

## **CAPÍTULO V — O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA DISCRIMINAÇÃO**

---

### *SUMÁRIO*

1. INTRODUÇÃO AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE E AO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA DISCRIMINAÇÃO
  - 1.1 Breve Enquadramento Conceptual
  - 1.2 Evolução Histórica do Conceito
2. O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA DISCRIMINAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO TIMORENSE
  - 2.1 Na Constituição de 2002
  - 2.2 Concretização nas Leis
  - 2.3 A Jurisprudência
3. DIFERENCIAÇÃO *VERSUS* DISCRIMINAÇÃO
  - 3.1 Discriminação, Diferenciação Permitida, Diferenciação Positiva e Ação Afirmativa
  - 3.2 Discriminação Direta e Indireta
4. O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E RESPETIVA METÓDICA
  - 4.1 Metodica Proposta para Timor-Leste



## **VISÃO GLOBAL**

O presente capítulo versa sobre o princípio da igualdade e o princípio da proibição da discriminação. Explicitam-se os conceitos de diferenciação permitida, diferenciação positiva, ação afirmativa e discriminação direta e indireta. Para o efeito, abordamos os assuntos em apreço, sob o ponto de vista da sua teoria geral, bem como da sua consagração no ordenamento jurídico timorense, incorporando, nesta análise, a integração do direito internacional dos direitos humanos. Reconhecendo a importância da aplicação destas matérias, no caso timorense, dedicamos a essa dimensão prática uma reflexão particular, ao longo de todo o capítulo.

## **PALAVRAS E EXPRESSÕES-CHAVE**

Princípio da igualdade  
Princípio da proibição da discriminação  
Diferenciação Permitida  
Diferenciação Positiva e Ação Afirmativa  
Discriminação Direta e Indireta

### **1. INTRODUÇÃO AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE E AO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA DISCRIMINAÇÃO**

Em Timor-Leste, os meios de informação veiculam regularmente notícias relacionadas com a discriminação, alegando que são cometidas ações discriminatórias, por parte das autoridades públicas <sup>(1)</sup>. Esta cobertura mediática

---

<sup>(1)</sup> ‘Justisa TL Halo Diskriminasaun Ba Nia Povú’, *Radio Online*, 2 July 2013, <http://www.radioliberaldadedili.com/lei-a-orden/1056-justisa-tl-halo-diskrimina->

revela que surgem com frequência situações diretamente relacionadas com os princípios da igualdade e da proibição da discriminação. Igualmente, no âmbito do desenvolvimento legislativo, da tomada de decisões por parte das autoridades públicas e nas decisões judiciais, o exercício de determinar se, num dado momento ou ato, houve ou não discriminação é um assunto recorrente.

Para ilustrar a importância destes princípios na aplicação regular do Direito em Timor-Leste, podemos identificar uma série de situações reais relevantes neste país. Assim, se uma senhora recebe uma pensão por ser viúva de um mártir da libertação nacional, no âmbito da implementação do Estatuto dos Combatentes da Libertação Nacional<sup>(2)</sup>, mas, o mesmo benefício não é conferido a um homem viúvo, não recebendo este uma pensão relacionada com o seu estado civil, pergunta-se, o Estatuto em apreço viola a Constituição por ser discriminatório? Ou seria esta uma diferenciação justificada? Noutro caso, se um representante do Ministério da Solidariedade Social toma a decisão de que uma família, que teve a sua casa destruída por um desastre natural, deverá receber um montante superior àquele que foi recebido por uma outra família, que também teve a sua casa destruída no mesmo desastre natural, comete este funcionário público, um ato discriminatório em violação do princípio da igualdade? Ou, ainda, se dois funcionários públicos foram condenados pelo tribunal por um crime de peculato, por atuarem num mesmo caso, mas, lhes são aplicadas sentenças concretas diferentes, pergunta-se, terá sido cometida uma discriminação? E, por último, como apreciar o facto de o programa do Governo estabelecer a implementação de certos programas especialmente direcionados para as mulheres e para as pessoas portadoras de deficiência, programas estes que determinam um número de benefícios específicos para determinados grupos e maior despesa orçamental para a sua rea-

---

saun-ba-nia-povu; 'Gubernuru Halo Diskriminasaun Pozitivu Ba Produktus Lokal', *Tempo Semanal*, Maio 2014, <http://www.temposemanal.com/ekonomia/gubernuru-halo-diskriminasaun-pozitivu-ba-produktus-lokal>; 'Diskriminasaun Ba Eis Resistensia No Prizoneirus', de Fevereiro 2014, <http://www.jndiario.com/2014/02/20/diskriminasaun-ba-eis-resistensia-no-prizoneirus/>; 'Konstituisaun RDTL Lafo Dalan Halo Diskriminasaun', *Suara Timor Lorosae*, 13 March 2014, [http://jornal.suara-timor-lorosae.com/konstituisaun-rdtl-lafo-dalan-halo-diskriminasaun/..](http://jornal.suara-timor-lorosae.com/konstituisaun-rdtl-lafo-dalan-halo-diskriminasaun/)

<sup>(2)</sup> Artigo 26.º da Lei n.º 3/2006, de 12 de Abril (com alterações decorrentes da Lei n.º 9/2009, de 29 de Julho e da Lei n.º 2/2011, de 23 de Março).

lização? Permite o Direito que certos grupos de pessoas beneficiem de um tratamento diferenciado?

As normas jurídicas primordiais para dar uma resposta a estas situações são as relativas aos princípios da igualdade e da proibição da discriminação. Estes princípios encontram-se consagrados no artigo 16.º da CRDTL e em vários dos instrumentos internacionais de direitos humanos ratificados por Timor-Leste.

### 1.1 Breve Enquadramento Conceptual

O princípio da igualdade consiste em tratar de forma igual o que é igual, e de forma diferente o que é diferente, na medida da própria diferença. Em última análise, a igualdade enraíza-se na ideia ou premissa de que todos os seres humanos são iguais quanto à sua dignidade humana e, consequentemente, iguais em todas as dimensões que a dignidade assume na sua vida.

