.
²⁷ *Ibid.*, p. 135, parágrafo 7; destaque nosso.

* * *

O Comité observou contudo que “o gozo de direitos e liberdades em condições de igualdade [...] **não significa um tratamento idêntico em todos os casos**”. Em apoio desta ideia, lembra que certas disposições do próprio Pacto consagram distinções entre pessoas, por exemplo o artigo 6.º, n.º 5, que proíbe a imposição da pena de morte a pessoas menores de 18 anos e a sua execução sobre mulheres grávidas²⁸.

Para além disso, “o princípio da igualdade exige por vezes que os Estados Partes tomem **medidas positivas** a fim de diminuir ou eliminar as condições que provocam ou ajudam a perpetuar a discriminação proibida pelo Pacto. Por exemplo, num Estado onde as condições gerais de vida de determinada parte da população impeçam ou prejudiquem o seu gozo de direitos humanos, o Estado deverá adoptar medidas concretas para corrigir tais condições. Essas medidas podem implicar a concessão temporária à parte da população em causa de um tratamento preferencial em determinadas matérias relativamente ao resto da população. Porém, enquanto tais medidas forem necessárias para corrigir na prática a situação de discriminação, trata-se de um caso de **diferenciação legítima** admitida pelo Pacto”²⁹.

Ao examinar alegadas violações do artigo 26.º em comunicações apresentadas ao abrigo do Protocolo Facultativo, o Comité confirmou que “o direito à igualdade perante a lei e à igual protecção da lei sem qualquer discriminação não transforma todas as diferenças em tratamento discriminatório. Uma diferenciação baseada em **critérios razoáveis e objectivos não constitui discriminação proibida no sentido do artigo 26.º**”³⁰. Cabe pois ao Comité, nos casos pertinentes submetidos à sua apreciação, analisar se o Estado Parte em causa respeitou esses critérios.

No continente americano, o direito à igual protecção da lei conforme garantido pelo artigo 24.º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos foi examinado pelo Tribunal Interamericano de Direitos Humanos no seu parecer consultivo sobre a *Proposta de Emendas às Disposições em matéria de Naturalização da Constituição da Costa Rica*. Neste parecer, o Tribunal Interamericano procedeu a uma análise rica e aprofundada dos conceitos de discriminação e igualdade.

O Tribunal começou por assinalar que, embora o artigo 24.º da Convenção Americana não seja conceptualmente idêntico ao artigo 1.º, n.º 1, que consagra uma proibição geral da discriminação relativamente ao exercício dos direitos e liberdades enunciados na Convenção, “o artigo 24.º reafirma em certa medida o princípio estabelecido no artigo 1.º, n.º 1. Ao reconhecer a igualdade perante a lei, proíbe todo o tratamento discriminatório com origem num preceito legal”³¹. O Tribunal explicou da seguinte forma a origem e significado da noção de igualdade:

“55. A noção de igualdade deriva directamente da unicidade da família humana e está ligada à dignidade fundamental do indivíduo. Esse princípio não é compatível com a ideia de que determinado grupo tem direito a um tratamento privilegiado devido à sua suposta superioridade. É igualmente incompatível com a caracterização de um grupo como inferior e a prestação a esse grupo de um tratamento hostil ou a sua sujeição, por outra forma, a discriminação no gozo de direitos que são concedidos a outros não classificados da mesma forma. É inadmissível sujeitar seres humanos a diferenças de tratamento que são incompatíveis com a sua natureza única e congénere.

56. Precisamente porque a igualdade e a não discriminação são inerentes à ideia de unicidade em dignidade e valor de todos os seres humanos, nem todas as diferenças de tratamento legal são, como tal, discriminatórias, porque nem todas as

²⁸ *Ibid.*, pp. 135-136, parágrafo 8; destaque nosso.
²⁹ *Ibid.*, p. 136, parágrafo 10; destaque nosso.
³⁰ Comunicação n.º 172/1984, *S. W. M. Broeks v. the Netherlands* (Parecer adoptado a 9 de Abril de 1987), in documento das Nações Unidas GAOR, A/42/40, p. 150, parágrafo 13; destaque nosso.

³¹ TIADH, *Proposta de Emendas às Disposições em matéria de Naturalização da Constituição da Costa Rica, Parecer Consultivo OC-4/84 de 19 de Janeiro de 1984, Série A, N.º 4*, p. 104, parágrafo 54.

diferenças de tratamento são em si mesmas ofensivas da dignidade humana. O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, *segundo os princípios que podem ser extraídos da prática jurídica de um grande número de Estados democráticos*, tem considerado que uma diferença de tratamento só é discriminatória quando *não tenha uma justificação objectiva e razoável*. [...] Podem perfeitamente existir determinadas desigualdades de facto que possam dar origem a certas desigualdades de tratamento legal mas que não violem princípios de justiça. Podem mesmo ser meios para alcançar a justiça ou proteger os que se encontram numa posição jurídica frágil. Por exemplo, não pode ser considerada discriminação com base na idade ou condição social a imposição legal de limites à capacidade jurídica dos menores ou das pessoas com problemas mentais a quem falta o discernimento para proteger os seus interesses.

57. Nesta conformidade, não existe discriminação se a diferença de tratamento tiver um objectivo legítimo e não conduzir a situações que sejam contrárias à justiça, à razão ou à natureza das coisas. Daqui resulta que não haverá discriminação nas diferenças de tratamento dos indivíduos pelo Estado quando as classificações efectuadas se baseiem em diferenças factuais ***substantivas e exista uma razoável relação de proporcionalidade entre estas diferenças e os objectivos da norma jurídica em apreciação. Estes objectivos não podem ser injustos ou irrazoáveis, isto é, não podem ser arbitrários, caprichosos, despóticos ou conflituantes com a unicidade e dignidade fundamental da pessoa humana***³².

Contudo, o Tribunal fez depois uma concessão às realidades com que qualquer Governo se pode confrontar em determinadas situações:

“58. Embora não possa ser negado que certos contextos factuais podem tornar mais ou menos difícil a determinação do facto de se estar ou não perante a situação descrita no parágrafo anterior, é igualmente verdade que, partindo da noção de unicidade e dignidade fundamental da família humana, é possível identificar circunstâncias em que considerações de bem-estar público podem

justificar um afastamento, em maior ou menor grau, das normas acima enunciadas. Estamos aqui a lidar com valores que assumem dimensões concretas perante as situações reais a que têm de ser aplicados e que permitem, em cada caso, uma certa margem de discricionariedade quando se lhes dá expressão”³³.

* * *

A nível europeu, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem examinou pela primeira vez o artigo 14.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem no caso da *Linguística Belga*, considerando que a garantia consagrada nesse artigo “não tem existência autónoma uma vez que, segundo o artigo 14.º, diz unicamente respeito aos *direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção*”³⁴. Porém, “uma medida que seja em si mesma conforme às exigências do artigo que prevê o direito ou liberdade em questão pode [...] violar este artigo quando lida em conjunto com o artigo 14.º em virtude de ter uma natureza discriminatória [...] É como se o [artigo 14.º] constituísse parte integrante de cada um dos artigos que consagram direitos e liberdades”³⁵.

O Tribunal Europeu decidiu depois desta forma sobre a questão de saber se o artigo 14.º proíbe todas as diferenças de tratamento:

“10. Apesar da linguagem muito genérica da versão francesa^{N.T.4} (*sans distinction aucune*), o artigo 14.º não proíbe todas as diferenças no exercício dos direitos e liberdades reconhecidos. Esta versão deverá ser interpretada à luz do texto mais restritivo da versão inglesa (*without discrimination*). Para além disso, e em especial, chegaríamos a conclusões absurdas se dêssemos ao artigo 14.º um sentido tão lato como o que a versão francesa parece implicar. Seríamos, na verdade, levados a considerar contrárias à Convenção cada uma das muitas disposições legais ou administrativas que não garantem a todos uma completa igualdade de tratamento no gozo dos

³³ *Ibid.*, p. 106, parágrafo 58.

³⁴ TEDH, Caso “relativo a certos aspectos das leis sobre a utilização de idiomas na educação na Bélgica” (Fundo da questão), sentença de 23 de Julho de 1968, Série A, N.º 6, p. 33, parágrafo 9.

³⁵ *Ibid.*, p. 34, parágrafo 9.

³² *Ibid.*, pp. 104-106, parágrafos 55-57; destaque nosso.

^{N.T.4} A versão oficial em português segue de perto a versão francesa (“sem quaisquer distinções”).

direitos e liberdades reconhecidos. As autoridades nacionais competentes são frequentemente confrontadas com situações e problemas que, devido às diferenças que lhes estão inerentes, apelam à aplicação de diferentes soluções jurídicas; para além disso, certas desigualdades jurídicas tendem apenas a corrigir desigualdades de facto. Consequentemente, a interpretação extensiva acima mencionada não pode ser aceite.

É assim importante olhar os critérios que permitem determinar se determinada diferença de tratamento [...] viola ou não o artigo 14.º. Sobre esta questão, o Tribunal, seguindo os princípios que podem ser extraídos da prática jurídica de um grande número de Estados democráticos, considera que o princípio da igualdade de tratamento é violado se a distinção não tiver uma justificação objectiva e razoável. A existência de tal justificação deverá ser apurada por referência ao objectivo e às consequências da medida em apreciação, tendo em conta os princípios normalmente prevaletentes nas sociedades democráticas. **Não basta** que uma diferença de tratamento no exercício de um direito previsto na Convenção **prossiga um fim legítimo**: o artigo 14.º é também violado caso fique claramente estabelecido que **não existe uma razoável relação de proporcionalidade entre os meios empregues e o fim que se pretende atingir**.

Ao tentar apurar num dado caso se existiu ou não uma distinção arbitrária, o Tribunal não pode ignorar as questões jurídicas e factuais que caracterizam a vida da sociedade no Estado que, enquanto Parte Contratante, tem de responder pela medida impugnada. Ao fazê-lo, não pode assumir o papel das autoridades nacionais competentes, pois assim perderia de vista o carácter subsidiário dos mecanismos internacionais de controlo estabelecidos pela Convenção. As autoridades nacionais continuam a ter liberdade de escolha quanto às medidas que consideram adequadas nas matérias reguladas pela Convenção. O controlo efectuado pelo Tribunal incide apenas sobre a conformidade dessas medidas com as exigências da Convenção³⁶.

O Tribunal Europeu teve contudo ocasião de desenvolver a sua interpretação do conceito de discriminação e, embora considere desde há muito que o direito previsto no artigo 14.º é violado “sempre que os Estados tratam de forma diferente pessoas que se encontram em situações análogas sem apresentar uma justificação objectiva e razoável”, considera agora também “que esta não é a única faceta da proibição de discriminação consagrada no artigo 14.º” e que

“o direito de não ser discriminado no gozo dos direitos garantidos pela Convenção é também violado **quando os Estados, sem justificação objectiva e razoável, não tratam de forma diferente pessoas que se encontram em situações significativamente diferentes**”³⁷.

³⁷ TEDH, *Caso Thlimmenos c. Grécia*, sentença de 6 de Abril de 2000, (versão não editada da sentença), parágrafo 44; destaque nosso.

Porém, tal como o Tribunal Interamericano de Direitos Humanos, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem admite que “os Estados Contratantes dispõem de uma certa margem de discricionariedade para avaliar se, e até que ponto, diferenças entre situações em tudo o mais semelhantes justificam um tratamento diferenciado”³⁸. Por outro lado, o Governo visado terá de apresentar “razões muito ponderosas” para que o Tribunal considere que uma diferença de tratamento constitui uma diferenciação legítima à luz do artigo 14.º, particularmente se for baseada exclusivamente no sexo³⁹ da pessoa ou no facto de ter nascido fora do casamento⁴⁰.

