

DIREITOS HUMANOS E DESIGUALDADES NA EUROPA NO CONTEXTO DA PANDEMIA

UM OLHAR DE ESTRASBURGO⁽¹⁾

Pela Prof. Doutora Ana Maria Guerra Martins(*)

SUMÁRIO:

1. Introdução. 2. Restrições aos Direitos Humanos durante a crise pandémica. 3. A necessidade imperiosa de afirmação da igualdade e da não discriminação em contexto pandémico. 3.1. As medidas restritivas e o seu impacto na igualdade e na não discriminação. 3.2. A afirmação multinível da igualdade e a não discriminação. 3.3. A igualdade e a não discriminação na CEDH. 3.3.1. Bases jurídicas: o art. 14.º da CEDH. 3.3.2. *Idem*: O art. 1.º do Protocolo n.º 12. 3.3.3. Conteúdo e formas de discriminação. 3.3.4. Critérios de discriminação. 3.3.5. As categorias suspeitas de discriminação. 4. O papel do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos no controlo das desigualdades e das medidas discriminatórias em tempos de pandemia.

1. Introdução

Os tempos de crise constituem um terreno fértil para a restrição dos direitos humanos, para o aumento das desigualdades e para o desrespeito da democracia e da *rule of law*.

⁽¹⁾ As opiniões expressas neste estudo vinculam, única e exclusivamente, a sua Autora, não implicando qualquer tomada de posição das instituições a que pertence.

(*) Juíza do TEDH. Professora Associada com Agregação da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

A presente pandemia não constitui exceção. Aliás, muito provavelmente, representa, desde a II Guerra Mundial, a maior ameaça ao núcleo duro da base axiológica comum europeia, da qual fazem parte a democracia, a liberdade, a igualdade, a *rule of law* e a proteção dos direitos humanos. Por um lado, porque pôs — e continua a pôr — gravemente em risco vidas humanas e a saúde das pessoas; por outro lado, porque colocou — e continua a colocar — os mais vulneráveis — refugiados, requerentes de asilo, migrantes, Roma, mulheres, crianças, deficientes e idosos — numa situação de ainda maior vulnerabilidade, o que contribui para aumentar as desigualdades e a discriminação de certas pessoas e de certos grupos.

Considerando que, em anteriores estudos, já tivemos oportunidade de nos debruçar sobre o impacto da COVID-19 no domínio dos direitos humanos consagrados na Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH)⁽²⁾ bem como sobre o papel que, em tempos de crise, os tribunais, tanto ao nível nacional como internacional, devem desempenhar para assegurar o seu respeito⁽³⁾, no presente estudo propomo-nos tratar a questão de saber se, e em que medida, a CEDH se afigura um instrumento jurídico adequado e eficaz no combate às desigualdades que têm vindo a aumentar com a pandemia assim como se, e em que medida, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) dispõe das ferramentas adequadas para impor o respeito da igualdade e da não discriminação.

A resposta a estas questões impõe, em primeiro lugar, traçar o diagnóstico da situação, ou seja, averiguar em que medida os direitos humanos foram restringidos devido à crise pandémica. Seguidamente, há que avaliar se as eventuais restrições incidem do mesmo modo sobre todas as pessoas e todos os grupos e, em caso de resposta negativa, de que modo a CEDH pode contribuir para a afirmação da igualdade e da não discriminação. Por fim, estudaremos qual o papel que o TEDH deve desempenhar no controlo das medidas eventualmente violadoras da igualdade e do direito à não discriminação.

(2) ANA MARIA GUERRA MARTINS, “O Impacto da COVID 19 nos Direitos Humanos — A resposta da Convenção Europeia dos Direitos Humanos”, *e publica*, <www.e publica.pt>, Vol. 7, n.º 1, abril 2020, p. 156, ss.

(3) ANA MARIA GUERRA MARTINS, “Multilevel Judicial Control of the European Common Values in Pandemic Times”, *Révue européenne de droit public / European Public Law Review*, 2021.

2. Restrições aos Direitos Humanos durante a crise pandémica

É relativamente consensual que a presente crise pandémica representa um enorme desafio para os direitos humanos, para a democracia e para a *rule of law*. Antes de mais, porque pressiona os Estados-Membros do Conselho da Europa a observarem escrupulosamente as obrigações positivas que decorrem dos direitos consagrados na CEDH, designadamente do direito à vida e do direito à saúde. Mas também porque pode constituir uma tentação para governos menos democráticos de, pela via das medidas de emergência, derivarem para o autoritarismo, pelo que durante as crises — quaisquer que elas sejam — tornam-se mais prementes o respeito, a proteção e a implementação dos direitos humanos bem como o respeito da democracia e da *rule of law* assim como se revela ainda mais necessário um poder judicial forte e independente.

É certo que o diálogo e a pressão políticos podem ajudar, mas o poder judiciário é a chave do respeito das liberdades individuais e da igualdade tanto em tempos de paz como ainda mais em tempos de crise⁽⁴⁾.

Com o objetivo de combater o vírus e de prevenir as suas consequências, os governos e outras entidades públicas de todo o mundo têm vindo a adotar medidas que constituem restrições, ou até mesmo suspensão, entre outros, do direito de livre circulação das pessoas, do direito de reunião e de associação, do direito ao respeito pela vida privada, incluindo o direito à proteção de dados, e familiar, da liberdade de expressão, do direito ao trabalho, da liberdade de religião, do direito de aprender e ensinar, do direito à cultura e do direito de livre iniciativa empresarial.

Ora, todos estes direitos têm fundamento não só nas constituições dos Estados como também em tratados internacionais de direitos humanos, como sejam os Pactos das Nações Unidas, a CEDH e a Carta Social Europeia, e ainda no Direito da União Europeia, em especial na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

Note-se, contudo, que a maior parte dos direitos humanos não são absolutos, pelo que podem ser restringidos ou até derogados, desde que preenchidos determinados requisitos. Com efeito, quase todos os instrumentos de direitos humanos contêm disposições que permitem reagir a situações de crise pela via da restrição⁽⁵⁾ ou até da derrogação⁽⁶⁾ de certos

(4) Neste sentido, INETA ZIEMELE (2020) “Liberal Values, Covid-19 and the Judiciary”, *European Convention on Human Rights Law Review*, 2020, 1, pp. 159-164 “, p. 162.