É fundamental reter a ideia de que não é permitido o tratamento diferenciado de situações iguais, sem um fundamento válido que justifique esse tratamento desigual. Portanto, à luz dos princípios jurídicos da igualdade e da proibição da discriminação, é proibido o tratamento diferenciado arbitrário e violador da dignidade humana, sendo que, se tal acontecer, estaremos perante uma situação de discriminação.

Partindo do princípio de que se deve considerar os iguais de forma igual, então, uma consequência deste entendimento é, precisamente, que ninguém seja tratado de forma diferente, sem uma justificação ou fundamento razoável. Portanto, interligado com o princípio da igualdade encontra-se, justamente, o princípio da proibição da discriminação.

Pode, assim, diferenciar-se um indivíduo do outro ou igualar-se dois ou mais indivíduos que estão em situações ou condições diferentes, desde que haja uma justificação, que deve ser objetiva e razoável. O que não é permitido é discriminar. De forma sucinta, existe discriminação quando estamos perante uma diferenciação arbitrária, uma diferenciação sem uma justificação aceitável num Estado de Direito democrático.

A este propósito, Patrícia Moura refere que o que está em causa no princípio da igualdade é “a igualdade por se tratar de um ser humano e não por ser gordo ou magro, feio ou bonito, negro, branco ou pardo, pobre ou rico. Tratar os homens com igualdade é alocá-los no mesmo nível, ou seja, tratá-los

como seres humanos”<sup>(3)</sup>. É, aliás, interessante verificar que o símbolo vulgarmente atribuído ao direito é uma balança cujos pratos estão ao mesmo nível, uma simbologia para a ideia de igualdade, subjacente aos conceitos de direito e de justiça. Na perspetiva do princípio da igualdade, considera-se uma sociedade justa quando aqueles que são iguais possuem iguais oportunidades. Assim, poderia dizer-se que “[o] princípio da igualdade busca um tratamento, seja igual ou desigual, que permita uma equiparação entre todos”<sup>(4)</sup>.

Segundo Gomes Canotilho e Vital Moreira, o princípio da igualdade realiza-se “como direito subjectivo específico e autónomo e como direito, liberdade e garantia de natureza *defensiva*, (...) *positiva* (...) e *correctiva*...”<sup>(5)</sup>. Segundo aqueles autores, o princípio da igualdade tem uma natureza *defensiva*, pois pretende proteger os cidadãos contra um eventual tratamento desigual não fundamentado, por parte das entidades no exercício de poderes públicos. Já a natureza *positiva* se revela no facto de a plena realização do princípio da igualdade implicar, por vezes, a execução de medidas, por parte do Estado, que auxiliem na obtenção da pretendida uniformidade entre todos, que é, no fundo, a efetivação real do princípio da igualdade. Por último, a natureza *correctiva* significa que, por vezes, é necessário implementar medidas (de ação afirmativa) que visam corrigir desigualdades de facto.

Os princípios da igualdade e da proibição da discriminação são princípios gerais dos direitos fundamentais, inscritos no artigo 16.º da Constituição timorense, que se encontra inserido no título sob a epígrafe “princípios gerais”. Resta ainda sublinhar, dentro desta conceptualização sucinta, que o princípio da igualdade é um princípio geral do direito que se aplica ao legislador, à Administração e aos tribunais, ou seja, é um princípio transversal aos poderes legislativo, executivo e judicial.

## 1.2 Evolução Histórica do Conceito

O princípio da igualdade e o princípio da proibição da discriminação são conceitos jurídicos que têm vindo a sofrer modificações, fruto da evolução his-

---

<sup>(3)</sup> Patrícia Uliano Effting Zoch de Moura, *A Finalidade Do Princípio Da Igualdade: A Nivelção Social: Interpretação Dos Atos de Igualar* (Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005), 23.

<sup>(4)</sup> Moura, *A Finalidade Do Princípio Da Igualdade: A Nivelção Social: Interpretação Dos Atos de Igualar*, 41.

<sup>(5)</sup> Gomes Canotilho e Moreira, *Constituição Da República Portuguesa Anotada*, 2007, I (Artigo 1.º a 107.º):337.

tórica e social. Ambos os princípios são matérias que, desde há muito, se encontram no espírito e obra, nomeadamente, de filósofos, sociólogos e juristas <sup>(6)</sup>, encontrando-se referências ao princípio da igualdade já na antiguidade clássica <sup>(7)</sup>.

O desenvolvimento do Direito constitucional moderno foi marcado pelo reconhecimento do princípio da igualdade. Foi em 1776, no *Bill of Rights*, dos Estados Unidos da América, que o princípio da igualdade assumiu força jurídica, de forma inequívoca, prevendo logo no seu artigo 1.º que “*todos os Homens são, por natureza, igualmente livres e independentes*”. A Revolução Francesa, em 1789, revelou-se também um marco fundamental na proclamação do princípio da igualdade, sendo a igualdade, precisamente, um dos seus princípios basilares <sup>(8)</sup>.

A violação sistemática dos princípios da igualdade e da proibição da discriminação com base em legislação, ideologia e práticas discriminatórias marcaram de forma irremediável a História mundial, salientando-se, por exemplo, os períodos da Segunda Guerra Mundial e do *Apartheid* na África do Sul. A História demonstra, assim, que a discriminação encerra uma situação de domínio de alguém sobre outrem. Ou seja, um grupo mais poderoso ou mais numeroso submete os restantes a uma situação de desvantagem.

---

<sup>(6)</sup> Para uma descrição breve da evolução histórica do conceito, ver Maria Gloria Garcia, *Estudos sobre o Princípio da Igualdade* (Coimbra: Almedina, 2005). e Adriana Vieira, *O Princípio Constitucional Da Igualdade e o Direito Do Consumidor*, 1ª ed. (Belo Horizonte: Mandamentos, 2002).