³⁸ TEDH, *Caso Karlheinz Schmidt c. Alemanha*, sentença de 18 de Julho de 1994, Série A, N.º 291-B, pp. 32-33, parágrafo 24.

³⁹ TEDH, *Caso Van Raalte c. Países Baixos*, sentença de 21 de Fevereiro de 1997, p. 186, parágrafo 39.

⁴⁰ TEDH, *Caso Inze c. Áustria*, sentença de 28 de Outubro de 1987, Série A, N.º 126, p. 18, parágrafo 41.

Estas são algumas das decisões jurisdicionais mais detalhadas e importantes sobre a noção de igualdade de tratamento e não discriminação consagrada nas normas internacionais de direitos humanos. Estão na base dos exemplos apresentados em seguida de jurisprudência do Comité dos Direitos do Homem e dos Tribunais Interamericano e Europeu dos Direitos do Homem. Os traços comuns da jurisprudência destes organismos podem resumir-se no seguinte:

O princípio da igualdade e não discriminação não significa que todas as distinções entre pessoas sejam ilícitas à luz do direito internacional.

As diferenciações são legítimas, logo lícitas, desde que:

- Prossigam um fim legítimo, como a acção positiva para corrigir desigualdades factuais; e
- Sejam razoáveis à luz do seu fim legítimo.

Alegados objectivos de tratamento diferenciado que não possam ser objectivamente justificados e medidas que sejam desproporcionais face à realização do fim legítimo são ilícitos e contrários às normas internacionais de direitos humanos.

Para garantir o direito à igualdade, os Estados podem ter de tratar de forma diferente pessoas que se encontram em situações significativamente diferentes.

6. Selecção de Jurisprudência Internacional e Comentários Jurídicos sobre o Direito à Igualdade e a Proibição da Discriminação *

Na presente secção serão destacados alguns dos muitos casos relativos à discriminação examinados até ao momento pelos principais órgãos internacionais de controlo. Foi prestada uma especial atenção aos órgãos de natureza judicial ou quase judicial.

Alguns dos casos seleccionados podem parecer ter uma importância relativamente reduzida, dado que muitos indivíduos e grupos de indivíduos sofrem de discriminação infinitamente maior do que alguns daqueles cujos casos foram examinados pelos órgãos internacionais de controlo. **Porém, a jurisprudência indica claramente o caminho a seguir noutras situações possivelmente bem mais graves, uma vez que estabelece critérios jurídicos universais que podem e devem orientar os legisladores e operadores judiciais na elaboração de leis e na realização prática do direito à igualdade e proibição da discriminação.**

6.1 RAÇA, COR E ORIGEM ÉTNICA

6.1.1 INSULTOS RACISTAS

No caso *Ahmad*, a Dinamarca foi considerada culpada de violação do artigo 6.º da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial. O autor, cidadão dinamarquês de origem paquistanesa, queixou-se do facto de ele próprio e o seu irmão terem sido chamados de “um grupo de macacos” pelo director e por um outro professor da sua escola. O incidente ocorreu no recinto escolar após os dois rapazes – que haviam alegadamente provocado ruído – se recusarem a obedecer a uma ordem do professor para abandonarem o local onde esperavam, com uma câmara de vídeo, por um amigo que fazia um exame⁴¹.

⁴¹ Comunicação n.º 16/1999, *K. Ahmad c. Dinamarca* (Parecer adoptado a 13 de Março de 2000) in documento das Nações Unidas GAOR, A/55/18, p. 110, parágrafo 2.1.

O autor apresentou queixa à polícia, que arquivou o caso após concluir que as palavras proferidas não caíam no âmbito da Secção 266b do Código Penal dinamarquês, relativo às ofensas verbais insultuosas ou degradantes⁴². O ofício da polícia declarava também “que a expressão utilizada tinha de ser vista no contexto de um incidente de tensão [e] não devia ser entendida como insultuosa ou degradante em termos de raça, cor, origem nacional ou étnica, uma vez que podia também ser utilizada relativamente a pessoas de origem dinamarquesa que se tivessem comportado da mesma forma que o autor”⁴³. O Ministério Público confirmou ulteriormente a decisão da polícia⁴⁴.

⁴² *Ibid.*, p. 110, parágrafos 2.2 e 2.4, lidos em conjunto com p. 116, parágrafo 6.3.

⁴³ *Ibid.*, p. 110, parágrafo 2.4.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 110, parágrafo 2.5.

O Comité para a Eliminação da Discriminação Racial concluiu que “devido ao arquivamento do caso pelas autoridades policiais, e à decisão final do Ministério Público da qual não cabia recurso, foi negada ao autor a possibilidade de estabelecer se os seus direitos à luz da Convenção tinham ou não sido violados. Daqui [resultou] que o Estado Parte não [tinha concedido] ao autor uma protecção efectiva contra a discriminação racial e vias de recurso adequadas”⁴⁵.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 116, parágrafo 6.4.

O Comit  recomendou que o ⁴⁶ *Ibid.*, p. 116, parágrafo 9. Estado Parte “assegure que a polícia e o Ministério Público investigam adequadamente as acusa es e queixas relativas a actos de discrimina o racial, que devem ser puníveis por lei [em conformidade com] o artigo 4.º da Conven o”⁴⁶.

6.1.2 LIBERDADE DE CIRCULA O E DE ESCOLHA DE RESIDÊNCIA

No caso *Koptova c. República da Eslováquia*, também apresentado ao abrigo da Conven o Internacional sobre a Elimina o de Todas as Formas de Discrimina o Racial, o autor queixou-se de viola es das disposi es da Conven o em resultado de resolu es adoptadas por dois municípios da Eslováquia que proibiam cidad es de etnia cigana de se estabelecerem nos seus respectivos territórios. Uma das resolu es proibia mesmo os cidad es ciganos de entrar na cidade⁴⁷.

Após examinar o texto das resolu es, o Comit  concluiu que representavam uma viola o do artigo 5.º, alínea d) i) da Conven o, que garante o direito de circula o e de escolha da residência a todas as pessoas “sem distin o de raça, de cor ou de origem nacional ou étnica”. Considerou que “embora o texto refira explicitamente os ciganos previamente domiciliados nos municípios em causa, o contexto em que foram adoptadas indica claramente que outros ciganos terão sido igualmente proibidos de se estabelecerem”⁴⁸. O Comit  constatou contudo que as resolu es impugnadas foram revogadas em Abril de 1999 e que a liberdade de circula o e de escolha de residência   garantida pelo artigo 23.º da Constitui o da República da Eslováquia. Recomendou ao Estado Parte que “tome as medidas necessárias para garantir que as práticas restritivas da liberdade de circula o e residência dos ciganos sob a sua jurisdi o sejam total e imediatamente eliminadas”⁴⁹.

6.1.3 DISCRIMINA O RACIAL E ÉTNICA NO DOMÍNIO DA APLICA O DA LEI

Nas suas observa es finais sobre o relatório inicial e os segundo e terceiro relatórios periódicos dos Estados Unidos da América, o Comit  para a Elimina o da Discrimina o Racial constatou com preocupa o “os incidentes de violência e brutalidade policial, incluindo casos de mortes resultantes de uma excessiva utiliza o da força por funcionários responsáveis pela aplica o da lei, que afectam particularmente grupos minoritários e estrangeiros”. Recomendou assim que o Estado Parte “adopte imediatamente medidas eficazes para assegurar uma adequada forma o das forças policiais, a fim de combater os preconceitos que podem conduzir   discrimina o racial e, em última instância, a viola es do direito   segurança pessoal. O Comit  [recomendou] ainda que sejam tomadas medidas firmes a fim de punir a violência com motiva o racista e assegurar o acesso das vítimas a vias legais de recurso eficazes e o direito de obter uma repara o justa e adequada por qualquer dano sofrido em resultado de tais ac es”⁵⁰.

O Comit  constatou também ⁵¹ *Ibid.*, parágrafo 16. com preocupa o “que a maioria dos reclusos dos estabelecimentos prisionais federais, estaduais e locais [dos Estados Unidos] são membros de minorias étnicas ou nacionais, e que a taxa de reclusão   particularmente elevada no que concerne aos afro-americanos e hispânicos”. Recomendou que o Estado Parte “adopte medidas firmes para garantir o direito de todos, sem distin o quanto   raça, cor ou origem nacional ou étnica,   igualdade de tratamento perante os tribunais e todos os outros órgãos de administra o da justiça”. Recomendou ainda que o Estado Parte “garanta que a alta taxa de reclusão não resulta da posi o desfavorecida destes grupos em termos económicos, sociais e educacionais”⁵¹.

Por último, o Comit  para a Elimina o da Discrimina o Racial observou com preocupa o que, “segundo o Relator Especial da Comissão de Direi-

⁵⁰ Vide a versão não editada das observa es finais do Comit  para a Elimina o da Discrimina o Racial: Estados Unidos da América, in documento das Na es Unidas CERD/C/59/Misc.17/Rev.3, parágrafo 15.

⁴⁷ Comunica o n.º 13/1998, *A. Koptova v. the Slovak Republic* (Parecer de 8 de Agosto de 2000), in documento das Na es Unidas GAOR, A/55/18, p. 137, parágrafos 2.1-2.3.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 149, parágrafo 10.1.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 149, parágrafo 10.3.

⁵¹ *Ibid.*, parágrafo 16.

tos Humanos sobre execuções ⁵² *Ibid.*, parágrafo 17. extrajudiciais, sumárias ou arbitrárias, existe uma perturbadora correlação entre a raça, tanto da vítima como do arguido, e a imposição da pena de morte, particularmente em estados como o Alabama, a Florida, a Geórgia, a Louisiana, o Mississippi e o Texas. [Instou] o Estado Parte a garantir, possivelmente através da imposição de uma moratória, que a pena de morte não é imposta em resultado de preconceitos raciais por parte dos procuradores, juízes, júris e advogados ou em resultado da posição económica, social e educativamente desfavorecida das pessoas condenadas”⁵².

6.1.4 DISCRIMINAÇÃO RACIAL NA GARANTIA DOS DIREITOS ECONÓMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS

Nas suas conclusões finais sobre o décimo quarto relatório periódico da Dinamarca, o Comité para a Eliminação da Discriminação Racial declarou: “O Comité considera importante que seja prestada igual atenção aos direitos económicos, sociais e culturais enunciados no artigo 5.º [da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial]. Está particularmente preocupado com a taxa de desemprego dos estrangeiros e com a dificuldade de acesso ao emprego dos membros de minorias étnicas”. O Comité assinalou que, “embora o Estado Parte não seja obrigado a conceder licenças de trabalho aos residentes estrangeiros, tem a obrigação de garantir que os estrangeiros que tenham obtido uma licença de trabalho não são discriminados no acesso ao emprego”⁵³.

O mesmo Comité foi particularmente severo nas suas observações finais sobre o décimo, décimo primeiro e décimo segundo relatórios periódicos da Austrália, nas quais manifestou grave preocupação “com a dimensão da contínua discriminação enfrentada pelos indígenas australianos no gozo dos seus direitos económicos, sociais e culturais. O Comité [continuou] seriamente preocupado com a dimensão da dramática desigualdade ainda experimentada por uma população indígena que representa apenas 2.1 por cento da população total

de um Estado desenvolvido altamente industrializado. O Comité [recomendou] que o Estado Parte garanta, no mais curto espaço de tempo possível, a afectação de recursos suficientes para erradicar estas disparidades”⁵⁴.