(5) V. arts. 5.º, n.º 1, al. e); 8.º a 11.º CEDH.

(6) V. art. 15.º CEDH.

direitos, não constituindo a CEDH exceção a esta regra⁽⁷⁾. Porém, as medidas restritivas e derogatórias têm de respeitar os limites também eles consagrados tanto no direito interno, em especial, no direito constitucional, bem como no direito internacional, seja ele universal ou regional.

É certo que, pelo menos, na Europa, as medidas têm sido justificadas, do ponto de vista jurídico, com base em estados de exceção declarados a nível interno, os quais, independentemente da sua designação, conferem às entidades públicas poderes que, fora desse enquadramento jurídico, nunca seriam conformes ao Direito. Ao nível internacional alguns Estados-Membros do Conselho da Europa acionaram, por exemplo, o mecanismo do art. 15.º da CEDH; outros preferiram não o fazer.

Entretanto, têm vindo a surgir vários conflitos não só entre os cidadãos e os Estados, os municípios e outras entidades públicas, mas também entre os privados, por exemplo, entre empresas e trabalhadores, entre consumidores e fornecedores de bens e serviços que os tribunais, nacionais e internacionais, estão a ser chamados a dirimir. Como veremos adiante, o TEDH também já começou a receber as primeiras queixas, neste domínio, e pode antecipar-se que muitas mais estarão a caminho.

3. A necessidade imperiosa de afirmação da igualdade e da não discriminação em contexto pandémico

3.1. As medidas restritivas e o seu impacto na igualdade e na não discriminação

Não há dúvida que a pandemia tem vindo a causar globalmente o colapso dos sistemas de saúde, pondo em causa o direito à vida e o direito à saúde tanto dos doentes covid como dos que padecem de outras patologias. Mas os efeitos da pandemia fazem-se igualmente sentir no aumento da pobreza, das desigualdades entre seres humanos e do desemprego assim como na deterioração da qualidade de vida dos mais vulneráveis, os quais têm vindo a sofrer maiores discriminações.

(7) Sobre o regime jurídico das restrições e das derrogações previsto na CEDH, ver ANA MARIA GUERRA MARTINS, “As restrições dos direitos da Convenção em tempo de múltiplas crises (art. 15.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos), in Paulo Pinto de Albuquerque (org.), *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e seus Protocolos*, Vol. 3, Lisboa, UCP, 2019, p. 2590, ss., bem como toda a bibliografia aí citada.

Antes de mais, importa notar que as medidas restritivas adotadas pelos vários governos — ainda que à partida pareçam neutras — numa análise mais fina, facilmente se verifica que não têm o mesmo impacto sobre todas as pessoas.

Vejamos o caso, por exemplo, do fecho das escolas com a consequente promoção do ensino à distância. Tendo em conta que o acesso à tecnologia e aos materiais necessários, assim como o apoio à aprendizagem enquanto as escolas estão fechadas, é muito desigual, isso leva a que o direito à educação seja afetado, ainda que, à partida, as escolas estejam fechadas para todos. O próprio acesso à internet de quem vive o ensino à distância não é igual para todos.

A obrigação de permanecer em casa também não representa o mesmo para uma família de 5 ou 6 pessoas que vive num apartamento de 50 m² ou para uma pessoa que vive sózinha numa moradia de 500 m². O confinamento levou, por exemplo, ao aumento da violência doméstica durante a pandemia e, conseqüentemente, da violência de género.

Em matéria de emprego, a imposição do teletrabalho, em alguns setores de atividade, não tem as mesmas implicações para quem vive sozinho ou para os quem mora numa casa pequena e tem crianças a seu cargo. O direito ao emprego foi também diferentemente afetado, consoante a trabalhadora ou o trabalhador se enquadre num setor em que o teletrabalho é possível ou num outro em que isso não é possível, como é o caso da restauração, dos espetáculos, do turismo, da aviação, etc.

Além disso, a pandemia teve, e continuará a ter, um impacto muito maior em certos grupos mais vulneráveis, como é o caso dos idosos, dos deficientes, dos presos, dos requerentes de asilo, dos migrantes em geral e dos Roma. Note-se que a pandemia tem vindo a gerar ondas crescentes de racismo e xenofobia que se estenderam até aos profissionais de saúde.

Ainda que as medidas restritivas e a suspensão de certos direitos possam não ser diretamente discriminatórias, a verdade é que podem ser suscetíveis de ter um impacto muito maior e mais negativo em certas pessoas e em certos grupos do que noutros, pelo que é necessário levar muito a sério os efeitos discriminatórios das medidas e as desigualdades geradas pela pandemia.

3.2. A afirmação multinível da igualdade e a não discriminação

Ora, a igualdade e a não discriminação fazem parte do núcleo duro dos valores comuns europeus, sendo afirmadas tanto ao nível dos direitos internos, especialmente dos constitucionais, como ao nível do direito inter-

nacional dos direitos humanos quer universal quer regional. Note-se, contudo, que não é fácil chegar a definições claras de igualdade e de não discriminação.

Além disso, as referências à igualdade perante a lei, muito vulgares no direito constitucional dos Estados, são mais raras nos textos de direito internacional dos direitos humanos. Encontram-se, por exemplo, no art. 7.º da DUDH, que determina que “*todos são iguais perante a lei*” e no art. 26.º do PIDCP, o qual dispõe que “*todos são iguais perante a lei e têm direito, sem discriminação a igual proteção da lei*”. Ao nível regional europeu, a CEDH não lhe faz referência, sendo que o protocolo n.º 12 à CEDH afirma, no preâmbulo, que todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito a uma igual proteção pela lei.

O direito internacional dos direitos humanos ocupa-se, primordialmente, da proibição da discriminação, como o provam, por exemplo, os arts. 2.º PIDCP e 14.º da CEDH. Existem até tratados internacionais que definem o conceito de discriminação relevante para efeitos de aplicação da convenção, como é o caso da Convenção das Nações Unidas para a eliminação de todas as formas de discriminação racial, da Convenção das Nações Unidas para a eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres, da Convenção n.º 111 da OIT relativa à discriminação no trabalho e no emprego e da Convenção da UNESCO contra a discriminação na educação.