<sup>(7)</sup> Sólon (c. 640-c. 558 a. C.) refere-se ao conceito de igualdade como um ideal a atingir e com a escola Pitagórica (Pitágoras: c. 570-c. 480 a.C.), que se dedicou à especulação matemática, surge a ideia de que a justiça seria um número par, composto por partes iguais. Porém, é com Platão (c. 427-348/347 a. C.) que surge, pela primeira vez e de forma inequívoca, a ideia da igualdade de oportunidades que, apesar de revolucionária, naquele tempo, não encerrava o mesmo significado que atualmente detém. Por sua vez, Aristóteles (384-322 a.C) contribui, de modo decisivo, para este debate, ao analisar e defender, de forma sistemática, a relação inseparável entre a ideia de igualdade e o conceito de justiça.

<sup>(8)</sup> O artigo 6.º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) dispõe que: “*A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através de mandatários, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos e igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos.*” (Tradução recolhida em <http://www.eselx.ipl.pt/ciencias-sociais/tratados/1789homem.htm>, em 20 de Março de 2014).

Como reação a estas e outras violações de direitos humanos que questionavam a própria dignidade da pessoa humana, e tendo em vista a necessidade de prevenir estes tipos de violações sistemáticas no futuro, os princípios da igualdade e da proibição da discriminação foram plasmados como garantias chave de direitos humanos no desenvolvimento do ordenamento jurídico internacional.

A formação da Organização das Nações Unidas, em 1945, através da adoção da Carta das Nações Unidas, assinala o primeiro compromisso jurídico universal no que respeita a estes princípios, ao determinar como um dos seus objetivos a igualdade de todos no gozo dos direitos humanos<sup>(9)</sup>. A Carta das Nações Unidas considera, no seu artigo 55.º, que “*com o fim de criar condições de estabilidade e bem-estar, necessárias às relações pacíficas e amistosas entre as Nações, baseadas no respeito do princípio da igualdade de direitos e da autodeterminação dos povos, as Nações Unidas promoverão: (...) c) O respeito universal e efectivo dos direitos do homem das liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião*”. Assim, o documento fundador da Organização das Nações Unidas reconhece o princípio da igualdade como um fator determinante para a paz mundial.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, consagra igualmente os princípios da igualdade e da proibição da discriminação. Este instrumento internacional de direitos humanos veio aprofundar a ideia da relação entre o princípio da igualdade e o princípio da proibição de discriminação, sublinhando também a questão da igualdade perante a lei, o que é expressamente reconhecido no texto da Declaração<sup>(10)</sup>.

A formação do sistema internacional de direitos humanos teve como instrumento vinculativo pioneiro uma convenção que trata especificamente da proibição da discriminação: a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial de 1965<sup>(11)</sup>. Este tratado internacio-

---

<sup>(9)</sup> Artigo 1.º-3 da Carta das Nações Unidas declara que: “Os objectivos das Nações Unidas são: 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.” (Carta das Nações Unidas, assinada em São Francisco, a 26 de Junho de 1945, entrou em vigor na ordem internacional a 24 de Outubro de 1945).

<sup>(10)</sup> Cfr. Artigos 1.º, 2.º e 7.º da Declaração Universal de Direitos Humanos.

<sup>(11)</sup> Adotada pela Assembleia Geral da ONU, a 21 de Dezembro de 1965, entrou em vigor na ordem jurídica internacional, a 4 de Janeiro de 1969.

nal, do ponto de vista normativo, surge como um instrumento de verdadeira importância na conceptualização da proibição da discriminação. Em primeiro plano, esta convenção oferece uma definição específica daquilo que se compreende por discriminação racial (artigo 1.º-1). A definição de discriminação incorpora, ainda, uma menção específica ao “objetivo ou efeito” da discriminação, considerando que tanto um como o outro podem resultar em ações discriminatórias em violação da convenção. Encontra-se neste instrumento uma referência expressa ao que veio a ser desenvolvido como *discriminação direta e indireta* <sup>(12)</sup>. Esta convenção veio ainda validar juridicamente a prática da *discriminação positiva* (como explicado *infra*, preferimos a designação diferenciação positiva), através da consagração de que “as medidas especiais adoptadas com a finalidade única de assegurar convenientemente o progresso de certos grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos que precisem da protecção eventualmente necessária para lhes garantir o gozo e o exercício dos direitos do homem e das liberdades fundamentais em condições de igualdade não se consideram medidas de discriminação racial (...)” <sup>(13)</sup>, e ainda através da determinação de um dever de adoção de medidas temporárias especiais e concretas para garantir uma igualdade *de facto* <sup>(14)</sup>. Com base no exposto, não nos restam dúvidas de que a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial constituiu um marco fundamental no avanço dos conceitos dos princípios da igualdade e da proibição de discriminação no direito internacional.

Vale a pena assinalar que, mesmo anteriormente à Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, já encontrávamos instrumentos internacionais vinculativos no direito internacional do trabalho que regulavam especificamente o princípio da igualdade e o princípio da proibição da discriminação no âmbito do trabalho. Referimo-nos ao ordenamento jurídico desenvolvido pela Organização Internacional do Trabalho, nomeadamente, a Convenção n.º 100 relativa à Igualdade de Remuneração entre a Mão-de-obra Masculina e a Mão-de-obra Feminina em Trabalho de Valor Igual (1951) e a Convenção n.º 111 sobre a Discriminação em matéria de Emprego e Profissão (1954).

O Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais, que entraram em vigor na ordem

---

<sup>(12)</sup> Vide Capítulo V, 3. Diferenciação *versus* Discriminação.

<sup>(13)</sup> Artigo 1.º-4 da CEDR.

<sup>(14)</sup> Artigo 2.º-2 da CEDR.

internacional em 1976<sup>(15)</sup>, estabeleceram o dever de os Estados-partes garantirem a não discriminação no gozo dos diferentes direitos neles incluídos<sup>(16)</sup>. Ainda, estes tratados, em virtude do momento histórico em que se inseriram, determinaram expressamente a igualdade entre mulheres e homens<sup>(17)</sup>.

Uma garantia específica sobre a igualdade de direitos entre mulheres e homens nos pactos internacionais de direitos humanos sedimentou o caminho para a adoção de um tratado dedicado especialmente aos direitos humanos das mulheres: a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (CEDAW, na sigla inglesa) de 1979<sup>(18)</sup>. Naquele momento, a comunidade internacional reconheceu que era insuficiente tratar o indivíduo de forma genérica, mostrando-se necessário dar uma resposta específica e diferenciada a determinados sujeitos de direitos. Assim, a CEDAW surge por se compreender que, ao longo da História, as mulheres tinham vindo a ser recorrentemente vítimas de discriminação e, por isso, a comunidade internacional entendeu ser necessária a adoção de um documento jurídico-vinculativo para os Estados e que conferisse uma proteção específica às mulheres.