6.2 GÉNERO

6.2.1 DIREITO DE REPRESENTAR OS BENS DO CASAL

O caso *Ato del Avellanal c. Peru* examinou a situação de uma mulher peruana proprietária de dois edifícios de apartamentos em Lima a qual, por decisão final do Supremo Tribunal, não foi autorizada a instaurar acção judicial contra os inquilinos a fim de conseguir o pagamento de rendas em atraso uma vez que, nos termos do artigo 168.º do Código Civil peruano, quando uma mulher é casada, apenas o seu marido pode representar os bens conjugais perante os tribunais⁵⁵. Segundo o Comité dos Direitos do Homem, esta situação violou as seguintes disposições do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos:

- Artigo 14.º, n.º 1, que garante que “todos são iguais perante os tribunais de justiça”, uma vez que “a mulher não era igual ao seu marido para efeitos de instauração de acção judicial”;
- Artigo 3.º, nos termos do qual os Estados Partes se comprometem “a assegurar o direito igual dos homens e das mulheres a usufruir de todos os direitos civis e políticos enunciados no [...] Pacto”, e artigo 26.º, que proclama que “todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito, sem discriminação, a igual protecção da lei”. O Comité considerou que a aplicação do artigo 168.º do Código Civil peruano à autora “resultou na negação da sua igualdade perante os tribunais e constituiu discriminação com base no sexo”⁵⁶.

⁵⁴ Vide documento das Nações Unidas GAOR, A/55/18, pp. 19-20, parágrafo 41.

⁵³ Vide documento das Nações Unidas GAOR, A/55/18, p. 23, parágrafo 67.

⁵⁵ Comunicação n.º 202/1986, *G. Ato del Avellanal v. Peru* (Parecer adoptado a 28 de Outubro de 1988), in documento das Nações Unidas GAOR, A/44/40, p. 196, parágrafos 1 e 2.1.

⁵⁶ *Ibid.*, pp. 198-199, parágrafos 10.1-10.2.

6.2.2 DIREITO AO RESPEITO DA VIDA FAMILIAR

No caso *Abdulaziz, Cabales and Balkandali c. Reino Unido*, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem teve de decidir se as leis de imigração do Reino Unido violavam o direito ao respeito da vida privada garantido pelo artigo 8.º, considerado isoladamente ou em conjunto com a norma em matéria de não discriminação consagrada no artigo 14.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. O caso envolveu três mulheres que desejavam estabelecer residência no Reino Unido com os seus respectivos maridos. No momento em que apresentaram a queixa, as autoras, que eram originárias do Malawi, das Filipinas e do Egipto, residiam permanente e legalmente no Reino Unido. Os seus problemas começaram após terem casado com homens de origem estrangeira a quem foi recusada autorização para se lhes juntarem no Reino Unido ou para aí permanecerem com elas. Os maridos das queixosas eram originários de Portugal, das Filipinas e da Turquia, respectivamente.

Relativamente ao direito ao respeito da vida familiar garantido pelo artigo 8.º da Convenção Europeia, o Tribunal observou que “as queixosas só contraíram casamento depois de terem fixado residência no Reino Unido, como pessoas solteiras”. Na sua opinião,

“O dever imposto pelo artigo 8.º não pode ser entendido no sentido de abranger uma obrigação geral do Estado Parte de respeitar a escolha dos casais quanto ao país de residência da família e aceitar a fixação no país do cônjuge não nacional.

No caso presente, as queixosas não demonstraram que existissem obstáculos ao estabelecimento da vida familiar no seu próprio país ou no país de origem dos respectivos maridos ou quaisquer razões especiais pelas quais não se pudessem esperar que o fizessem.

[...]

Não houve pois qualquer *desrespeito* da vida familiar e, conseqüentemente, não existiu viola-

ção do artigo 8.º considerado isoladamente”⁵⁷.

⁵⁷ TEDH, *Caso Abdulaziz, Cabales and Balkandali c. Reino Unido*, sentença de 28 de Maio de 1985, Série A, N.º 94, p. 34, parágrafos 68-69.

O resultado foi contudo diferente quando o Tribunal analisou o caso à luz do artigo 14.º em conjunto com o artigo 8.º da Convenção. Colocou-se a questão de saber se, tal como era alegado pelas queixosas, estas disposições tinham sido violadas “em resultado de injustificadas diferenças de tratamento na garantia do direito ao respeito da vida familiar, com base no sexo, na raça e também – no caso da Senhora Balkandali – no nascimento”⁵⁸.

Invocando a sua jurisprudência consolidada, o Tribunal considerou que:

“Para efeitos do artigo 14.º, ⁵⁹ *Ibid.*, p. 35, parágrafo 72. uma diferença de tratamento 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”⁵⁹.

Porém, os Estados Contratantes “dispõem de uma certa margem

⁶⁰ *Ibid.*, p. 36, parágrafo 72.

de discricionariedade para avaliar se, e até que ponto, diferenças entre situações em tudo o mais semelhantes justificam um tratamento legal diferenciado”⁶⁰.

Não foi contestado o facto de, à luz das normas pertinentes, “ser mais fácil a um homem resi-

⁶¹ *Ibid.*, p. 36, parágrafo 74.

⁶² *Ibid.*, p. 36, parágrafo 75; destaque nosso.

dente no Reino Unido do que a uma mulher residente obter permissão para que o seu cônjuge não nacional entre ou permaneça no país para aí fixar residência”. A discussão centrou-se pois na questão de saber se esta diferença tinha uma justificação razoável e objectiva⁶¹. O Governo alegou que a diferença de tratamento se destinava a limitar a “imigração primária” e que se justificava “pela necessidade de *proteger o mercado de trabalho interno* num momento de elevado desemprego”⁶². Embora aceitando que o objectivo de proteger o mercado de trabalho interno “era sem dúvida legítimo”, o Tribunal foi de opinião que

este facto não justificava em si mesmo a distinção feita pelas normas em vigor⁶³. Para além disso, “a promoção da igualdade entre os sexos é hoje em dia um dos principais objectivos dos Estados membros do Conselho da Europa. Isto significa que teriam de ser apresentados motivos muito ponderosos para que uma diferença de tratamento baseada no sexo pudesse ser considerada compatível com a Convenção”⁶⁴.

Após analisar os argumentos do Governo, o Tribunal declarou não estar “convencido de que a diferença que possa ainda assim existir entre o impacto no mercado de trabalho interno dos homens e das mulheres, respectivamente, [fosse] suficientemente importante para justificar as diferenças de tratamento, de que as autoras se queixaram, quanto à possibilidade de se juntar a uma pessoa residente no Reino Unido a sua mulher ou o seu marido, conforme o caso”⁶⁵. Aceitando embora os argumentos do Governo de que as regras se destinavam também a **fomentar a tranquilidade pública**, o Tribunal não ficou “convencido de que este fim fosse atingido mediante a distinção feita por tais regras entre maridos e mulheres”⁶⁶.

O Tribunal concluiu por isso que as queixosas tinham sido vítimas de discriminação com base no **sexo**, em violação do artigo 14.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem lido em conjunto com o artigo 8.º. Concluiu também todavia que as queixosas **não** tinham sido discriminadas com base na raça ou no nascimento⁶⁷.

6.2.3 DIREITOS PREFERENCIAIS A PENSÕES

No caso *Pauger c. Áustria*, foi recusada uma pensão ao autor após a morte da sua mulher, com fundamento no facto de dispor de um emprego remunerado. O autor alegou que, contrariamente ao disposto no artigo 26.º do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, a Lei austríaca sobre Pensões, de 1965, “concedia um tratamento

preferencial às viúvas, porque lhes dava o direito a receber uma pensão, independentemente dos seus rendimentos, ao passo que os viúvos apenas podiam receber pensões se não tivessem qualquer outra fonte de rendimento”⁶⁸.

O Comité dos Direitos do Homem concluiu que, contrariamente ao disposto no artigo 26.º do Pacto, ao autor “como viúvo, foram negados benefícios plenos de pensionista em igualdade de condições com as viúvas”⁶⁹. Ao determinar se a aplicação da Lei sobre Pensões neste caso “implicou uma diferenciação baseada em critérios pouco razoáveis ou pouco objectivos”, o Comité observou que, ao passo que o direito da família austríaco impunha iguais direitos e deveres a ambos os cônjuges relativamente aos rendimentos e manutenção recíproca, a Lei sobre Pensões, em conformidade com a revisão de 1985, apenas previa a concessão de plenos benefícios de pensionista aos viúvos caso estes não possuíssem qualquer outra fonte de rendimento, requisito que não se aplicava às viúvas. Os viúvos só viriam de facto a ser tratados em igualdade de condições com as viúvas a partir de 1 de Janeiro de 1995⁷⁰. Na opinião do Comité, isto significava que “homens e mulheres de semelhante condição social estavam a ser tratados de forma diferente, unicamente com base no sexo”. Esta diferenciação não era razoável, como foi aliás “implicitamente reconhecido” pelo Estado Parte quando indicou que “o fim último da legislação [era] alcançar a plena igualdade entre homens e mulheres em 1995”⁷¹.

6.2.4 PRESTAÇÕES DE SEGURANÇA SOCIAL

O artigo 26.º do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos foi também violado no caso *S W M. Broeks c. Países Baixos*, uma vez que a Senhora Broeks tinha sido vítima de discriminação baseada no sexo na aplicação da Lei holandesa sobre o Subsídio de Desemprego então em vigor⁷². Para

⁶⁸ Comunicação n.º 415/1990, *D. Pauger v. Austria* (Parecer adoptado a 26 de Março de 1992), in documento das Nações Unidas GAOR, A/47/40, p. 333, parágrafos 1.-2.1.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 336, parágrafo 8.

⁷⁰ *Ibid.*, pp. 335-336, parágrafo 7.4.

⁷¹ *Ibid.*, p. 336, parágrafo 7.4.

⁶³ *Ibid.*, p. 37, parágrafo 78.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 38, parágrafo 78.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 38, parágrafo 79.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 39, parágrafo 81.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 39, parágrafo 83, e p. 41, parágrafos 86 e 89.

⁷² Comunicação n.º 172/1984, *S. W. M. Broeks v. the Netherlands* (Parecer adoptado a 9 de Abril de 1987), in documento das Nações Unidas GAOR, A/42/40, p. 150, parágrafos 14-15.

poder receber um subsídio de desemprego ao abrigo desta lei, uma mulher casada “tinha de provar que sustentava a família – condição que não se aplicava aos homens casados”. Segundo o Comité dos Direitos do Homem, esta diferenciação colocava as mulheres casadas numa situação de desvantagem comparativamente aos homens casados e não era razoável⁷³.

⁷³ *Ibid.*, p. 150, parágrafo 14. A mesma questão foi suscitada na Comunicação n.º 182/1984, *F. H. Zwaan-de Vries v. the Netherlands* (Parecer adoptado a 9 de Abril de 1987), pp. 160-169.

6.2.5 CONTRIBUIÇÕES PARA REGIMES GERAIS DE ASSISTÊNCIA À INFÂNCIA

No caso *Van Raalte c. Países Baixos*, o queixoso alegou que os descontos que lhe eram feitos, enquanto homem solteiro e sem filhos com mais de 45 anos de idade, ao abrigo da Lei holandesa de Assistência Geral à Infância, constituíam uma violação do artigo 14.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem lido em conjunto com o artigo 1.º do Protocolo n.º 1 à Convenção, devido ao facto de não serem, na época, exigidas contribuições semelhantes às mulheres solteiras e sem filhos da mesma idade⁷⁴.

⁷⁴ *TEDH, Caso Van Raalte c. Países Baixos, sentença de 21 de Fevereiro de 1997, Relatórios de 1997-I*, p. 183, parágrafo 32.