Tendo em conta que o objeto deste estudo se restringe à CEDH, passemos à análise mais detalhada da igualdade e não discriminação em sede desta Convenção.

3.3. A igualdade e a não discriminação na CEDH

3.3.1. Bases jurídicas: o art. 14.º da CEDH

Ao contrário do que sucede com os preceitos da DUDH e do PIDCP — que se aplicam autonomamente —, a CEDH estabelece, no art. 14.º, que «*o gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção deve ser assegurado sem quaisquer distinções, tais como as fundadas no sexo, 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*».

Uma interpretação literal deste preceito conduziria a considerar que o direito a não ser discriminado não tem uma existência autónoma na

CEDH⁽⁸⁾, uma vez que só é garantido no contexto da violação dos direitos ou liberdades reconhecidos na própria Convenção.

Porém, o TEDH não tem interpretado o art. 14.º de forma tão restrita. Apesar de o TEDH sublinhar, frequentemente, o carácter acessório do art. 14.º, ao afirmar que se destina a completar as outras disposições da Convenção e dos seus protocolos⁽⁹⁾ — ou seja, a Convenção não proíbe a discriminação enquanto tal, mas apenas quando está em causa o gozo dos direitos e liberdades nela reconhecidos — o mesmo Tribunal conclui igualmente pela aplicabilidade do art. 14.º num âmbito muito mais vasto de domínios do que aquele que está expressamente consagrado na CEDH. Assim, o emprego⁽¹⁰⁾; a pertença a um sindicato⁽¹¹⁾; a segurança social⁽¹²⁾; a educação⁽¹³⁾; o direito ao respeito do domicílio⁽¹⁴⁾; o acesso à justiça⁽¹⁵⁾; os direitos sucessórios⁽¹⁶⁾; o direito de visita em relação às crianças⁽¹⁷⁾; os direitos de paternidade⁽¹⁸⁾; a liberdade de expressão, de reunião e de associação⁽¹⁹⁾; o direito a um inquérito efetivo⁽²⁰⁾; a elegibilidade de um detido para a liberdade condicional⁽²¹⁾; a elegibilidade de alguém para uma redução de impostos⁽²²⁾ são alguns exemplos de domínios em que o TEDH tem aceite a aplicabilidade do art. 14.º.

⁽⁸⁾ *Caso «relativo a certos aspectos do regime linguístico do ensino na Bélgica» c. Bélgica* (mérito) 1968, § da parte «En droit»; queixa n.º 42184/05, *Carson e outros c. Reino Unido* [GC], 2010, § 63; queixa n.º 43546/02, *E.B. c. França* [GC], 2008, § 47; *Marckx c. Bélgica*, 13/06/1979, § 32; *Inze c. Austria*, 28/10/1987, § 36.

⁽⁹⁾ Queixa n.º 20452/14, *Molla Sali c. Grécia* [GC], 2018, § 123; *Carson e outros c. Reino Unido* [GC], cit., § 63; *E.B. c. França* [GC], cit., § 47; *Marckx c. Bélgica*, cit., § 32.

⁽¹⁰⁾ Queixa n.º 55480/00 e 59330/00, *Sidabras et Džiautas c. Lituânia*, 2004; queixa n.º 26713/05, *Bigaeva c. Grécia*, 2009.

⁽¹¹⁾ Queixa n.º 67336/01, *Danilenkov e outros c. Rússia*, 2009.

⁽¹²⁾ Queixa n.º 55707/00, *Andrejeva c. Letónia* [GC], 2009; *Gaygusuz c. Austria*, 16/09/1996; queixa n.º 40892/98, *Koua Poirrez c. França*, 2003; queixa n.º 37452/02, *Stummer c. Austria* [GC], 2011.

⁽¹³⁾ Queixa n.º 57325/00, *D.H. e outros c. República Checa* [GC], 2007; queixa n.º 15776/03, *Oršuš e outros c. Croácia* [GC], 2010; queixa n.º 5335/05, *Ponomaryovi c. Bulgária*, 2011.

⁽¹⁴⁾ *Buckley c. Reino Unido*, 25/09/1996; queixa n.º 40016/98, *Karner c. Austria*, 2003.

⁽¹⁵⁾ Queixa n.º 37193/07, *Paraskeva Todorova c. Bulgária*, 2010; Queixa n.º 41138/98 e 64320/01, *Moldovan e outros c. Roménia (no 2)*, 2005; queixa n.º 45413/07, *Anakomba Yula c. Bélgica*, 2009.

⁽¹⁶⁾ Queixa n.º 16574/08, *Fabris c. França* [GC], 2013.

⁽¹⁷⁾ Queixa n.º 31871/96, *Sommerfeld c. Alemanha* [GC], 2003.

⁽¹⁸⁾ *Rasmussen c. Dinamarca*, 28/11/1984.

⁽¹⁹⁾ Queixa n.º 1543/06, *Bączkowski e outros c. Polónia*, 2007.

⁽²⁰⁾ Queixa n.º 43577/98 e 43579/98, *Natchova e outros c. Bulgária* [GC], 2005; queixa n.º 33401/02, *Opuz c. Turquia*, 2009; queixa n.º 47159/08, *B.S. c. Espanha*, 2012.

⁽²¹⁾ Queixas n.º 60367/08 e 961/11, *Khamtokhu et Aksenchik c. Rússia* [GC], 2017.

⁽²²⁾ Queixa n.º 23682/13, *Guberina c. Croácia*, 2016.

Além disso, o Tribunal considera que a proibição das discriminações se aplica não só aos direitos expressamente consagrados na CEDH como também aos que estejam implícitos, ou seja, aos que se retiram daqueles que os Estados expressamente decidiram proteger⁽²³⁾.

O Tribunal aceita ainda o efeito horizontal do art. 14.º, isto é, o princípio da não discriminação pode aplicar-se a situações puramente privadas. Por outras palavras, qualquer interpretação judicial de um ato jurídico, seja ele uma cláusula de um testamento, de um contrato privado, de um documento público ou de uma norma legal ou até de uma prática administrativa se for desrazoável, arbitrária ou em flagrante contradição com a proibição da discriminação é contrária à CEDH.