Neste instrumento normativo de direito internacional, encontram-se também reconhecidas as *ações positivas* que encerram o objetivo de “acelerar a instauração de uma igualdade de facto” entre mulheres e homens<sup>(19)</sup>. Ainda, a

---

<sup>(15)</sup> Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos, adotado e aberto à assinatura, ratificação e adesão pela resolução n.º 2200A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 16 de Dezembro de 1966, com a entrada em vigor na ordem internacional aos 23 de Março de 1976 e o Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais, adotado e aberto à assinatura, ratificação e adesão pela resolução n.º 2200A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 16 de Dezembro de 1966, com a entrada em vigor na ordem internacional aos 3 de Janeiro de 1976.

<sup>(16)</sup> Respetivamente os artigos 2.º-1 e 2.º-2. Em geral, os preceitos normativos de ambos os Pactos mostram-se bastante semelhantes, sendo, porém, possível notar duas diferenças marcantes: a não inclusão no PIDESC de um fundamento da proibição da discriminação com base na propriedade e o uso do termo “distinção” no PIDCP e “discriminação” no PIDESC.

<sup>(17)</sup> Artigo 3.º comum a ambos os Pactos.

<sup>(18)</sup> Adotada e aberta à assinatura, ratificação e adesão pela resolução n.º 34/180 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 18 de Dezembro de 1979, com a entrada em vigor na ordem internacional aos 3 de Setembro de 1981.

<sup>(19)</sup> Artigo 4.º-1.

CEDAW inclui formalmente no direito internacional dos direitos humanos o termo “medidas temporárias especiais”, elevando ao nível conceptual do princípio da igualdade a perspectiva de que as medidas categorizadas como discriminação positiva (ou diferenciação positiva) são de carácter temporário.

A formação do ordenamento jurídico internacional no que respeita ao princípio da igualdade centrou-se na protecção do que designou de grupos vulneráveis, ou seja, grupos com necessidades especiais de protecção do ponto de vista da igualdade e da proibição da discriminação. Reconheceu-se, assim, a particularidade destes grupos e determinou-se a criação de garantias específicas para a sua efetiva protecção, como por exemplo, a adoção de instrumentos vinculativos dedicados especificamente à protecção das crianças<sup>(20)</sup>, dos trabalhadores migrantes<sup>(21)</sup> e das pessoas portadoras de deficiência<sup>(22)</sup>.

O desenvolvimento de normas jurídicas internacionais de protecção a minorias étnicas e aos povos indígenas não alcançou, até à data, um nível semelhante de reconhecimento ao das garantias concedidas às crianças, mulheres, trabalhadores migrantes e pessoas portadoras de deficiência, em virtude da falta de consenso entre os Estados na adoção de instrumentos vinculativos protetores destes grupos vulneráveis sujeitos a violações sistemáticas de direitos humanos<sup>(23)</sup>.

As desigualdades sociais com origem numa injustiça histórica contribuíram para o desenvolvimento de uma perspectiva de igualdade corretiva, em que o princípio da igualdade requer a tomada de ações positivas com a capacidade

---

<sup>(20)</sup> Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada e aberta à assinatura, ratificação e adesão pela Resolução n.º 44/25 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 20 de Novembro de 1989, com a entrada em vigor na ordem internacional aos 2 de Setembro de 1990.

<sup>(21)</sup> Convenção Internacional sobre a Protecção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias, adotada e aberta à assinatura, ratificação e adesão pela resolução n.º 45/158 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 18 de Dezembro de 1990, com a entrada em vigor na ordem internacional a 1 de Julho de 2003.

<sup>(22)</sup> Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, adotada pela resolução n.º 61/106 da Assembleia Geral das Nações Unidas de 13 de Dezembro de 2006 e aberta à assinatura em 30 de Março de 2007, com a entrada em vigor na ordem internacional aos 3 de Maio de 2008.

<sup>(23)</sup> *Vide* Capítulo I, 2. O “Desenvolvimento” dos Direitos Fundamentais e Direitos Humanos.

de corrigir as desigualdades existentes. Assim, por vezes, o Direito tem de intervir a fim de procurar, ainda que de forma artificial, uma igualdade entre todos os seres humanos.

Em conclusão, pode afirmar-se que o ordenamento jurídico internacional elegeu, desde cedo, a igualdade e a proibição da discriminação como questões de significativa importância no sistema universal dos direitos humanos, concedendo, assim, força normativa a estes princípios nos seus instrumentos vinculativos mais importantes.

É possível identificar um processo evolutivo do princípio da igualdade e do princípio da proibição de discriminação no Direito, ao nível nacional e internacional. Maria Glória Garcia acentua essa ideia de construção quanto ao princípio da igualdade, ou seja, este é um princípio jurídico que se tem vindo a construir. Esta autora menciona três momentos essenciais na evolução deste princípio<sup>(24)</sup>, que designaremos de *formal*, *defensivo* e *corretivo*, respetivamente:

- no primeiro momento, *formal*: na sua origem, “o princípio da igualdade aparece basicamente confundido com o princípio da prevalência da lei”<sup>(25)</sup>; entendia-se o princípio da igualdade como um princípio formal geral que pretendia acentuar o facto de que todos são iguais perante a lei, pretendendo-se, portanto, romper e contrariar a situação anterior em que alguns eram beneficiados ou prejudicados por razões agora consideradas inaceitáveis, como, por exemplo, a origem. Para se cumprir o princípio da igualdade era suficiente garantir que a lei fosse geral e abstrata, não sendo relevante o conteúdo da lei, mas, apenas a sua aplicação. Refira-se, ainda, que, assim entendido, este princípio não tinha em consideração as diferenças existentes entre os indivíduos, diferenças essas que exigiriam da lei um tratamento também ele diferente.
- No segundo momento, *defensivo*: o princípio da igualdade é entendido, nesta segunda fase, “como limite externo da actuação do poder público”<sup>(26)</sup>, traduzindo-se fundamentalmente na proibição do arbtrio ou de discriminações não fundamentadas. Desta forma, vem, sobre-

---

<sup>(24)</sup> Garcia, *Estudos sobre o Princípio da Igualdade*, 35-ss.