O Tribunal não teve dificuldade em examinar este caso à luz do artigo 1.º do Protocolo n.º 1, uma vez que se relacionava com o direito do Estado de “assegurar o pagamento de impostos ou outras contribuições”⁷⁵. Considerou também que a situação objecto de queixa constituía sem dúvida uma “diferença de tratamento” entre pessoas em situações semelhantes, com base no sexo. A diferença factual em que o Governo se baseou entre as duas categorias de pessoas, nomeadamente “as suas respectivas possibilidades biológicas de procriar”, não conduziu o Tribunal a uma conclusão diferente, uma vez que era precisamente essa distinção que estava “no cerne da questão de saber se a diferença de tratamento impugnada [podia] ser justificada”⁷⁶.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 184, parágrafos 34-35.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 186, parágrafo 40.

O Tribunal constatou que a “característica fundamental” do regime era o facto de “a obrigação de

pagar contribuições não depender de qualquer potencial direito aos benefícios que o indivíduo pudesse ter [...] Nesta conformidade, a isenção no caso presente era contrária à natureza subjacente ao regime”⁷⁷.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 187, parágrafo 41.

O Tribunal concluiu que, embora os Estados Contratantes “gozem, à luz da Convenção, de uma certa margem de discricionariedade quanto à introdução de isenções a tais obrigações contributivas, o artigo 14.º exige que, em princípio, qualquer medida desse tipo se aplique uniformemente a homens e mulheres, a menos que sejam apresentadas razões ponderosas que justifiquem uma diferença de tratamento”. O Tribunal não ficou convencido da existência de tais razões no caso em análise e concluiu ter havido violação do artigo 14.º lido em conjunto com o artigo 1.º do Protocolo n.º 1 à Convenção⁷⁸.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 187, parágrafos 42-43.

6.2.6 LICENÇA PARENTAL REMUNERADA

No caso *Petrovic c. Áustria*, o resultado foi diferente uma vez que o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem concluiu que a recusa das autoridades austríacas em conceder a um pai uma licença parental remunerada – com fundamento no facto de o pagamento de tal licença estar previsto apenas para as mães – não ultrapassava a margem de discricionariedade reconhecida ao Governo pelo artigo 14.º em conjunto com o artigo 8.º da Convenção⁷⁹.

⁷⁹ *TEDH, Caso Petrovic v. Austria, sentença de 27 de Março de 1998, Relatórios de 1998-II*, p. 588, parágrafo 43.

O Tribunal assinalou que “no momento dos factos as licenças parentais eram pagas apenas às mães, não aos pais, após o termo do período de oito semanas subsequentes ao parto e expirado o direito a subsídio de maternidade”, não tendo sido contestado tratar-se de uma diferença de tratamento baseada no sexo⁸⁰.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 587, parágrafos 34-35.

O Tribunal aceitou que ambos os pais estavam em “idêntica situação” para cuidar da criança durante o período em causa. Para além disso, considerando que

“a promoção da igualdade entre os sexos constitui hoje um dos principais objectivos dos Estados membros do Conselho da Europa [...] serão necessárias razões muito ponderosas para que tal diferença de tratamento seja considerada compatível com a Convenção”⁸¹.

O Tribunal observou, contudo, que

“os Estados Contratantes gozam de uma certa margem de discricionariedade para avaliar se, e até que ponto, as diferenças em situações em tudo o mais semelhantes justificam um tratamento legal diferenciado. A margem de discricionariedade varia de acordo com as circunstâncias, a matéria em questão e os seus antecedentes; a este respeito, um dos factores relevantes pode ser a existência ou inexistência de um padrão comum nas leis dos Estados Contratantes”⁸².

Era claro, segundo o Tribunal, que “no momento dos factos, isto é, no final dos anos 80, não existia um padrão comum nesta área, uma vez que a maioria dos Estados Contratantes não previa a atribuição aos pais de licenças parentais remuneradas”. Os Estados europeus tinham gradualmente “evoluído no sentido de uma partilha mais igual entre homens e mulheres das responsabilidades na educação dos filhos”. “[Parecia] assim difícil criticar os legisladores austríacos por terem introduzido de forma gradual, reflectindo a evolução da sociedade nesse domínio, legislação que é, no seu conjunto, muito progressista a nível europeu”⁸³. Daqui decorria que as autoridades austríacas não tinham “ultrapassado a margem de discricionariedade que lhes era permitida”, pelo que “a diferença de tratamento impugnada não era discriminatória no sentido do artigo 14.º”⁸⁴.

6.2.7 AQUISIÇÃO DE NACIONALIDADE

No seu parecer consultivo sobre a *Proposta de Emendas às Disposições em matéria de Naturalização da Constituição da Costa Rica*, o Tribunal Inter-

americano de Direitos Humanos concluiu que estas emendas constituíam uma discriminação incompatível com os artigos 17.º, n.º 4 (igualdade de direitos entre os cônjuges durante o casamento) e 24.º (direito a igual protecção) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, na medida em que favoreciam apenas um dos cônjuges. De acordo com o artigo 14.º, n.º 4 da proposta de emendas, “uma mulher estrangeira que, em virtude do casamento com um costa-riquenho, perca a sua nacionalidade ou que, após dois anos de casamento com um costa-riquenho e o mesmo tempo de residência no país, manifeste o seu desejo de adquirir [essa] nacionalidade”, tornar-se-ia costa-riquenha por naturalização⁸⁵. Na opinião do Tribunal, teria sido mais conforme à Convenção se o texto se referisse a “qualquer estrangeiro que case com um nacional da Costa Rica”⁸⁶.

6.3 LÍNGUA

A utilização da língua esteve em questão no caso *Diergaardt et al. c. Namíbia*, em que os autores, todos eles membros da Comunidade *Rehoboth Baster*, alegaram violação, nomeadamente, do artigo 26.º do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, porque lhes tinha sido negado o direito de utilizar a sua língua materna – o *afrikaans* – nas áreas da administração, justiça, educação e vida pública⁸⁷. Neste caso, em que teve de ser dada a “devida importância” às alegações dos autores na ausência de resposta do Governo, o Comité assinalou que os autores tinham demonstrado que o Estado Parte havia “dado instruções aos funcionários públicos para não responder às comunicações escritas ou orais dos autores com as autoridades na língua *afrikaans*, mesmo quando fossem per-

⁸¹ *Ibid.*, p. 587, parágrafos 36-37.

⁸² *Ibid.*, p. 587, parágrafo 38.

⁸³ *Ibid.*, p. 588, parágrafos 40-41.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 588, parágrafo 43.

⁸⁵ TIADH, *Proposta de Emendas às Disposições em matéria de Naturalização da Constituição da Costa Rica*, Parecer Consultivo OC-4/84 de 19 de Janeiro de 1984, Série A, N.º 4, p. 111, parágrafo 67 lido em conjunto com p. 109, parágrafo 64, e p. 113, ponto 5.

⁸⁶ *Ibid.*, pp. 111-112, parágrafo 67. A legislação sobre nacionalidade também não deverá, naturalmente, discriminar com base em qualquer outro fundamento. Nas suas observações finais sobre o relatório inicial e o segundo, terceiro e quarto relatórios periódicos da Estónia, o Comité para a Eliminação da Discriminação Racial manifestou “particular preocupação pelo facto de as disposições sobre quotas restritivas à imigração estabelecidas pela Lei de Estrangeiros de 1993 se aplicarem aos cidadãos da maioria dos países do mundo, excepto da União Europeia, Noruega, Islândia e Suíça”. Recomendou “que o sistema de quotas seja aplicado sem discriminação baseada na raça ou na origem étnica ou nacional”, documento das Nações Unidas GAOR, A/55/18, p. 25, parágrafo 81.

⁸⁷ Comunicação n.º 760/1997, J. G. A. Diergaardt et al. v. Namíbia (Parecer adoptado a 25 de Julho de 2000), in documento das Nações Unidas GAOR, A/55/40 (II), p. 147, parágrafo 10.10.

feitamente capazes de o fazer”.⁸⁸ *Ibid.*, loc. cit. Essas instruções impediram a⁸⁹ *Ibid.* utilização do *afrikaans*, não apenas em documentos públicos, mas inclusivamente em conversas telefônicas⁸⁸. Daqui resultou que os autores, enquanto utilizadores da língua *afrikaans*, foram vítimas de violação do artigo 26.º do Pacto⁸⁹.

Uma pessoa de língua materna bretã que também falava francês queixou-se de violação do artigo 26.º do Pacto em virtude de não ter sido autorizado a utilizar a língua bretã no âmbito de um processo judicial. O Comité dos Direitos do Homem assinalou, contudo, que o autor não tinha “demonstrado que ele, ou as testemunhas chamadas em sua defesa, eram incapazes de se dirigir ao tribunal em francês simples mas adequado”⁹⁰. Na opinião do Comité, o direito a um julgamento justo consagrado no artigo 14.º, n.º 1 do Pacto, lido em conjunto com o artigo 14.º, n.º 3, alínea f), “não implica que ao arguido seja garantida a possibilidade de se expressar na língua que fala normalmente ou que fala mais facilmente”. Se o tribunal estiver certo, como o estavam os dois tribunais neste caso, “de que o arguido conhece suficientemente bem a língua utilizada pelo tribunal, não lhe é exigido que apure se seria preferível que o arguido se exprimisse numa outra língua que não a do tribunal”⁹¹. Segundo o direito francês, o autor teria direito aos serviços de um intérprete se deles necessitasse. Como não era o caso, não foi vítima de violação do artigo 26.º ou de qualquer outra disposição do Pacto⁹².

No caso *Ballantyne et al. c. Canadá*, os autores, que eram de língua materna inglesa mas viviam no Québec, alegaram que a proibição de utilização do inglês para fins publicitários constituía uma violação do artigo 26.º do Pacto. O Comité dos Direitos do Homem concluiu que os autores não tinham sido vítimas de discriminação com base na língua, dado que a proibição se aplicava igualmente às pessoas de língua francesa e inglesa, pelo que “uma pessoa de língua francesa que deseje fazer publicidade em inglês, a fim

de chegar aos seus clientes de língua inglesa”, não o podia fazer⁹³.

⁹³ Comunicações n.ºs 359/1989 e 385/1989, *J. Ballantyne and E. Davidson, e G. McIntyre v. Canada*, in documento das Nações Unidas GAOR, A/48/40 (vol. II), p. 103, parágrafo 11.5.

6.4 RELIGIÃO OU CONVICÇÃO

6.4.1 OBJECÇÃO DE CONSCIÊNCIA AO SERVIÇO MILITAR

O Comité dos Direitos do Homem tem constantemente defendido que, à luz do artigo 8.º do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, os Estados Partes “podem exigir a prestação de serviço de natureza militar e, em caso de objecção de consciência, serviço cívico alternativo, **desde que tal serviço não seja discriminatório**”⁹⁴. No caso *F. Foin c. França*, o autor alegou que a lei francesa, que exigia 24 meses de serviço cívico alternativo para os objectores de consciência, comparado com os 12 meses de serviço militar, era discriminatória e violava o princípio da igualdade perante a lei e da igual protecção da lei garantido pelo artigo 26.º do Pacto⁹⁵. O Comité reconheceu

⁹⁴ Vide, por exemplo, a Comunicação n.º 666/1995, *F. Foin v. France* (Parecer adoptado a 3 de Novembro de 1999), in documento das Nações Unidas GAOR, A/55/40 (II), p. 37, parágrafo 10.3; destaque nosso.

⁹⁵ *Ibid.*, loc. cit.