3.3.2. *Idem*: o art. 1.º do Protocolo n.º 12

O art. 1.º do Protocolo n.º 12 da CEDH estabelece no n.º 1 o seguinte:

“O gozo de qualquer direito previsto por lei será assegurado sem discriminação designadamente em razão do sexo, da raça, da cor, da língua, da religião, da opinião política ou outra, da origem nacional ou social, da pertença a uma minoria nacional, da fortuna, do nascimento ou de qualquer outra situação”.

Acrescenta o n.º 2 do mesmo preceito que

“Ninguém pode ser discriminado por uma autoridade pública, seja por que motivo for, incluindo os motivos referidos no n.º 1”.

O âmbito de aplicação deste preceito é, pois, mais amplo que o do art. 14.º CEDH, uma vez que se estende a qualquer direito previsto na lei. Ou seja, o art. 1.º do Protocolo n.º 12 prevê uma proibição geral de discriminação⁽²⁴⁾, acabando por consagrar um “direito autónomo” a não ser discriminado.

O problema é que o Protocolo n.º 12, ao contrário do art. 14.º da CEDH, só vincula vinte dos quarenta e sete Estados-Membros do Conselho da Europa, pelo que o TEDH ainda não teve muitas ocasiões para se pronunciar sobre ele.

⁽²³⁾ Queixa n.º 78117/13, *Fábián c. Húngria* [GC], 2017, § 112; queixa n.º 38590/10, *Biao c. Dinamarca* [GC], 2016, § 88; queixa n.º 62649/10, *Izzettin Doğan e outros c. Turquia* [GC], 2016, § 158; *Carson e outros c. Reino Unido* [GC], cit., § 63; *E.B. c. França* [GC], cit., § 48; queixa n.º 19010/07, *X e outros c. Áustria* [GC], 2013, § 135; queixa n.º 53124/09, *Genovese c. Malta*, 2011, § 32; queixa n.º 34952/07, *Beeckman e outros c. Bélgica* (déc.), 2018, § 19.

⁽²⁴⁾ Queixa n.º 7798/08, *Savez crkava « Riječ života » e outros c. Croácia*, 2010, § 103; queixa n.º 27996/06 e 3836/06, *Sejdić et Finić c. Bósnia-Herzegovina* [GC], 2009, § 53.

3.3.3. Conteúdo e formas de discriminação

Como já se mencionou, a CEDH não define igualdade nem discriminação e também não se verifica um consenso generalizado sobre o que entender por tal.

O TEDH tem vindo a densificá-los, aliás, em consonância com a evolução da Direito da Igualdade e da Não Discriminação, e com o que os tribunais de outras ordens jurídicas têm vindo a fazer.

Para o Tribunal a discriminação direta ocorre quando uma pessoa é tratada de forma menos favorável do que outra que se encontra nas mesmas condições e circunstâncias, apenas porque possui características particulares, como sejam, a raça, o sexo, a religião, a orientação sexual ou outras⁽²⁵⁾. Ora, as pessoas que se encontram em situação análoga devem ser tratadas da mesma maneira.

O Tribunal inclui igualmente a discriminação indireta no âmbito de aplicação do art. 14.º CEDH, a qual ocorre quando uma medida ou política tiver um impacto desproporcionado num determinado grupo. Quer dizer: uma medida aparentemente neutra atinge *de facto* um número muito maior de indivíduos de um determinado grupo⁽²⁶⁾, sendo que essa medida só poderá ser mantida se tiver uma justificação objetiva e razoável. Através de critérios aparentemente neutros para diferenciar acaba-se por prejudicar o grupo que se visa proteger com as normas anti-discriminação em comparação com outro grupo⁽²⁷⁾, sem que haja justificação objetiva para essa desvantagem. Não é necessária a intenção discriminatória⁽²⁸⁾.

Existe igualmente discriminação indireta se se adotarem medidas, por natureza, ou intrinsecamente, suscetíveis de desfavorecer os que pertencem à categoria protegida contra a discriminação.

O TEDH considerou ainda que o assédio e as instruções à discriminação podem ser considerados como formas particulares de discriminação⁽²⁹⁾.

⁽²⁵⁾ *Biao c. Dinamarca* [GC], cit., § 89; *Carson e outros c. Reino Unido* [GC], cit., § 61; *D.H. e outros c. República Checa* [GC], cit., § 175; queixa n.º 13378/05, *Burden c. Reino Unido* [GC], 2008, § 60; queixa n.º 42615/06, *Varnas c. Lituânia*, 2013, § 106; queixa n.º 58641/00, *Hoogendijk c. Países Baixos* (déc.), 2005.

⁽²⁶⁾ *Biao c. Dinamarca* [GC], cit., § 103; *D.H. e outros c. República Checa* [GC], cit., § 184; queixa n.º 32526/05, *Sampanis e outros c. Grécia*, 2008, § 67.

⁽²⁷⁾ Queixa n.º 24746/94, *Hugh Jordan c. Reino Unido*, 2001, § 154; *Hoogendijk c. Países Baixos* (déc.), cit.

⁽²⁸⁾ *Biao c. Dinamarca* [GC], cit., § 103; *D.H. e outros c. República Checa* [GC], cit., § 184.

⁽²⁹⁾ *Bączkowski e outros c. Polónia*, cit.

O assédio é qualquer comportamento indesejado que viola a dignidade da pessoa sobre a qual incide e cujo objetivo ou efeito é criar um ambiente hostil, humilhante ou desestabilizador para a pessoa assediada.

As instruções à discriminação atuam normalmente a montante da discriminação, propriamente dita, ou seja, quem discrimina recebeu diretrizes de um terceiro nesse sentido.

O Tribunal também já teve oportunidade de considerar que a discriminação por associação — a qual se verifica quando as características protegidas são de outra pessoa que, de uma forma ou de outra, está ligada ao requerente⁽³⁰⁾ — também se inclui no âmbito de aplicação do art. 14.º da CEDH.