<sup>(25)</sup> *Ibid.*, 36.

<sup>(26)</sup> *Ibid.*, 40.

tudo, limitar a atuação do Estado ao estabelecer como princípio geral do Direito a proibição de discriminações arbitrárias e não justificadas. Neste ponto, indaga-se sobre o próprio conceito de igualdade, pretende-se saber o que é a igualdade, sobretudo, no caso concreto, isto é, quando é que estamos perante situações iguais e quando é que estamos perante situações diferentes. O princípio da igualdade assume, aqui, a sua dimensão material, já que passa a exigir-se um fundamento que justifique o tratamento a adoptar: há que definir se uma dada situação é igual ou diferente de outra. No entanto, não há um critério específico que determine o que é a igualdade. Neste momento evolutivo, assegura-se apenas a proibição do arbítrio e não a realização da justiça enquanto objetivo do princípio da igualdade. Este segundo momento revela já uma abertura à ideia de justiça, mas, será o terceiro momento que vai desvendar e densificar o princípio da igualdade neste ponto.

- No terceiro momento, *corretivo*: o princípio da igualdade é visto como um *limite interno da atuação dos poderes públicos* <sup>(27)</sup>, de acordo com o qual a igualdade representa, por si mesma, o resultado final que se pretende atingir, e não apenas o ponto de onde se parte. Esta é uma nova fase na densificação do princípio da igualdade, intimamente relacionada com o conceito de Estado Social de Direito. No fundo, com o princípio da igualdade, pretende-se fazer justiça, ainda que, para tal, seja necessário discriminar, para, em última análise, tornar igual, igualar, uniformizar, contribuir para que os tais dois pratos da balança se mantenham em equilíbrio. Assim, a igualdade deve ter uma natureza corretiva. Neste momento, o princípio da igualdade surge como uma ferramenta para alcançar as ideias de igualdade social e justiça material e, portanto, é um limite que o próprio sistema impõe aos poderes públicos, o tal limite interno.

Poderia dizer-se, ainda, que há um quarto momento na evolução dos princípios da igualdade e da proibição da discriminação e que se relaciona com a expansão destes princípios para além das relações entre o público e o privado, isto é, para além da relação entre o Estado e quem se encontra sob a sua jurisdição. É hoje do entendimento comum que “o princípio da igualdade pode ter

---

<sup>(27)</sup> Ibid., 63.

também como destinatários os próprios particulares nas relações entre si”<sup>(28)</sup>, ou seja, o princípio da igualdade também poderá vincular as relações entre privados.

Estes momentos da evolução dos princípios da igualdade e da proibição da discriminação foram, na verdade, acumulando-se, com o decorrer do tempo, resultando, atualmente, numa posição uniforme de que os conceitos do princípio da igualdade e do princípio da proibição da discriminação devem incorporar todas estas três dimensões, ou seja, a igualdade perante a lei, a proibição de discriminações arbitrárias e não justificadas, assim como a prática de ações corretivas. Estas dimensões, quando perante um caso prático, são muitas vezes aplicadas concorrentemente, como veremos na metódica apresentada abaixo.

A evolução do conteúdo do princípio da igualdade demonstra-nos, portanto, que o seu significado não foi sempre o mesmo. Nas palavras de Castanheira Neves, o princípio da igualdade é “um daqueles princípios que, pela densa carga ideológica e axiológica que lhes vai imanente, não permanecem inalterados no seu sentido autêntico ao longo do tempo, apesar da constância das fórmulas, e antes terão de ser sempre compreendidos no contexto histórico e social em que se proclamam.”<sup>(29)</sup>.

## 2. O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA DISCRIMINAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO TIMORENSE

“[A]s revoltas ocorrem sempre devido à desigualdade, a menos que se confira um estatuto semelhante aos que se encontram em situação de desigualdade (...). Por conseguinte, são os que procuram a igualdade quem, de um modo geral, desencadeia as revoltas”.<sup>(30)</sup>

---

<sup>(28)</sup> Gomes Canotilho e Moreira, *Constituição Da República Portuguesa Anotada*, 2007, I (Artigo 1.º a 107.º):346.

<sup>(29)</sup> Neves, ‘O Instituto Dos ‘Assentos’ e a Função Jurídica Dos Supremos Tribunais’, Separata de “Revista de Legislação e Jurisprudência” (Coimbra: Coimbra Editora, 1983) 118-119.

<sup>(30)</sup> Aristóteles, *Política*, Edição Bilingue, Coleção Vega Universidade/Ciências Sociais E Humanas (Lisboa, 1998), 351.

O processo de libertação nacional teve na sua raiz uma luta para dar a igual oportunidade ao povo timorense de ter reconhecido o seu direito à auto-determinação<sup>(31)</sup>. Sendo a luta pela libertação nacional centrada no real gozo dos direitos fundamentais, a inclusão do princípio da igualdade na CRDTL era esperada. Durante a ocupação pela Indonésia, a discriminação com base na opinião política representou um dos motivos que resultou em violações sistemáticas dos direitos humanos dos timorenses. Aqueles que apoiavam o movimento de libertação nacional eram especificamente perseguidos e eram vítimas de ações contra os seus direitos humanos, tendo os seus direitos sido violados em proporções muito maiores que aqueles que partilhavam da mesma opinião política que o poder ocupante<sup>(32)</sup>.