“que a lei e a prática podem⁹⁶ *Ibid.* estabelecer diferenças entre o serviço militar e o serviço cívico alternativo e que essas diferenças podem, num dado caso, justificar um período de serviço mais prolongado, desde que a diferenciação se baseie em critérios razoáveis e objectivos, como a natureza concreta do serviço em causa ou a necessidade de formação especial para cumprir tal serviço”⁹⁶.

No caso *Foin*, contudo, o Governo invocou o argumento de que “a duplicação do tempo de serviço era a única forma de testar a sinceridade das convicções de uma pessoa”. Na opinião do Comité, este argumento não cumpriu a exigência “de que a diferença de tratamento [...] se baseie em critérios razoáveis e objectivos”. O artigo 26.º do Pacto tinha assim sido violado, “porque o autor foi discriminado com base na sua convicção de consciência”⁹⁷.

⁹⁷ *Ibid.* Para uma fundamentação idêntica, vide a Comunicação n.º 689/1996, *R. Maille v. France* (Parecer adoptado a 10 de Julho de 2000), p. 72, parágrafo 10.4.

No caso *Järvinen c. Finlândia*, por outro lado, o Comité não considerou ter havido violação do artigo 26.º. O autor alegou ter sido discriminado uma vez que o serviço alternativo durou 16 meses, comparados com apenas 8 meses de serviço militar. A duração do serviço alternativo tinha sido prolongada de 12 para 16 meses quando a lei foi alterada de forma a que os requerentes fossem destacados para serviço cívico unicamente com base nas suas próprias declarações, sem terem de provar as respectivas convicções⁹⁸. O legislador considerou que tal prolongamento seria “o indicador mais apropriado das convicções de um recruta”⁹⁹. Considerando este *ratio legis* em particular, o Comité concluiu que “as novas disposições foram concebidas para facilitar a administração do serviço alternativo”. A legislação estava assim “baseada em considerações de ordem prática e não tinha qualquer objectivo discriminatório”¹⁰⁰. O Comité declarou-se porém consciente

“de que o impacto da diferenciação legislativa funciona em detrimento dos verdadeiros objectores de consciência, cuja filosofia os obrigará necessariamente a aceitar o serviço cívico. Ao mesmo tempo, as novas disposições não foram vantajosas apenas para o Estado. Retiraram aos objectores de consciência o ónus, por vezes pesado, de convencer o conselho de avaliação da veracidade das suas convicções; e deram a um grupo maior de pessoas a possibilidade de optar eventualmente pelo serviço alternativo”¹⁰¹.

* * *

Uma diferente questão jurídica foi suscitada no caso *Thlimmenos c. Grécia*, que teve origem na condenação do queixoso – Testemunha de Jeová – pelo Tribunal Militar Permanente de Atenas por insubordinação, por se recusar a usar o uniforme militar num momento de mobilização geral. Foi condenado a quatro anos de prisão, mas colocado em liberdade condicional após dois anos e um dia¹⁰². O queixoso veio depois a ficar

⁹⁸ Comunicação n.º 295/1988, *A. Järvinen v. Finland* (Parecer adoptado a 25 de Julho de 1990), in documento das Nações Unidas GAOR, A/45/40 (II), p. 101, parágrafo 2.1, p. 102, parágrafo 3.1, e p. 104, parágrafo 6.1.

⁹⁹ *Ibid.*, p. 102, parágrafo 2.2.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 105, parágrafo 6.4.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 105, parágrafo 6.5.

¹⁰² TEDH, *Caso Thlimmenos c. Grécia*, sentença de 6 de Abril de 2000, parágrafo 7 do texto da decisão conforme publicado no website do Tribunal: <http://www.echr.coe.int/>.

em segundo lugar entre 60 candidatos num concurso público para a nomeação de 112 técnicos oficiais de contas, mas o Conselho Executivo do Instituto Grego de Técnicos Oficiais de Contas recusou-se a nomeá-lo em virtude da sua prévia condenação pela prática de um crime doloso¹⁰³. O queixoso recorreu sem êxito para o Supremo Tribunal Administrativo invocando, nomeadamente, o seu direito à liberdade religiosa e à igualdade perante a lei. O Tribunal decidiu que o Conselho tinha actuado em conformidade com a lei ao ter em conta a condenação do queixoso para efeitos de aplicação do artigo 22.º, n.º 1 do Código dos Funcionários Públicos¹⁰⁴. Segundo esta disposição, nenhuma pessoa condenada pela prática de um crime doloso podia ser nomeada para o funcionalismo público e, com base no Decreto Legislativo n.º 3329/1955, conforme emendado, uma pessoa que não preenchesse os requisitos para a nomeação como funcionário público não podia ser nomeado técnico oficial de contas¹⁰⁵.

Perante o Tribunal Europeu, o autor não se queixou da sua condenação inicial por insubordinação, mas apenas do facto “de a lei que exclui da nomeação para um lugar de técnico oficial de contas as pessoas condenadas pela prática de um crime doloso não distinguir entre pessoas condenadas em resultado das suas convicções religiosas e pessoas condenadas por outros motivos”¹⁰⁶. O Tribunal analisou a queixa à luz do artigo 9.º (direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião) e do artigo 14.º da Convenção. O artigo 9.º era relevante uma vez que o queixoso era membro das Testemunhas de Jeová, grupo religioso que professa o pacifismo¹⁰⁷. Conforme acima indicado, o Comité observou neste caso que “o direito de não ser discriminado no gozo dos direitos garantidos pela Convenção é também violado quando os Estados, sem justificação objectiva e razoável, não tratam de forma diferente pessoas que se encontram em situações significativamente diferentes”¹⁰⁸. Teve pois de examinar

- “se o facto de não ter tratado o queixoso de forma diferente das outras pessoas con-

denadas pela prática de um crime doloso prosseguiu um fim legítimo” e, em caso afirmativo,

- “se existiu uma razoável ¹⁰⁹ *Ibid.*, parágrafo 46. relação de proporcionalidade entre os meios empregues e o fim que se pretendeu atingir”¹⁰⁹.

O Tribunal observou que “os Estados têm um interesse legítimo em excluir alguns delinquentes da profissão de técnico oficial de contas”. Porém, considerou que

“ao contrário de outras con- ¹¹⁰ *Ibid.*, parágrafo 47. denações por crimes graves, uma condenação pela recusa, com fundamentos religiosos ou filosóficos, em usar o uniforme militar não pode implicar qualquer desonestidade ou torpeza moral susceptível de comprometer a capacidade do queixoso para o exercício desta profissão. A exclusão do queixoso com fundamento na sua inaptidão não foi, assim, justificada”¹¹⁰.

Em resposta ao argumento do ¹¹¹ *Ibid.*, *loc. cit.* Governo “de que as pessoas que se recusam a servir o seu país devem ser adequadamente punidas”, o Tribunal assinalou que o queixoso tinha já cumprido uma pena de prisão pela sua recusa. Nestas circunstâncias, o Tribunal considerou que “a imposição de uma nova sanção ao queixoso foi desproporcionada. Daqui [resultou] que a exclusão do queixoso do exercício da profissão de técnico oficial de contas não prosseguiu um fim legítimo. Em resultado, o Tribunal [considerou] que não existia qualquer justificação objectiva e razoável para não tratar o queixoso de forma diferente das outras pessoas condenadas pela prática de um crime doloso”¹¹¹. Tinha assim havido violação do artigo 14.º da Convenção Europeia considerado em conjunto com o artigo 9.º.

6.4.2 OBRIGAÇÃO DE USAR EQUIPAMENTO DE SEGURANÇA NO LOCAL DE TRABALHO

Um homem de religião *Sikh* queixou-se junto do Comité dos Direitos do Homem que o seu direito

de manifestar a respectiva religião, reconhecido pelo artigo 18.º do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, tinha sido violado pela obrigação, prevista nos regulamentos de segurança, de usar um capacete em vez de um turbante durante o trabalho, que consistia na inspecção nocturna à parte inferior de vagões ferroviários, a partir de um fosso situado entre os carris, bem como na execução de trabalhos de manutenção dentro e fora dos comboios, nomeadamente no motor. O Comité examinou a queixa à luz do artigo 18.º do Pacto e também, officiosamente, do artigo 26.º, concluindo que, em ambos os casos, o resultado era o mesmo: à luz do artigo 18.º, n.º 3, a limitação do direito do autor a manifestar a sua religião justificava-se por referência aos fundamentos enunciados no artigo 18.º, n.º 3 e, à luz do artigo 26.º, tratou-se de uma medida razoável com fins objectivos compatíveis com o Pacto¹¹². Era, por outras palavras, uma medida razoável e objectiva exigir que trabalhadores ao serviço do Governo federal se protegessem de lesões e choques eléctricos através do uso de capacetes¹¹³.

6.4.3 FINANCIAMENTO PÚBLICO DE ESCOLAS RELIGIOSAS

O caso *A. H. Waldman c. Canadá* versou sobre o financiamento público a escolas religiosas na província de Ontário, no Canadá. As escolas católicas de Ontário são as únicas escolas não seculares a receber financiamento público total e directo, ao passo que o colégio privado judaico onde o autor colocou os seus dois filhos nada recebia, de forma que o autor teve de pagar as propinas por inteiro¹¹⁴. Colocou-se a questão de saber se o financiamento público das escolas católicas, em detrimento das escolas da religião do autor, constituía uma violação do artigo 26.º da Convenção.

O Comité rejeitou o argumento do Governo segundo o qual a distinção se baseava em critérios objectivos e razoáveis uma vez que o tratamento privilegiado

¹¹² Comunicação n.º 208/1986, *K. Singh Bhinder v. Canada* (Parecer adoptado a 9 de Novembro de 1989), in documento das Nações Unidas GAOR, A/45/40 (II), p. 54, parágrafo 6.2.

¹¹³ *Ibid.*, *loc. cit.*

¹¹⁴ Comunicação n.º 694/1996, *A. H. Waldman v. Canada* (Parecer adoptado a 3 de Novembro de 1999), in documento das Nações Unidas GAOR, A/55/40 (II), p. 87, parágrafo 1.2.

das escolas católicas estava consagrado na Constituição. O Comité constatou que esta distinção datava de 1867 e que nada demonstrava “que os membros da comunidade católica ou qualquer sector identificável desta comunidade estejam agora numa posição de desvantagem se comparados com os membros da comunidade judaica que desejam assegurar a educação dos seus filhos em escolas religiosas”¹¹⁵. Concluiu “que as diferenças de tratamento entre as escolas católicas, financiadas a partir de fundos públicos enquanto parte autónoma do sistema de ensino público, e as escolas da religião do autor, que são privadas por necessidade, não podem ser consideradas razoáveis e objectivas”¹¹⁶.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 97, parágrafos 10.3-10.4.

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 97, parágrafo 10.5.

Por último, o Governo canadiano alegou que os objectivos do seu sistema de ensino público secular eram compatíveis com o princípio da não discriminação consagrado no Pacto, ao que o Comité respondeu “que os objectivos proclamados do sistema não justificam o financiamento exclusivo das escolas católicas”¹¹⁷. Observou ainda que “o Pacto não obriga os Estados Partes a financiar escolas que sejam criadas numa base religiosa. Contudo, caso um Estado Parte opte por conceder financiamento público às escolas religiosas, deverá disponibilizar este financiamento sem discriminação. Isto significa que a concessão de financiamento às escolas de um grupo religioso e não de outro terá de ser baseada em critérios razoáveis e objectivos”, o que não foi o caso relativamente à escola do autor¹¹⁸.

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 97, parágrafo 10.6.

¹¹⁸ *Ibid.*, pp. 97-98, parágrafo 10.6.