Além disso, o TEDH também já se pronunciou sobre a discriminação positiva, admitindo que, sem violar o art. 14.º CEDH, os Estados podem adotar ações positivas que impliquem o tratamento diferente de situações aparentemente idênticas, se elas tiverem como resultado compensar desigualdades antigas e persistentes, afastar obstáculos discriminatórios atuais e ainda promover a diversidade ou a representação proporcional em áreas em que todos os grupos devem estar representados⁽³¹⁾. Neste caso, a ação positiva é, antes de mais, uma forma de discriminação justificada por razões objetivas e razoáveis. Através dela, o legislador procura compensar a desvantagem, o *handicap* inicial de que são vítimas certas categorias de pessoas⁽³²⁾.

O objetivo das medidas de ação positiva tanto pode ser restabelecer a igualdade de oportunidades que o respeito restrito do princípio da igualdade de tratamento não só não asseguraria como tornaria ilusório, como obter uma igualdade de resultados. As pessoas sobre as quais incidem as medidas de ação positiva encontram-se, à partida, numa situação diferente, pelo que, para chegarem a uma situação igual, necessitam de um tratamento diferente e mais favorável.

Por último, note-se que o TEDH também reconhece a discriminação múltipla, ou seja, quando a discriminação se funda em mais do que um motivo, separada ou interdependente.

⁽³⁰⁾ *Molla Sali c. Grécia* [GC], cit., § 78; *Guberina c. Croácia*, cit., § 78; queixa n.º 25536/14, *Škorjanec c. Croácia*, 2017, § 55; queixa n.º 44399/05, *Weller c. Hungria*, 2009, § 37.

⁽³¹⁾ Queixa n.º 24724/94, *Taddeucci e McCall c. Itália*, 2016, § 81; Queixa n.º 26828/06, *Kurić e outros c. Eslovénia* [GC], 2012, § 388; *Sejdić et Finci c. Bósnia-Herzegovina* [GC], cit., § 44; queixa n.º 49151/07, *Muñoz Díaz c. Espanha*, 2009, § 48; *D.H. e outros c. República Checa* [GC], cit., § 175; queixa n.º 65731/01 e 65900/01, *Stec e outros c. Reino Unido* [GC], 2006, § 51; queixa n.º 34369/97, *Thlimmenos c. Grécia* [GC], 2000, § 44; *Caso «relativo a certos aspectos do regime linguístico do ensino na Bélgica» c. Bélgica*, cit., § 10 da parte Direito).

⁽³²⁾ A título de exemplo, refira-se o sistema de quotas (rígido ou flexível) a favor das mulheres em matéria de emprego.

3.3.4. Critérios de discriminação

Uma conceção de igualdade que se fundamente única e exclusivamente na generalidade e na universalidade da lei afigura-se insuficiente, uma vez que, além de não corrigir as desigualdades entre os indivíduos, gera, ela própria, injustiças gritantes. Na verdade, em concreto, os indivíduos não são socialmente iguais. Daí que o Direito tenha evoluído no sentido de reconhecer as diferenças dos indivíduos e dos grupos, bem como a necessidade de as levar em conta em tema de igualdade. O discurso jurídico da igualdade deixa assim de considerar o indivíduo em abstrato para passar a considerá-lo em concreto.

Daqui decorre que as diferenças de tratamento, assim como a não aplicação de um tratamento diferente a pessoas que se encontram em situações sensivelmente diferentes, não são necessariamente discriminatórias. Só o serão se as diferenças de tratamento não tiverem uma “justificação objetiva e razoável”⁽³³⁾.

Assim sendo, a averiguação da existência de uma situação discriminatória passa pelo crivo de vários testes. O primeiro deles consiste em saber se se verificou uma diferença de tratamento entre pessoas que se encontram em situações análogas ou comparáveis⁽³⁴⁾ ou se não foi tratado diferentemente quem se encontra em situação sensivelmente diferente⁽³⁵⁾. Se se chegar à conclusão que se verificou uma das duas situações anteriores, então o segundo teste passa por indagar se a diferença de tratamento — ou a ausência dele — é objetivamente justificada e se se pode considerar que prosseguia um fim legítimo⁽³⁶⁾. Por último, importa ainda ver se a

⁽³³⁾ *Molla Sali c. Grécia* [GC], cit., § 135; *Fabris c. França* [GC], cit., § 56; *D.H. e outros c. República Checa* [GC], cit., § 175; *Hoogendijk c. Países Baixos* (déc.), 2005).

⁽³⁴⁾ *Molla Sali c. Grécia* [GC], cit., § 133; *Fábián c. Hungria* [GC], cit., § 113; *Khamtokhu e Aksenchik c. Rússia* [GC], cit., § 64; *X e outros c. Áustria* [GC], cit., § 98; queixa n.º 30078/06, *Konstantin Markin c. Rússia* [GC], § 125; *Marckx c. Bélgica*, cit., § 32; *Burden c. Reino Unido* [GC], cit., § 60; *D.H. e outros c. República Checa* [GC], cit., § 175; queixa n.º 17209/02, *Zarb Adami c. Malta*, 2006, § 71; queixa n.º 21906/04, *Kafkaris c. Chipre* [GC], 2008, § 160.

⁽³⁵⁾ *Molla Sali c. Grécia* [GC], cit., § 135; *Fábián c. Hungria* [GC], cit., § 113; *Abdulaziz, Cabales e Balkandali c. Reino Unido*, 28/05/1985, § 72; *Caso «relativo a certos aspectos do regime linguístico do ensino na Bélgica»*, cit., § 10 da parte Direito.

⁽³⁶⁾ O TEDH já teve oportunidade de considerar como fins legítimos a aplicação efetiva de uma política destinada a realizar a unidade linguística (*Caso «relativo a certos aspectos do regime linguístico do ensino na Bélgica»*); a preocupação de assegurar a estabilidade das regulações sucessórias já alcançadas (*Fabris c. França* [GC], cit.); o restabelecimento da paz (*Sejdić et Finci c. Bósnia-Herzegovina* [GC], cit., § 45); a segurança nacional (*Konstantin Markin c. Rússia* [GC], cit., § 137); a preocupação de assegurar o fornecimento de um serviço público em consonância com a igualdade de oportunidades (queixa n.º 48420/10 e outras, *Eweida e outros c. Reino Unido*, 2013, § 105); a continuação

medida passa o teste da proporcionalidade, ou seja, se os meios empregues foram razoáveis tendo em conta os fins que prosseguiram⁽³⁷⁾.