Na Constituição, a garantia da igualdade não se limita a uma única provisão legal específica. O reconhecimento desta garantia efetiva-se através de várias normas constitucionais, atestando, assim, o papel verdadeiramente crucial do princípio da igualdade no ordenamento jurídico timorense. O artigo 16.º da Constituição consagra o princípio da igualdade e o princípio da proibição de discriminação ao prever que:

“Todos os cidadãos são iguais perante a lei, gozam dos mesmos direitos e estão sujeitos aos mesmos deveres.” (artigo 16.º-1)

“Ninguém pode ser discriminado com base na cor, raça, estado civil, sexo, origem étnica, língua, posição social ou situação económica, convicções políticas ou ideológicas, religião, instrução ou condição física ou mental.” (artigo 16.º-2)

A CRDTL contém ainda um número de disposições que se relacionam diretamente com a questão dos princípios da igualdade e da proibição da discriminação. Por razões puramente sistemáticas, podemos agrupar estas provisões

---

<sup>(31)</sup> Vide Capítulo I, 2.3 O Contexto Nacional: Os Direitos Fundamentais e Humanos em Timor-Leste.

<sup>(32)</sup> Ver CAVR, *Chega! Relatório Da Comissão de Acolhimento, Verdade E Reconciliação de Timor-Leste*, 2005, cap. VII. Entre um abundante número de publicações sobre este assunto, destacam-se Silva e Simião, *Timor-Leste por trás do palco*, 40-63; ‘Don’t Forget East Timor’, *Christian Science Monitor* 88, no. 8 (12 June 1995): 20; Amnesty International, *East Timor : Violations of Human Rights : Extrajudicial Executions, ‘Disappearances,’ Torture, and Political Imprisonment, 1975-1984* (London, U.K.: Amnesty International Publications, 1985).

constitucionais da seguinte forma: (a) aquelas que *reafirmam o princípio da igualdade*; (b) aquelas que *determinam a proibição da discriminação em relação a garantias específicas*; e (c) aquelas que *estabelecem uma obrigação do Estado de proteger certos indivíduos pertencentes a certos grupos*.

Como exemplo das normas constitucionais que *reafirmam o princípio da igualdade*, sublinha-se o dever do Estado de utilizar os recursos naturais “de uma forma justa e igualitária” (artigo 139.º-1). Ainda, encontram-se no texto da Lei Fundamental várias normas particularmente relevantes para a igualdade entre mulheres e homens, inclusivamente, um artigo que vem reforçar a igualdade entre mulheres e homens em relação aos “direitos e obrigações em todos os domínios da vida familiar, cultural, social, económica e política” (artigo 17.º), o reforço da igualdade no trabalho (artigo 50.º-1) e na relação familiar entre os cônjuges (artigo 39.º-3)<sup>(33)</sup>. Por último, o princípio da igualdade é ainda consagrado no âmbito do direito à educação, o qual dispõe que “[t]odos têm direito à igualdade de oportunidades de ensino e formação profissional” (artigo 59.º-2). Há ainda uma referência expressa à igualdade dos Estados, como um dos padrões orientadores das relações internacionais do Estado timorense (artigo 8.º-1).

Em relação à existência de normas constitucionais que *consagram o princípio da proibição da discriminação no que respeita ao gozo de certas garantias fundamentais*, destaca-se a proibição do despedimento por “motivos políticos, religiosos e ideológicos” (artigo 50.º-3) e uma proibição da perseguição ou discriminação com base nas convicções religiosas (artigo 45.º-2). Um outro artigo pertinente é o artigo 43.º, o qual demonstra uma posição muito clara do Estado relativamente ao objeto e atuação das associações privadas, em matéria do princípio da igualdade, ao estabelecer limites à liberdade de associação. Assim, com o intuito de garantir o respeito pelo princípio da igualdade, no âmbito da liberdade de associação, a CRDTL determina que “são proibidas (...) as organizações que defendam ideias ou apelem a comportamentos de carácter racista ou xenófobo (...)” (artigo 43.º-3). Note-se ainda uma afirmação da não discriminação das crianças com base no estado civil de seus pais, com

---

<sup>(33)</sup> Não é feita qualquer referência expressa ao sexo ou género dos cônjuges no artigo 39.º da CRDTL, sendo possível, assim, nos termos da letra da Constituição, vir a reconhecer-se casamentos homossexuais, no futuro. Atualmente, o Código Civil veio determinar que o casamento é entre homem e mulher (artigo 1467.º do Código Civil de Timor-Leste – noção de casamento).

base na norma constitucional segundo a qual “[t]odas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimónio, gozam dos mesmos direitos e da mesma proteção social.” (artigo 18.º-3). Por fim, vale a pena ressaltar que a garantia de não discriminação é apresentada como uma garantia não derogável, não podendo ser sujeita a suspensão durante um Estado de sítio ou emergência<sup>(34)</sup>.

Há, ainda, normas que *estabelecem uma obrigação do Estado de proteger certos indivíduos pertencentes a certos grupos*. Estas normas revelam a dimensão corretiva do princípio da igualdade, uma vez que visam garantir os valores da igualdade social e da justiça material. Trata-se de normas que consagram discriminações positivas, por exemplo, ao prever a proteção de grupos específicos.

A mais relevante referência à dimensão corretiva do princípio da igualdade é a sua consideração como um dos objetivos fundamentais do Estado que tem a obrigação de “[c]riar, promover e garantir a *efetiva igualdade de oportunidades* entre a mulher e o homem” (itálico nosso) (artigo 6.º/j da CRDTL). Esta norma constitucional deixa claro que a igualdade de oportunidades entre mulher e homem tem de ser, na verdade, uma igualdade efetiva, cuja promoção é um dos objetivos principais do Estado. Esta afirmação no texto constitucional timorense é diferente da maior parte das Constituições dos outros países da CPLP<sup>(35)</sup>, à exceção da Constituição cabo-verdiana, a qual determina como tarefa do Estado a promoção de uma “real igualdade de oportunidades entre os cidadãos, especialmente os fatores de discriminação da mulher na família e na sociedade”<sup>(36)</sup>.

O texto constitucional timorense prevê ainda várias normas que concedem uma proteção especial, corretiva, a certos grupos considerados vulneráveis, tal é o caso dos artigos 18.º (proteção da criança), 19.º (juventude), 20.º (terceira idade) e 21.º (cidadão portador de deficiência).