6.4.4 FALTA DE ESTATUTO DE DIREITO PÚBLICO PARA EFEITOS DE INSTAURAÇÃO DE ACÇÃO JUDICIAL

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem concluiu que o artigo 14.º, considerado em conjunto com o artigo 6.º, n.º 1 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, tinha sido violado no caso *Canea Catholic Church c. Grécia*. A Igreja em causa tinha tentado instaurar uma acção judicial contra duas pessoas que viviam junto da catedral da diocese católica de Creta e que haviam demolido

um dos muros que rodeavam a igreja. A acção judicial tinha por objectivo obter uma decisão que obrigasse os réus a parar de incomodar e a repor a situação anteriormente existente¹¹⁹. Porém, o Tribunal de Recurso acabou por determinar que a Igreja não tinha capacidade judiciária, uma vez que não havia respeitado a legislação do Estado sobre a aquisição de personalidade jurídica¹²⁰.

¹¹⁹ TEDH, *Caso Canea Catholic Church c. Grécia*, sentença de 16 de Dezembro de 1997, Relatórios de 1997-VIII, pp. 2847-2848, parágrafos 6-8.

¹²⁰ *Ibid.*, pp. 2849-2850, parágrafo 13.

Perante o Tribunal Europeu, a Igreja queixosa “alegou ser vítima de discriminação incompatível com [o artigo 14.º], dado que a privação do seu direito de instaurar ou prosseguir acções judiciais se baseava exclusivamente no critério da religião”¹²¹. Para o Tribunal, foi suficiente constatar que “a igreja queixosa, que [era] proprietária da sua terra e das suas edificações, [tinha sido] impedida de instaurar uma acção judicial com vista a protegê-las, ao passo que a Igreja Ortodoxa ou a comunidade judaica [podiam] fazê-lo para proteger os seus bens sem qualquer formalidade ou procedimento necessário”. O artigo 14.º, considerado em conjunto com o artigo 6.º, n.º 1 da Convenção, tinha sido violado uma vez que o Governo não havia apresentado “qualquer justificação objectiva e razoável para tal diferença de tratamento”¹²².

¹²¹ *Ibid.*, p. 2860, parágrafo 44.

¹²² *Ibid.*, p. 2861, parágrafo 47.

6.5 PROPRIEDADE

O caso *Chassagnou e Outros c. França*, examinado pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, é um caso complexo relativo à utilização da propriedade e aos direitos de caça em França. Em traços gerais, os queixosos, todos eles agricultores e/ou proprietários de terras residentes em França, alegaram que, nos termos da Lei francesa n.º 64-696 de 1964, a chamada “Loi Verdeille”, “tinham sido obrigados, não obstante a sua oposição à caça por motivos éticos, a transferir os direitos de caça sobre as suas terras para associações municipais de caçadores aprovadas, se haviam tornado automaticamente membros destas associações e não podiam impedir a caça nas suas propriedades”. Isto violava, na sua opi-

nião, o artigo 11.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, o artigo 1.º do respectivo Protocolo n.º 1 e o artigo 14.º da Convenção “na medida em que apenas os proprietários de terrenos acima de determinada área mínima se podiam furtar à transferência obrigatória dos direitos de caça sobre as suas terras para uma associação municipal de caçadores aprovada, assim impedindo que aí se caçasse e evitando tornarem-se membros de tal associação”¹²³.

¹²³ TEDH, *Caso Chassagnou and Others c. França*, sentença de 29 de Abril de 1999, *Relatórios de 1999-III*, p. 50, parágrafo 66.

Por razões que vão para além do âmbito do presente capítulo, o Tribunal Europeu começou por concluir que tinha havido violação tanto do artigo 1.º do Protocolo n.º 1 como do artigo 11.º¹²⁴. Considerou também ter havido violação do artigo 1.º do Protocolo n.º 1 considerado em conjunto com o artigo 14.º da Convenção, concluindo que “uma vez que o resultado da diferença de tratamento entre os grandes e os pequenos proprietários é que apenas aos primeiros é reconhecido o direito de utilizarem as suas terras em conformidade com a sua consciência, tal diferença de tratamento constitui discriminação com base na propriedade, no sentido do artigo 14.º da Convenção”¹²⁵. Por último, o Tribunal considerou ter havido violação do artigo 11.º considerado em conjunto com o artigo 14.º, concluindo que o Governo não tinha apresentado “qualquer justificação objectiva e razoável” para a diferença de tratamento, que obrigava os pequenos proprietários a tornarem-se membros das associações municipais de caçadores, mas permitia aos grandes proprietários furtar-se à adesão obrigatória, “quer porque exerciam o seu direito de caça exclusivo nas suas propriedades ou porque preferiam, em virtude das suas convicções, utilizar as terras para estabelecer um santuário ou reserva natural”¹²⁶.

¹²⁴ *Ibid.*, pp. 57-58, parágrafo 85 (sobre o artigo 1.º do Protocolo n.º 1: houve um ónus excessivo sobre os pequenos proprietários), e p. 67, parágrafo 117 (artigo 11.º: obrigação de aderir a uma associação “fundamentalmente contrária” às convicções da pessoa).

¹²⁵ *Ibid.*, p. 60, parágrafo 95.

¹²⁶ *Ibid.*, p. 68, parágrafo 121. A lei criou “uma diferença de tratamento entre pessoas em situações análogas, nomeadamente os proprietários de terras ou titulares de direitos de caça, uma vez que os proprietários de 20 ou mais hectares contíguos de terra podem opor-se à inclusão das suas terras nos terrenos de caça [das associações municipais de caçadores], assim evitando a adesão obrigatória à associação, ao passo que aqueles que, como os queixosos, possuem menos de 20 ou 60 hectares, não o podem fazer”, p. 68, parágrafo 120.

6.6 NASCIMENTO OU OUTRA CONDIÇÃO

6.6.1 BENEFÍCIOS DE SEGURANÇA SOCIAL

PARA PESSOAS CASADAS OU EM UNIÃO DE FACTO

O Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos não exige que os Estados Partes adoptem legislação em matéria de segurança social, mas quando o fazem, esta legislação deverá respeitar o artigo 26.º do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos e quaisquer distinções feitas quanto ao gozo dos benefícios “deverão basear-se em critérios razoáveis e objectivos”¹²⁷. No caso *M. Th. Sprenger c. Países Baixos*, a autora, que coabitava com um homem sem ser casada com ele, alegou que o seu direito previsto no artigo 26.º tinha sido violado uma vez que lhe foi “negada a possibilidade de subscrever um seguro conjunto ao abrigo da Lei dos Seguros de Saúde, que distinguia entre casais casados e não casados, ao passo que outra legislação em matéria de segurança social já reconhecia a igualdade de estatuto entre as uniões de facto e os casamentos oficiais”¹²⁸.

¹²⁷ Comunicação n.º 395/1990, *M. Th. Sprenger v. the Netherlands* (Parecer adoptado a 31 de Março de 1992), in documento das Nações Unidas GAOR, A/47/40, p. 321, parágrafo 7.2.

¹²⁸ *Ibid.*, p. 320, parágrafo 3.

O Comité assinalou contudo que “nos Estados Partes registam-se desenvolvimentos sociais e o Comité tomou nota, a este respeito, da recente adopção de legislação que reflecte estes desenvolvimentos, incluindo as alterações à Lei dos Seguros de Saúde”, que reconheceram a igualdade entre as uniões de facto e os casamentos oficiais a partir de 1 de Janeiro de 1988¹²⁹. O Comité tomou também nota da explicação do Estado Parte de que não tinha havido uma abolição geral da distinção entre pessoas casadas e em união de facto e das razões apresentadas para a continuação do tratamento diferenciado. Considerou que este tratamento diferenciado se baseava em razões razoáveis e objectivas¹³⁰. Por último, o Comité observou que “a decisão do poder legislativo do Estado de alterar a lei não implica que esta fosse necessariamente incompatível com o Pacto; os Estados Partes são livres para alterar leis que sejam compatíveis com o Pacto e ir para além das obrigações impostas pelo mesmo, concedendo

¹²⁹ *Ibid.*, p. 322, parágrafo 7.4, lido em conjunto com p. 320, parágrafo 2.5.

¹³⁰ *Ibid.*, p. 322, parágrafo 7.4.

direitos e regalias adicionais não exigidos pelo Pacto”¹³¹.

¹³¹ *Ibid.*, p. 322, parágrafo 7.5.

6.6.2 DIREITOS SUCESSÓRIOS

O caso *Mazurek c. França* versou sobre determinadas disposições do direito francês que limitavam os direitos sucessórios do queixoso sobre a herança da sua mãe, comparados com os do seu meio-irmão. Segundo a lei, as crianças nascidas fora do casamento tinham direito a receber apenas “metade da parcela a que teriam tido direito se todos os filhos da pessoa falecida, incluindo elas próprias, tivessem sido legítimos” (artigo 760.º do Código Civil)¹³². O queixoso era filho de uma relação adúltera, ao passo que o seu irmão, que nascera fora do casamento, tinha sido legitimado através do casamento da mãe.

¹³² TEDH, *Caso Mazurek c. França*, sentença de 1 de Fevereiro de 2000, parágrafos 17 e 23 do texto da decisão conforme publicado no website do Tribunal: <http://www.echr.coe.int>.

O Tribunal examinou o caso à luz da alegada violação do direito do queixoso ao respeito dos seus bens previsto no artigo 1.º do Protocolo n.º 1 à Convenção Europeia dos Direitos do Homem, em conexão com o princípio da não discriminação consagrado no artigo 14.º. O artigo 1.º do Protocolo n.º 1 era relevante, uma vez que a herança da mãe falecida era propriedade comum dos meios-irmãos¹³³.

¹³³ *Ibid.*, parágrafos 41-43.

Ao analisar se esta diferença de tratamento seria ou não discriminatória, o Tribunal sublinhou que “a Convenção é um instrumento vivo que deverá ser interpretado à luz das circunstâncias actuais” e que “hoje em dia, os Estados membros do Conselho da Europa atribuem grande importância à questão da igualdade entre as crianças nascidas dentro e fora do casamento no que respeita ao gozo dos direitos civis”¹³⁴. “Teriam assim de ser apresentadas razões muito ponderosas para que uma diferença de tratamento fundada no nascimento fora do casamento pudesse ser considerada compatível com a Convenção”¹³⁵.

¹³⁴ *Ibid.*, parágrafo 49.

¹³⁵ *Ibid.*, *loc. cit.*

Embora o Tribunal tenha aceiteado como legítimo o argumento do Governo segundo o qual a legisla-

ção francesa visava a protecção da família tradicional, restava ainda determinar “se, quanto aos meios utilizados, o estabelecimento de uma diferença de tratamento entre crianças filhas de relações adúlteras e crianças nascidas dentro ou fora do casamento, mas não de relações adúlteras, relativamente à herança dos seus pais, parece proporcional e adequada em relação ao fim pretendido”¹³⁶.

¹³⁶ *Ibid.*, parágrafos 50-51.