3.3.5. As categorias suspeitas de discriminação

Como já referimos, a CEDH não proíbe todas as discriminações, mas apenas as que se fundamentam numa categoria suspeita⁽³⁸⁾.

O art. 14.º CEDH contém uma lista de categorias suspeitas, na qual se incluem o sexo⁽³⁹⁾, a cor⁽⁴⁰⁾, a língua⁽⁴¹⁾, a religião⁽⁴²⁾, as opiniões políti-

da estabilidade económica e da reestruturação da dívida num período de grave crise política, económica e social (queixa n.º 63066/14 e outras, *Mamatas e outros c. Grécia*, 2016, § 103); a preocupação de facilitar a recuperação dos delinquentes juvenis (*Khamtokhu e Aksenchik c. Rússia* [GC], *cit.*, § 80); a proteção das mulheres contra a violência de género e contra o abuso e assédio no ambiente prisional (*Khamtokhu e Aksenchik c. Rússia* [GC], *cit.*, § 82).

⁽³⁷⁾ *Molla Sali c. Grécia* [GC], *cit.*, § 135; *Fabris c. França* [GC], *cit.*, § 56; queixa n.º 34406/197, *Mazurek c. França*, 2000, §§ 46 et 48; queixa n.º 29515/95, *Larkos c. Chipre* [GC], 1999, § 29.

⁽³⁸⁾ A distinção entre classificações ou categorias razoáveis e classificações ou categorias suspeitas surgiu nos EUA, na sequência da aplicação, pelo Supremo Tribunal, da cláusula da igual proteção (*equal protection clause*) prevista na XIV emenda à Constituição e daí irradiou para o resto do Mundo. Em 1949, JOSEPH TUSSMAN E JACOBUS TENBROEK, tendo em conta o aumento da utilização da referida cláusula por parte do Supremo Tribunal, num artigo publicado, na *California Law Review* (“The Equal Protection of Laws”, *CLR*, 1949, p. 342), analisaram a *equal protection clause*, numa perspetiva crítica da jurisprudência do STEUA e de futuro desenvolvimento das suas potencialidades. Segundo estes Autores, não obstante a legislação classificar as pessoas a partir de certos critérios, na ótica da igualdade, há classificações que são razoáveis; enquanto outras são suspeitas de serem proibidas. Assim, a doutrina da *classificação razoável* procura resolver a aparente contradição entre o princípio da igualdade e o poder do legislador de classificar os indivíduos, de acordo com a sua situação. Não se verifica, porém, qualquer contradição entre a igualdade e a classificação ou categorização dos indivíduos, em função das suas diferenças. Antes pelo contrário, a igualdade pressupõe essa categorização. A *classificação suspeita* é aquela que usa critérios diferenciadores do tratamento, como é o caso do sexo, da raça, da crença ou outro que a dignidade humana impede que seja tido como classificação razoável.

⁽³⁹⁾ O TEDH considera que a igualdade de género é um objetivo importante dos Estados-Membros do Conselho da Europa (*Konstantin Markin c. Rússia* [GC], *cit.*, § 127), pelo que a diferença de tratamento neste caso deve ser submetida a um escrutínio rigoroso e só em situações excecionais pode ser admitida (*Abdulaziz, Cabales e Balkandali c. Reino Unido*, *cit.*, § 78; *Burghartz c. Suíça*, 22/02/1994, § 27; *Schuler-Zgraggen c. Suíça*, 24/06/1993, § 67; *Konstantin Markin c. Rússia* [GC], *cit.*, § 127; queixas n.ºs 32949/17 e 34614/17, queixa n.º 32949/17 e 34614/17, *J.D. et A. c. Reino Unido*, 2019, § 89).

⁽⁴⁰⁾ Uma diferença de tratamento baseada na origem étnica e na raça deve igualmente ser sujeita a um escrutínio muito rigoroso (*Sejdić et Finci c. Bósnia-Herzegovina* [GC], *it.*, § 43; queixa n.º 55762/00 e 55974/00, *Timichev c. Rússia*, 2005, § 56), pois numa sociedade democrática baseada no pluralismo e no respeito das diferentes culturas presume-se que o diferente tratamento exclusivamente baseado na raça ou na origem étnica não pode ser objetivamente justificado (*D.H. e outros c. República Checa* [GC], *cit.*, § 196; *Sejdić et Finci c. Bósnia-Herzegovina* [GC], *cit.*, § 44).

⁽⁴¹⁾ Queixa n.º 61638/00, *Igors Dmitrijevs c. Letónia*, 2006, § 85.

⁽⁴²⁾ O Tribunal já teve várias ocasiões para apreciar se a diferença de tratamento fundada na religião estava suficientemente justificada. Entre outros, pronunciou-se pela violação do art. 14.º

cas⁽⁴³⁾ ou outras, a origem nacional⁽⁴⁴⁾ ou social, a pertença a uma minoria nacional⁽⁴⁵⁾, a riqueza⁽⁴⁶⁾ e o nascimento⁽⁴⁷⁾.

Como se disse, esta lista não é exaustiva, na medida em que o próprio art. 14.º admite “qualquer outra situação”. O TEDH tem feito uma interpretação bastante extensiva desta expressão⁽⁴⁸⁾, não a limitando às categorias que apresentam um carácter pessoal no sentido de que são inatas ou inerentes à pessoa, o que lhe permitiu considerar a idade⁽⁴⁹⁾, a identidade de género⁽⁵⁰⁾,

CEDH, por falta de justificação objetiva e razoável, nos casos; queixa n.º 71156/01, *Membres de la Congrégation des témoins de Jéhovah de Gldani e outros c. Geórgia*, 2007; queixa n.º 44614/02, *Milovanović c. Sérvia*, 2010, em que se verificou que o facto de as pessoas pertecerem a uma determinada confissão religiosa era o motivo de terem sido vítimas de violência. No caso *Šavez crkava « Riječ života » et autres c. Croácia*, *cit.*, a impossibilidade que certas igrejas tinham de assegurar o ensino religioso nas escolas e de celebrar casamentos religiosos oficialmente reconhecidos foi considerado contrário ao direito a não ser discriminado. No casos *Hoffmann c. Austria*, de 23/06/1993 e queixa n.º 29617/07, *Vojnity c. Hungria*, 2013 esteve em causa a recusa da autoridade parental a um dos pais devido à sua religião. No *Eweida e outros c. Reino Unido*, *cit.*, o TEDH admitiu que a proibição imposta pelo empregador privado aos seus trabalhadores de usarem símbolos religiosos era contrária ao direito a não ser discriminado.