Note-se, ainda, que o artigo 26.º, sob a epígrafe de acesso aos tribunais, prevê que “a justiça não pode ser denegada por insuficiência de meios económicos” (artigo 26.º-2). Esta norma, no fundo, representa um dos corolários do princípio da igualdade, pois visa garantir o acesso de todos aos tribunais em

---

<sup>(34)</sup> Vide Capítulo IV, 3. Suspensão do Exercício dos Direitos Fundamentais.

<sup>(35)</sup> Por exemplo, a Constituição Angolana prevê “[p]romover a igualdade entre o homem e a mulher” como uma tarefa fundamental do Estado (artigo 21.º/k), a Constituição portuguesa determina ser uma tarefa fundamental do Estado a de “[p]romover a igualdade entre homens e mulheres” (artigo 9.º/h)

<sup>(36)</sup> Artigo 7.º/e da Constituição cabo-verdiana.

condições de igualdade, uma vez que são precisamente os tribunais o mecanismo principal a ser utilizado aquando da violação ou ameaça de violação de um direito fundamental por ações dos poderes públicos<sup>(37)</sup>. Na prática, esta norma estabelece o dever do Estado de tomar medidas específicas para garantir o acesso à justiça por parte daqueles que possuem uma posição socio-económica menos privilegiada. Assim, não constitui uma discriminação o acesso gratuito ou subsidiado ao apoio jurídico e judiciário por parte dos indivíduos com insuficientes meios económicos.

Confirma-se, assim, o reconhecimento das três dimensões do princípio da igualdade no texto da Lei Fundamental timorense: as dimensões formal, defensiva e corretiva. Assinale-se, ainda, que a integração dos princípios da igualdade e da proibição da discriminação, bem como as referências expressas às medidas necessárias para a sua implementação real e efetiva, oferecem-nos uma perspectiva clara da posição chave que o princípio da igualdade detem no ordenamento constitucional timorense.

## **2.1 Na Constituição de 2002**

Na primeira parte deste capítulo, foi nossa intenção desenvolver o âmbito conceptual do princípio da igualdade e do princípio da proibição da discriminação, dando relevo especial à doutrina nesta matéria. Tratando-se de conceitos basilares de qualquer ordenamento jurídico, mas, também de uma densidade profunda e complexa, entendemos ser importante dedicar um espaço para uma melhor explanação destes princípios. Assim, nesta parte procuraremos estabelecer uma ligação entre esse enquadramento conceptual e a consagração desses mesmos princípios no ordenamento jurídico timorense, quer ao nível constitucional e legislativo, quer ao nível da produção jurisprudencial, numa análise que, ainda que não exaustiva, seja suficientemente abrangente.

### **2.1.1 O Princípio da Igualdade**

Como já referido anteriormente, o princípio da igualdade encontra-se consagrado no artigo 16.º da Constituição. Representando um princípio geral aplicável aos direitos fundamentais, este, como toda a norma constitucional, deve ser interpretado em conjunto com os princípios fundamentais da Cons-

---

<sup>(37)</sup> Vide Capítulo VI, 1.1 O Direito de Acesso aos Tribunais.

tituição. O artigo 1.º-1 consagra como alguns dos princípios fundamentais, a dignidade da pessoa humana e o Estado de direito democrático, sendo o primeiro a raiz do próprio princípio da igualdade, e o segundo a base da garantia de igualdade perante a lei. Nos termos do artigo 16.º, n.º 1:

*“Todos os cidadãos são iguais perante a lei, gozam dos mesmos direitos e estão sujeitos aos mesmos deveres”*

O número 1 deste artigo prevê dois princípios jurídicos: o princípio da igualdade, na sua dimensão formal (igualdade perante a lei) e o princípio da universalidade dos direitos fundamentais (“todos os cidadãos (...) gozam dos mesmos direitos e estão sujeitos aos mesmos deveres”). O princípio da universalidade e a questão da titularidade dos direitos fundamentais já foi abordado no terceiro Capítulo acima<sup>(38)</sup>.

No que respeita ao princípio da igualdade, este deve ser entendido como de aplicação verdadeiramente universal, sendo também os cidadãos estrangeiros ou apátridas residentes em Timor-Leste titulares desta garantia fundamental (admitem-se exceções, por exemplo, no âmbito dos direitos políticos). Diferente não poderia ser este entendimento, identificando-se, no entanto, uma evidente disparidade no próprio texto do artigo 16.º, o qual determina no seu número 2 que “ninguém pode ser discriminado (...)”, ao passo que o n.º 1, que consagra o princípio da igualdade, utiliza um termo mais redutor, “cidadãos”. Vale a pena notar que a DUDH prevê a garantia de igualdade a todos os indivíduos<sup>(39)</sup>. Ainda, a prática do Tribunal de Recurso mostra-nos a aplicação, em 2010, do princípio da igualdade previsto no artigo 16.º-1 da Constituição a cidadãos estrangeiros<sup>(40)</sup>.

---

<sup>(38)</sup> Vide Capítulo III, 2.4 Titularidade dos Direitos Fundamentais.

<sup>(39)</sup> O artigo 2.º da DUDH prevê que “[t]odos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na presente Declaração, sem distinção alguma, (...)”. Ainda o artigo 7.º determina que “[t]odos 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.”

<sup>(40)</sup> Acórdão de 15 de Fevereiro de 2010 (Proc. 13/CIVEL/2009). Tribunal de Recurso, Acórdão de 15 de Fevereiro de 2011, Proc.01/RC/2009/TR (Tribunal de Recurso 2011).

A garantia de igualdade perante a lei, como já referido, decorre diretamente do princípio de um Estado de Direito democrático. Num Estado de Direito, as normas jurídicas aplicam-se de forma igual a todos. É esta a dimensão formal do princípio da igualdade. Ao nível internacional, considera-se a garantia de igualdade perante a lei diretamente relacionada com a igual proteção pela lei<sup>(41)</sup>. Ainda, Gomes Canotilho identifica que esta garantia se relaciona tanto com a *igualdade na aplicação do direito*, como com a *igualdade quanto à criação do direito*<sup>(42)</sup>.