O Tribunal assinalou “que a instituição da família não é imutável, seja em termos históricos, sociológicos ou mesmo jurídicos” e referiu a evolução legal, ocorrida tanto em França como a nível universal, no sentido de uma crescente igualdade entre as crianças nascidas em diferentes circunstâncias. Contrariamente ao alegado pelo Governo francês, o Tribunal observou também, relativamente à situação de outros Estados membros do Conselho da Europa, que se registava “uma clara tendência em favor da erradicação da discriminação contra as crianças nascidas de relações adúlteras. Não [podia] ignorar esta tendência na sua interpretação – necessariamente dinâmica – das pertinentes disposições da Convenção”¹³⁷. O Tribunal concluiu assim que, no caso presente, não existia qualquer fundamento que justificasse a discriminação com base no nascimento fora do casamento. Em qualquer caso, “uma criança nascida de uma relação adúltera não pode ser culpada por circunstâncias pelas quais não é responsável. [Era] incontestável que o queixoso foi penalizado, em virtude da sua condição de filho de uma relação adúltera, na partilha dos bens da herança”¹³⁸. Resultou assim “que não existiu uma razoável relação de proporcionalidade entre os meios empregues e o fim prosseguido”, pelo que tinha havido violação do artigo 14.º da Convenção lido em conjunto com o artigo 1.º do respectivo Protocolo n.º 1¹³⁹.

¹³⁷ *Ibid.*, parágrafo 52.

¹³⁸ *Ibid.*, parágrafo 54.

¹³⁹ *Ibid.*, parágrafo 55.

No caso *Marckx c. Bélgica*, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem constatou também, entre diversas outras violações, uma violação do artigo 14.º da Convenção lido em conjunto com o direito ao respeito da vida familiar garantido pelo artigo 8.º, na medida em que a lei belga previa uma dife-

rença de tratamento entre filhos “legítimos” e “ilegítimos” no respeitante aos direitos sucessórios¹⁴⁰. A segunda queixosa, Alexandra, apenas tinha gozado de um direito limitado a receber bens da sua mãe biológica antes da sua perfilhação por esta última e em momento algum, antes ou depois da perfilhação, tinha sido reconhecida como herdeira legítima dos bens dos membros da sua família materna¹⁴¹. O Tribunal concluiu que tais diferenças de tratamento careciam de “justificações objectivas e razoáveis”. Tinha pois havido violação do artigo 14.º em conjunto com o artigo 8.º da Convenção¹⁴².

As restrições à capacidade da mãe de Alexandra, Paula, para dispor de bens em favor da sua filha, desde a data do seu reconhecimento desta última até à data da perfilhação, constituíram também violação do direito de Paula a não ser sujeita a discriminação. Na opinião do Tribunal Europeu, a distinção feita nesta matéria entre mães casadas e não casadas carecia de uma “justificação objectiva e razoável” e era consequentemente contrária ao artigo 14.º lido em conjunto com o artigo 8.º da Convenção¹⁴³. A restrição do direito de uma mãe não casada, comparativamente a uma mãe casada, de fazer doações e legados em favor de um filho, violava também o artigo 14.º considerado em conexão com o artigo 1.º do Protocolo n.º 1 à Convenção, segundo o qual todos têm direito ao respeito dos seus bens¹⁴⁴.

6.6.3 REQUISITOS DE NASCIMENTO OU ASCENDÊNCIA DOS CANDIDATOS PRESIDENCIAIS

No processo instaurado pela *Legal Resources Foundation* contra a Zâmbia, a Comissão Africana dos Direitos do Homem e dos Povos teve de examinar a Lei de 1996 de Emendas à Constituição zambiana, segundo a qual qualquer pessoa que desejasse candidatar-se ao cargo de Presidente do país tinha de provar que ambos os pais eram cidadãos zambianos por nascimento ou ascendência. Alegou-se que a emenda impediria cerca de 35

por cento do eleitorado zambiano de concorrer às eleições presidenciais¹⁴⁵.

A Comissão Africana assinalou que o artigo 2.º da Carta “proíbe a discriminação com base em qualquer um dos fundamentos indicados, entre os quais a *língua*, a *origem nacional ou social*, o *nascimento* ou *qualquer outra situação*. O direito à igualdade é muito importante. Significa que os cidadãos devem esperar ser tratados com equidade e justiça no âmbito do sistema jurídico e que lhes deve ser garantida a igualdade de tratamento perante a lei e o gozo, em condições de igualdade, dos direitos reconhecidos a todos os demais cidadãos”¹⁴⁶. Na opinião da Comissão, o direito à igualdade é também importante uma vez que afecta a capacidade de gozo dos outros direitos. Por exemplo, uma pessoa que esteja em situação de desvantagem devido ao seu local de nascimento ou à sua origem social “pode votar em outrem mas tem restrições quanto à sua capacidade eleitoral passiva. Por outras palavras, é possível que o país venha a ser privado da liderança e do engenho que essa pessoa pode trazer à vida nacional”. A Comissão observou a este respeito “que, num número crescente de Estados africanos, estas formas de discriminação têm vindo a dar origem a violência e instabilidade social e económica que não são benéficas para ninguém”¹⁴⁷.

A Comissão examinou cuidadosamente esta queixa, não só à luz do artigo 2.º da Carta, mas também do artigo 13.º, relativo ao direito de todos os cidadãos “de participar livremente na direcção dos assuntos públicos do seu país, quer directamente, quer por intermédio de representantes livremente escolhidos”. Olhando para a história da Zâmbia, concluiu que direitos que eram reconhecidos desde há 30 anos não podiam “ser retirados de forma ligeira” e que a aplicação retroactiva da medida impugnada não podia ser justificada à luz da Carta Africana. “Numa situação destas, o dano não é causado apenas ao cidadão que sofre discriminação em virtude do seu local de origem”, sendo também violado o direito dos cidadãos da Zâmbia a escolher livremente os seus representantes políti-

¹⁴⁰ TEDH, *Caso Merckx c. Bélgica*, sentença de 13 de Junho de 1979, Série A, N.º 31, p. 22, parágrafo 48.

¹⁴¹ *Ibid.*, pp. 24-25, parágrafos 55-56.

¹⁴² *Ibid.*, loc. cit. e p. 26, parágrafo 59.

¹⁴³ *Ibid.*, pp. 26-27, parágrafos 60-62.

¹⁴⁴ *Ibid.*, pp. 27-28, parágrafos 63-65.

¹⁴⁵ CADHP, *Legal Resources Foundation v. Zambia*, Comunicação n.º 211/98, decisão adoptada durante a 29.ª Sessão Ordinária, 23 de Abril – 7 de Maio de 2001, parágrafo 52 do texto da decisão conforme publicado em: <http://www1.umn.edu/humanrts/africa/comcases/211-98.html>.

¹⁴⁶ *Ibid.*, parágrafo 63.

¹⁴⁷ *Ibid.*, loc. cit.

cos¹⁴⁸. Os artigos 2.º e 13.º da Carta, bem como o direito à igualdade perante a lei garantido pelo artigo 3.º, n.º 1, tinham assim sido violados.

¹⁴⁸ *Ibid.*, parágrafos 71 e 72.

6.7 ORIGEM NACIONAL

O caso *Gueye et al. c. França* foi instaurado por 743 senegaleses membros do Exército Francês na reforma, que alegaram que a França tinha violado o artigo 26.º do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos uma vez que a sua lei previa “um tratamento diferente na determinação das pensões dos soldados reformados de nacionalidade senegalesa que serviram nas forças armadas francesas antes da independência do Senegal em 1960”, na medida em que estes recebiam pensões que eram “inferiores às auferidas pelos soldados franceses reformados de nacionalidade francesa”. Na opinião dos autores, isto constituía discriminação racial¹⁴⁹.

¹⁴⁹ Comunicação n.º 196/1985, *I. Gueye et al. v. France* (Parecer adoptado a 3 de Abril de 1989), in documento das Nações Unidas GAOR, A/44/40, p. 189, parágrafos 1.1-1.2.

Não tendo o Tribunal encontrado provas que sustentassem a alegação de discriminação racial, teve mesmo assim de determinar se a situação objecto da queixa caía dentro da previsão do artigo 26.º por qualquer outro motivo¹⁵⁰. Embora a “nacionalidade”, enquanto tal, não figure entre os fundamentos proibidos de discriminação enumerados no artigo 26.º do Pacto, o Comité concordou que tinha sido feita uma diferenciação baseada na nacionalidade após a independência do Senegal e que esta questão estava abrangida pela referência a “outra situação”. Teve assim de determinar se a diferenciação se baseava em critérios razoáveis e objectivos¹⁵¹.

¹⁵⁰ *Ibid.*, pp. 193-195, parágrafo 9.4.

¹⁵¹ *Ibid.*, p. 194, parágrafo 9.4.

Ao fazê-lo, o Comité observou que “não era a questão da nacionalidade que determinava a concessão de pensões aos autores, mas os serviços por eles prestados no passado [...] Uma posterior alteração de nacionalidade não [podia] em si mesma ser considerada justificação suficiente para um tratamento diferenciado, uma vez que o fundamento para a atribuição da pensão residia no igual ser-

viço que os autores e os soldados que permaneceram franceses tinham prestado”¹⁵². Considerando que não existiam quaisquer outros fundamentos legítimos que justificassem um tratamento diferenciado, o Comité concluiu que a diferença não se baseava “em critérios razoáveis e objectivos”, constituindo por isso uma forma de discriminação proibida pelo artigo 26.º¹⁵³.

¹⁵² *Ibid.*, p. 194, parágrafo 9.5.

¹⁵³ *Ibid.*, *loc. cit.*

Num caso relativo à expulsão de Angola de pessoas originárias da África Ocidental, a Comissão Africana dos Direitos do Homem e dos Povos lembrou que o artigo 2.º da Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos exige que os Estados Partes garantam que as pessoas que vivem no seu território gozem os direitos garantidos pela Carta independentemente do facto de serem nacionais ou não nacionais. No caso examinado pela Comissão, o direito das pessoas expulsas à igualdade perante a lei previsto no artigo 2.º da Carta tinha sido violado em virtude da respectiva “origem”¹⁵⁴.

¹⁵⁴ CADHP, *Union Inter-Africaine des Droits de l'Homme et al. v. Angola*, Comunicação n.º 159/96, decisão adoptada a 1 de Novembro de 1997, parágrafo 18 do texto da decisão conforme publicado no seguinte website: <http://www1.umn.edu/humanrts/africa/comca-ses/159-96.html>; este caso envolveu também a violação do artigo 7.º, n.º 1, alínea a) da Carta, uma vez que as pessoas expulsas não tiveram a oportunidade de impugnar a expulsão perante as autoridades legalmente competentes, parágrafos 19-20.

6.8 ORIENTAÇÃO SEXUAL

O direito da pessoa a não ser vítima de discriminação com base na sua orientação sexual não é expressamente abrangido pelas disposições jurídicas consideradas no presente capítulo. Porém, os fundamentos enumerados, por exemplo, no artigo 26.º do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, no artigo 2.º da Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos e no artigo 14.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem não são exaustivos. Tal como resulta claramente dos termos “nomeadamente” ou “tais como”, presentes nestes artigos, as listas são meramente exemplificativas, questão que foi sublinhada pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem no caso *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*, interposto ao abrigo do artigo 14.º da Convenção Europeia, no âmbito do qual determinou que a “orientação

sexual” da pessoa é um conceito que está indubitavelmente abrangido por este artigo¹⁵⁵.

¹⁵⁵ Vide, por exemplo, TEDH, *Caso Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*, sentença de 21 de Dezembro de 1999, *Relatórios de 1999-IX*, p. 327, parágrafo 28.

Neste caso, o queixoso alegou que o Tribunal da Relação de Lisboa tinha fundamentado a sua decisão de atribuir o poder paternal sobre a sua filha à sua ex-mulher, e não a si próprio, exclusivamente com base na sua orientação sexual. O tribunal de primeira instância, Tribunal de Família de Lisboa, havia anteriormente atribuído o poder paternal ao queixoso¹⁵⁶. Este último considerou que o seu direito ao respeito da vida familiar tinha sido violado e que tinha sido vítima de discriminação contrária ao artigo 14.º da Convenção.

¹⁵⁶ *Ibid.*, pp. 324-325, parágrafos 21-22.