⁽⁴³⁾ Os casos de discriminação fundada nas opiniões políticas não são frequentes. Ver queixa n.º 40094/05, *Virabyan c. Arménia*, 2012, queixa n.º 9103/04, *Parti travailliste géorgien c. Geórgia*, 2008; queixa n.º 38187/97, *Adalı c. Turquia* (2005).

⁽⁴⁴⁾ Para o Tribunal só razões muito fortes podem justificar a discriminação fundada na nacionalidade. Ver, entre outros, *Gaygusuz c. Austria*, *cit.*, § 42; *Koua Poirrez c. França*, *cit.*, § 46; *Andrejeva c. Letónia* [GC], *cit.*, § 87).

⁽⁴⁵⁾ *Molla Sali c. Grécia* [GC], *cit.*; queixa n.º 67667/09, *Bayev e outros c. Rússia*, 2017; *Paraskeva Todorova c. Bulgária*, *cit.*

⁽⁴⁶⁾ V. Queixa n.º 25088/94 e outras, *Chassagnou e outros c. França* [GC], 1999; queixa n.º 57412/08, *Chabauty c. França* [GC], 2012.

⁽⁴⁷⁾ *Fabris c. França* [GC], *cit.*, § 59; queixa n.º 59752/13 e 66277/13, *Wolter et Sarfert c. Alemanha*, 2017, § 58; *Inze c. Austria*, *cit.*, § 41; queixa n.º 30943/96, *Sahin c. Alemanha* [GC], 2003; *Sommerfeld c. Alemanha* [GC], *cit.*

⁽⁴⁸⁾ Ver *Carson e outros c. Reino Unido* [GC], *cit.*, § 70; queixa n.º 2700/01, *Kiyutin c. Rússia*, 2011, § 56; Queixa n.º 7205/07, *Clift c. Reino Unido*, 2010, § 56.

⁽⁴⁹⁾ Queixa n.º 25762/07, *Schwizgebel c. Suíça*, 2010, § 85; queixa n.º 17484/15, *Carvalho Pinto de Sousa Morais c. Portugal*, 2017, § 45; queixa n.º 44818/11, *British Gurkha Welfare Society e outros c. Reino Unido*, 2016, § 88.

⁽⁵⁰⁾ Queixa n.º 73235/12, *Identoba et autres c. Geórgia*, 2015, § 96; queixa n.º 70434/12, *Sousa Goucha c. Portugal*, 2016, § 27. O TEDH já teve ocasião de se pronunciar sobre diversas questões relacionadas com a identidade de género, das quais se destacam o direito a submeter-se a uma operação de conversão sexual (queixa n.º 27527/03, *L. c. Lituânia*, 2007); o direito ao reconhecimento legal do género escolhido (queixa n.º 28957/95, *Christine Goodwin c. Reino Unido* [GC], 2002; queixa n.º 25680/94, *I. c. Reino Unido* [GC], 2002; *L. c. Lituânia*, *cit.*; queixa n.º 37359/09, *Hämäläinen c. Finlândia* [GC], 2014); o direito ao casamento (*Christine Goodwin c. Reino Unido* [GC], *cit.*; *I. c. Reino Unido* [GC], *cit.*); a igualdade nos processos judiciais contra as seguradoras de saúde privadas com vista ao reembolso dos tratamentos de conversão sexual (queixa n.º 35968/97, *Van Kück c. Alemanha*, 2003); o direito ao reconhecimento da identidade de género sem modificação do estado civil (*Hämäläinen c. Finlândia* [GC], *cit.*); a cobertura de despesas médicas ligadas a uma operação de conversão sexual (queixa n.º 29002/06, *Schlumpf c. Suíça*, 2009).

a orientação sexual⁽⁵¹⁾, a deficiência⁽⁵²⁾, a situação matrimonial⁽⁵³⁾ e parental⁽⁵⁴⁾ e a situação em relação aos estrangeiros⁽⁵⁵⁾ como categoria suspeita.

4. O Papel do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos no controlo das desigualdades e das medidas discriminatórias em tempos de pandemia

Por força dos princípios da subsidiariedade e da exaustão dos meios internos, previsto na CEDH (art. 35.º, n.º 1), o controlo das desigualdades e das medidas discriminatórias nacionais compete, em primeira linha, aos tribunais nacionais, pelo que o TEDH só deverá atuar numa segunda fase. No entanto, como tribunal especializado em direitos humanos, ao qual os indivíduos têm acesso direto, o TEDH encontra-se, sem dúvida, particular-

⁽⁵¹⁾ O primeiro caso em que o TEDH concluiu pela violação do art. 14.º CEDH com base na discriminação fundada na orientação sexual teve origem numa queixa contra Portugal — queixa n.º 33290/96, *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*, 1999, § 28. A partir daí o TEDH desenvolveu e consolidou a sua jurisprudência, tendo considerado que o diferente tratamento baseado na orientação sexual não tinha justificação objetiva e razoável, entre outros, quando estava em causa a diferença de idade fixada pelo direito penal para o consentimento de relações homossexuais e heterossexuais (queixa n.º 39392/98 e 39829/98, *L. et v. c. Austria*, 2003; queixa n.º 45330/99, *S.L. c. Austria*, 2003; queixa n.º 53760/00, *B.B. c. Reino Unido*, 2004; queixa n.º 31874/07, *Santos Couto c. Portugal*, 2010); a autorização para adotar uma criança (*X e outros c. Austria* [GC], *cit.*; *E.B. c. France* [GC], *cit.*; queixa n.º 25951/07, *Gas e Dubois c. França*, 2012); o direito do parceiro sobrevivente à transmissão do contrato de arrendamento em nome do defunto (*Karner c. Austria*, *cit.*; queixa n.º 13102/02, *Kozak c. Polónia*, 2010); a proteção social (queixa n.º 18984/02, *P.B. et J.S. c. Austria*, 2010; queixa n.º 56501/00, *Mata Estevez c. Espanha* (déc.), 2001); as condições de detenção (queixa n.º 24626/09, *X c. Turquia*, 2012); a legislação sobre pensões alimentícias (queixa n.º 37060/06, *J.M. c. Reino Unido*, 2010); as uniões civis (queixa n.º 29381/09 e 32684/09, *Vallianatos e outros c. Grécia* [GC], 2013); o casamento (queixa n.º 30141/04, *Schalk e Kopf c. Austria*, 2010; queixa n.º 40183/07, *Chapin e Charpentier c. França*, 2016); o reagrupamento familiar (queixa n.º 68453/13, *Pajić c. Croácia*, 2016; *Taddeucci et McCall c. Itália*, *cit.*); a liberdade de pensamento, consciência e religião (*Eweida e outros c. Reino Unido*, *cit.*); a liberdade de reunião e de associação (*Bączkowski e outros c. Polónia*, *cit.*; queixa n.º 14988/09 e 50 outras, *Alekseyev e outros c. Rússia*, 2018; queixa n.º 9106/06, *Genderdoc-M c. Moldávia*, 2012; queixa n.º 12200/08 e outras, *Zhdanov e outros c. Rússia*, 2019); a proteção contra a violência homofóbica e a efetividade dos inquéritos levados a cabo quando se trata de agressões homofóbicas (*Identoba et autres c. Geórgie*, *cit.*; queixa n.º 12060/12, *M.C. et A.C. c. Roménia*, 2016).

⁽⁵²⁾ Queixa n.º 13444/04, *Glor c. Suíça*, *cit.*, § 80; queixa n.º 43134/05, *G.N. e outros c. Itália*, 2009, § 126; queixa n.º 2700/10, *Kiyutin c. Rússia*, 2011, § 57.

⁽⁵³⁾ Ver, por exemplo, *Weller c. Hungria*, *cit.*

⁽⁵⁴⁾ Ver, por exemplo, queixa n.º 3976/05, *Şerife Yiğit c. Turquia* [GC], 2010.

⁽⁵⁵⁾ Queixa n.º 22341/09, *Hode et Abdi c. Reino Unido*, 2012, § 47; queixa n.º 56328/07, *Bah c. Reino Unido*, 2011, § 46.

mente habilitado para apreciar o controlo das desigualdades e das medidas discriminatórias na Europa, o que significa que a última palavra relativamente a esta questão vai caber ao TEDH.

O TEDH tem desempenhado um papel muito relevante na afirmação do princípio da igualdade e do direito à não discriminação na Europa, desde logo, porque, sem negar o carácter acessório do art. 14.º CEDH, o considerou aplicável a situações em que não havia violação de qualquer outra disposição da Convenção e a domínios que, à partida, nem sequer estariam abrangidos pela Convenção, como é o caso dos direitos de segurança social. Por outro lado, o TEDH interpretou o próprio conceito de discriminação extensivamente, nele incluindo tanto a discriminação direta como indireta, o assédio e as instruções à discriminação, as medidas positivas e a discriminação múltipla. O TEDH mostrou igualmente uma enorme abertura em relação ao alargamento das categorias consideradas suspeitas, o que levou à proibição de discriminação com fundamento em motivos que não se encontravam, à partida, enumerados nos arts. 14.º CEDH e 1.º, n.º 1, do Protocolo n.º 12.

Acresce que a igualdade e a não discriminação não serão, decerto, os únicos temas relacionados com a pandemia que vão ocupar o TEDH nos próximos tempos.

Como acima mencionámos, as medidas restritivas adotadas pelos Estados-Membros do Conselho da Europa no contexto da pandemia — ou fora dele — ficam igualmente sujeitas ao controlo judicial do TEDH. O mesmo se diga das medidas adotadas com base na cláusula de derrogação do art. 15.º da CEDH.

Se é certo que, em situações limite, como é o caso da pandemia, o TEDH, por vezes, aceita uma conceção ampla de margem de apreciação dos Estados, adotando uma atitude de auto-contenção e de deferência em relação aos Estados-Membros, na medida em que se trata de situações normalmente muito delicadas, em que o TEDH não possui toda a informação necessária, nem está no terreno para poder avaliar a situação com rigor, também não deixa de ser verdade que o TEDH não abdica do papel que lhe cabe no controlo das medidas nacionais que extravasem claramente dos limites aceites pela CEDH.

O TEDH já começou a receber queixas relacionadas com a pandemia, as quais invocam a violação de alguns preceitos da CEDH por parte de algumas medidas adotadas pelos Estados restritivas, por exemplo, do direito de livre circulação ou do direito à proteção de dados. Enquanto algumas dessas queixas foram comunicadas, outras seguiram outros trâmites, tendo, em alguns casos, sido rejeitadas. A verdade é que, até ao

momento em que escrevemos, os casos já decididos pelo TEDH⁽⁵⁶⁾ não abordaram a questão da igualdade e da não discriminação, pelo que vamos ter de aguardar mais algum tempo até que se possa fazer um balanço do papel do TEDH no controlo das desigualdades e da não discriminação.

Uma coisa é certa: tendo em conta o que acabamos de expor, estamos firmemente convencidos que a CEDH dispõe dos instrumentos necessários para fazer face às desigualdades e à discriminação e a jurisprudência do TEDH já criou as bases sobre as quais pode ancorar o seu desenvolvimento.

⁽⁵⁶⁾ No caso *Feilazoo c. Malta* (queixa n.º 6865/19, de 11/3/2021), o requerente invocou, entre outros aspetos, a violação do art. 3.º da CEDH, devido às inadequadas condições de detenção, designadamente, os longos períodos de isolamento assim como os riscos que essas deficientes condições de detenção comportavam para a sua saúde, por força da crise pandémica da COVID 19. O Tribunal deu razão ao requerente, tendo considerado que o Estado efetivamente violou o art. 3.º da CEDH.