Ao examinar a alegada violação do artigo 8.º em conexão com o artigo 14.º, o Tribunal Europeu aceitou “que o Tribunal da Relação de Lisboa tinha acima de tudo tido em conta os interesses da criança ao apreciar as questões de facto e de direito que podiam pesar em favor de um ou outro dos pais”. Contudo, ao revogar a decisão do tribunal inferior, “o Tribunal da Relação introduziu um novo factor, designadamente o facto de o queixoso ser homossexual e estar a viver com outro homem”¹⁵⁷.

¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 327, parágrafo 28.

O Tribunal Europeu foi “assim forçado a concluir” que existiu uma diferença de tratamento entre o queixoso e a sua ex-mulher com base na respectiva orientação sexual. Teve assim de analisar se esta diferença de tratamento teve uma justificação objectiva e razoável, isto é, (1) se prosseguiu um “fim legítimo” e, em caso afirmativo, (2) se existiu uma “razoável relação de proporcionalidade entre os meios empregues e o fim que se pretendeu atingir”¹⁵⁸.

¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 327, parágrafos 28-29.

O Tribunal concluiu que o fim “indubitavelmente prosseguido” pela decisão do Tribunal da Relação de Lisboa foi legítimo, uma vez que consistia na protecção da saúde e dos direitos da criança¹⁵⁹. Mas teria a medida sido razoavelmente proporcional a este fim? O Tribunal concluiu que não¹⁶⁰.

¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 327, parágrafo 30.

¹⁶⁰ *Ibid.*, p. 328, parágrafo 36.

Foi de parecer que os excertos relevantes da sentença do Tribunal da Relação de Lisboa “não foram meramente desajeitados ou infelizes [...] nem simples *obiter dicta*”. Sugeriam, bem pelo contrário, “que a homossexualidade do queixoso foi um factor decisivo para a decisão final”. Tal distinção baseada em considerações relativas à orientação sexual do queixoso não era “aceitável à luz da Convenção”¹⁶¹. Daqui resultou ter havido violação do artigo 8.º da Convenção Europeia lido em conjunto com o artigo 14.^{o162}.

¹⁶¹ *Ibid.*, p. 328, parágrafos 35-36.

¹⁶² *Ibid.*, p. 329, parágrafo 36.

6.9 MINORIAS

6.9.1 DIREITO À RESPECTIVA CULTURA

O Comité dos Direitos do Homem estabeleceu que o artigo 27.º do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos “exige que um membro de uma minoria não seja privado do direito de fruir a sua cultura”. Assim, “medidas cujo impacto resulte numa negação deste direito são incompatíveis com as obrigações impostas pelo artigo 27.º”. Porém, “medidas que tenham um certo impacto limitado no modo de vida e nas condições de vida de pessoas pertencentes a uma minoria não constituirão necessariamente uma negação dos direitos consagrados no artigo 27.^{o163}”

¹⁶³ Comunicação n.º 671/1995, *J. E. Länsman et al. v. Finland* (Parecer adoptado a 30 de Outubro de 1996), in documento das Nações Unidas GAOR, A/52/40 (II), p. 203, parágrafo 10.3.

Os direitos das minorias à respectiva cultura estiveram em questão no caso *Länsman et al c. Finlândia*, apresentado por criadores de renas de origem étnica Sami, que se queixaram da decisão de levar a cabo um abate de árvores numa área de cerca de 3000 hectares situada dentro dos limites das terras de pastoreio de Inverno a que tinham direito. Na sua opinião, esta decisão violou os seus direitos à luz do artigo 27.º do Pacto. A “questão crucial” que o Comité foi chamado a decidir foi a de saber se o abate de árvores já efectuado, bem como o abate aprovado para o futuro, tinha “proporções tais que negava aos autores o direito de gozar a sua cultura” conforme garantido pelo artigo 27.^{o164}. O

¹⁶⁴ *Ibid.*, p. 203, parágrafo 10.4.

Comité recordou a este respeito o parágrafo 7 do seu Comentário Geral sobre o artigo 27.º, “de acordo com o qual as minorias ou grupos indígenas têm direito à protecção de actividades tradicionais como a caça, a pesca ou a criação de renas, e que deverão ser adoptadas medidas para garantir a participação efectiva dos membros das comunidades minoritárias nas decisões que os afectam”¹⁶⁵.

Porém, após um “cuidadoso exame” do caso, o Comité não pôde concluir “que as actividades levadas a cabo, bem como as aprovadas [constituíssem] uma negação do direito dos autores a gozar a sua própria cultura”. Era incontestável que o Comité de Pastores, a que os autores pertenciam, tinha sido consultado no âmbito do processo de elaboração dos planos de desflorestação e não os tinha rejeitado. Para além disso, os tribunais nacionais tinham considerado a questão de saber se a desflorestação proposta violaria ou não o artigo 27.º do Pacto e nada sugeria que esses tribunais tivessem “interpretado mal e/ou aplicado mal” o artigo¹⁶⁶.

O Comité acrescentou contudo que, se fosse aprovada uma desflorestação em maior escala ou se pudesse ser demonstrado que os efeitos dos planos de desflorestação eram mais graves do que o previsto, “então pode ter de ser considerada a questão de saber se estaremos perante uma violação do direito dos autores a gozar a sua cultura no sentido do artigo 27.º”¹⁶⁷.

6.9.2 DIREITO A RESIDIR NUMA RESERVA ÍNDIA

Um dos primeiros casos decididos pelo Comité dos Direitos do Homem foi o caso *Lovelace c. Canadá*, instaurado por uma mulher nascida e registada como índia Maliseet mas que, em con-

¹⁶⁵ *Ibid.*, loc. cit. O parágrafo pertinente do Comentário Geral n.º 23 tem na verdade a seguinte redacção: “Relativamente ao exercício dos direitos culturais protegidos pelo artigo 27.º”, o Comité observa que a cultura se manifesta de muitas formas, incluindo através de um particular modo de vida associado ao uso dos recursos da terra, especialmente no caso dos povos indígenas. Esse direito pode compreender actividades tradicionais como a pesca ou a caça e o direito de viver em reservas protegidas por lei. O gozo destes direitos pode exigir a adopção de medidas legais positivas de protecção e medidas destinadas a garantir a participação efectiva dos membros das comunidades minoritárias nas decisões que os afectam”, *Compilação de Comentários Gerais das Nações Unidas*, p. 149, omitida a nota de rodapé.

¹⁶⁶ Comunicação n.º 671/1995, J. E. Lämsman et al., in documento das Nações Unidas GAOR, A/52/40 (II), pp. 203-4, parágrafo 10.5.

¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 204, parágrafo 10.7.

formidade com a Lei dos Índios Canadianos, tinha perdido os seus direitos e estatuto de índia ao casar com um não índio.

Como os homens índios que casavam com não índias não perdiam o seu estatuto de índios, a autora alegou que a Lei dos Índios era discriminatória e violava, nomeadamente, os artigos 26.º e 27.º do Pacto¹⁶⁸. Mesmo depois de se divorciar, a autora não pôde regressar à sua tribo.

Embora o Comité não tivesse competência para examinar a causa inicial da perda pela autora

do estatuto de índia em 1970, uma vez que o Pacto apenas entrou em vigor relativamente ao Canadá a 19 de Agosto de 1976, podia considerar os **efeitos continuados** desse facto e analisar a sua compatibilidade com as disposições do Pacto¹⁶⁹. O Comité acabou por analisar a comunicação exclusivamente à luz do artigo 27.º, sendo a questão relevante a de saber se a autora, por lhe ter sido “negado o direito legal de residir na Reserva Tobique, [tinha] por esse facto sido privada do direito garantido pelo artigo 27.º às pessoas pertencentes a minorias de gozar a sua própria cultura e de utilizar a sua língua em comum com os outros membros do seu grupo”¹⁷⁰.

Considerando o caso à luz do facto de o casamento da autora

com um não índio se ter dissolvido, o Comité concluiu que a mulher tinha sido privada do direito legal de residir na Reserva Tobique, em violação do artigo 27.º do Pacto¹⁷¹.

Embora o artigo 27.º não garanta, enquanto tal, o direito de viver numa reserva, o Comité defendeu que

“as restrições legais que afectem o direito das pessoas pertencentes à minoria em causa a residir numa reserva deverão ter uma justificação simultaneamente razoável e objectiva e ser compatíveis com as restantes disposições do Pacto no seu conjunto. O artigo 27.º deverá ser interpretado e aplicado à luz de outras disposições [...] como os artigos 12.º, 17.º e 23.º na medida em que sejam

¹⁶⁸ Comunicação n.º R.6/24, *S. Lovelace v. Canada* (Parecer adoptado a 30 de Julho de 1981), in documento das Nações Unidas GAOR, A/36/40, p. 166, parágrafo 1.

¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 172, parágrafos 10-11.

¹⁷⁰ *Ibid.*, p. 173, parágrafo 13.2.

¹⁷¹ *Ibid.*, p. 174, parágrafos 17 e 19.

relevantes para o caso concreto, e também das normas contra a discriminação, como os artigos 2.º, 3.º e 26.º, consoante o caso”¹⁷².

¹⁷² *Ibid.*, pp. 173-174, parágrafos 15-16.

Não pareceu ao Comité “que a negação a Sandra Lovelace do direito a residir na reserva [fosse] razoável ou necessária para preservar a identidade da tribo. O Comité [concluiu] por isso que negar-lhe o reconhecimento como pessoa pertencente ao grupo [constituiu] uma injustificável negação dos seus direitos previstos no artigo 27.º [...] lido em conexão com as outras disposições referidas”¹⁷³.

¹⁷³ *Ibid.*, p. 174, parágrafo 17. Para a resposta do Governo do Canadá, datada de 6 de Junho de 1983, ao Parecer adoptado pelo Comité no caso *Lovelace*, vide documento das Nações Unidas GAOR, A/38/40, pp. 249-253.

7. Observações Finais



No presente capítulo foi feita uma abordagem geral das principais normas jurídicas existentes a nível universal e regional que tratam do generalizado e multi-dimensional fenómeno da discriminação. Foram também dados exemplos de jurisprudência internacional sobre diversas situações que podem – ou não – constituir diferenciação injustificada, isto é, discriminação. As práticas ou incidentes discriminatórios afectam sempre a vítima ou vítimas de uma forma particularmente negativa, uma vez que constituem

frequentemente uma negação das suas características humanas distintivas, violando assim o seu intrínseco direito a ser diferente entre seres humanos de igual valor, independentemente da respectiva cor da pele, origem, sexo, religião e assim consecutivamente.

Este capítulo demonstrou a existência de uma multiplicidade de normas jurídicas internacionais que garantem o direito à igualdade e a não discriminação. Por isso, se as práticas discriminatórias persistem em todo o mundo, não é devido à inexistência de normas jurídicas, mas antes devido a uma deficiente aplicação destas normas na vida quotidiana das nossas sociedades. Inevitavelmente, este incumprimento a nível interno de alguns dos princípios mais fundamentais do direito internacional dos direitos humanos tem também um efeito negativo sobre a paz e a segurança a nível nacional e internacional.

Os juízes, magistrados do Ministério Público e advogados nacionais têm o dever profissional de transformar as normas jurídicas internas em vigor sobre o direito à igualdade e não discriminação em conceitos jurídicos verdadeiramente eficazes e, sempre que disponham de competência para tal, deverão também aplicar as normas jurídicas internacionais sobre estas matérias, ou pelo menos orientar-se por elas. Se isto for feito de forma consistente e eficaz, haverá uma possibilidade genuína de ir lentamente transformando o mundo num local mais amistoso para todos.