No que respeita à garantia de igualdade perante a lei, que é um reflexo do princípio da igualdade, é importante observar que não estamos perante um dever da lei de tratar todos de forma igual, sendo as distinções permitidas quando justificáveis, como veremos abaixo. Ainda, a garantia da igualdade perante a lei não é somente violada quando uma norma determina uma diferença não justificável, mas também quando da aplicação da norma resulta um impacto mais desfavorável a certas pessoas, que é chamado comumente como a discriminação indireta, esta também tratada mais abaixo.

### 2.1.2 O Princípio da Proibição da Discriminação

O artigo 16.º-2 estipula que:

*“Ninguém pode ser discriminado com base na cor, raça, estado civil, sexo, origem étnica, língua, posição social ou situação económica, convicções políticas ou ideológicas, religião, instrução ou condição física ou mental”*

Este número 2 inclui um elenco de categorias ou fatores potencialmente discriminatórios (“categorias suspeitas”). A lista de categorias consagrada na Constituição mostra-se bastante extensa, incluindo três fatores não previstos na DUDH, nomeadamente, o estado civil, a instrução e a condição física ou mental<sup>(43)</sup>. Relativamente às constituições dos países da CPLP, a Constituição

---

<sup>(41)</sup> Comité dos Direitos Humanos, *Comentário Geral N.º 18: Não Discriminação*, Trigesima Sétima Sessão, 1989 (Publicado em Compilação de Instrumentos Internacional de Direitos Humanos, Provedoria dos Direitos Humanos e Justiça), para. 1, 3 e 4.

<sup>(42)</sup> Gomes Canotilho, *Direito Constitucional E Teoria Da Constituição*, 426-430.

<sup>(43)</sup> O artigo 2.º da DUDH identifica os seguintes fatores: raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou outra, origem nacional ou social, fortuna, nascimento ou qualquer outra situação.

timorense contem um maior número de fatores expressos quando comparada com as suas homólogas, à exceção da constituição angolana <sup>(44)</sup>. Apesar de a elencagem ter uma extensão significativa quando comparada com outras Constituições, a versão final da Constituição aprovada em 2002 não contou com a inclusão de um fator de discriminação relativo à orientação sexual, o qual figurava inicialmente no esboço do texto da Constituição <sup>(45)</sup>.

Poderá perguntar-se se esta enumeração é exaustiva ou se, pelo contrário, poderão ser incluídos outros fatores ou categorias que venham a revelar-se igualmente discriminatórios. Nota-se uma diferença acentuada entre este preceito constitucional, a DUDH e as normas convencionais contidas no PIDCP, no PIDESC e na CDC que preveem a abertura da lista de fatores ou categorias ao determinar que a lista de categorias suspeitas é exemplificativa, podendo vir a incluir “qualquer outra situação” <sup>(46)</sup>.

Recorrendo ao texto constitucional, verifica-se que o artigo 18.º relativo à proteção da criança inclui uma abertura a “todas as formas de (...) discriminação”, abertura essa que não encontraremos, de forma expressa, no artigo 16.º-2, como seria de esperar, nem em nenhum outro artigo da Constituição. Assim, é novamente com base numa interpretação conforme à DUDH que concluímos que a lista de categorias ou fatores potencialmente discriminatórios previstas na Constituição, não é exaustiva, podendo aceitar, através da abertura da Constituição e da receção do direito internacional dos direitos humanos no ordenamento interno, a inclusão de outros fatores ou categorias. Portanto, aceita-se como possível a inclusão de outras categorias que sejam consideradas, na perspetiva da realidade sociocultural timorense, como passíveis de serem discriminatórias por contrariarem o espírito da Constituição de 2002 e os seus princípios fundamentais.

A Constituição portuguesa <sup>(47)</sup> apresenta uma redação semelhante à timorense, considerando a doutrina que são “igualmente ilícitas as diferenciações

---

<sup>(44)</sup> A Constituição angolana contem 14 fatores (artigo 23.º), a portuguesa 12 fatores (artigo 13.º-2), a são-tomense 6 fatores (artigo 15.º-1), a cabo-verdiana 9 fatores expressos (artigo 24.º) e a guineense 7 fatores expressos (artigo 24.º).

<sup>(45)</sup> *Vide* Capítulo II, 1. História da Constituição da República Democrática de Timor-Leste.

<sup>(46)</sup> Artigo 2.º da DUDH, artigo 2.º-1 do PIDCP e artigo 2.º-2 do PIDESC e artigo 2.º-1 da CDC.

<sup>(47)</sup> *Cf.* Artigo 13.º-2 da Constituição portuguesa.

de tratamento fundadas em outros motivos (ex.: idade), sempre que eles se apresentem contrários à dignidade humana, incompatíveis com o princípio do Estado de direito democrático ou simplesmente arbitrários ou impertinentes”<sup>(48)</sup>. Note-se, ainda, que encontramos na jurisprudência portuguesa uma posição semelhante àquela já identificada aqui<sup>(49)</sup>.

A opinião vertida na CRDTL Anotada vai no sentido de entender que aquele “elenco é meramente exemplificativo”, defendendo que devem “também ter-se por inconstitucionais as diferenciações de tratamento fundadas noutros motivos (como a idade, por exemplo), desde que estas se afigurem contrárias à dignidade humana ou simplesmente arbitrárias”<sup>(50)</sup>.

Perante a aceitação de que as categorias previstas no artigo 16.º-2, da CRDTL são meramente exemplificativas, a outra questão que deve ser abordada é a de saber como se poderia determinar a inclusão de uma outra categoria diferente daquelas que se encontram previstas naquele artigo da Constituição? Entendemos que a abordagem, neste caso, mostra-se a mesma que é realizada aquando da abertura da Constituição aos direitos só materialmente fundamentais, tendo sido esta questão já abordada no terceiro Capítulo deste Livro<sup>(51)</sup>. Por exemplo, a ascendência e a idade, enquanto fatores ou motivos potencialmente discriminatórios já consagrados na Lei do Trabalho de Timor-Leste<sup>(52)</sup>, podem, assim, ser considerados como categorias suspeitas, nos termos do número 2 do artigo 16.º da Constituição. No caso específico de Timor-Leste e tendo em conta o ocorrido durante o período da ocupação indonésia, poderá vir a considerar-se que discriminar com base na opinião política dos ascenden-

---

<sup>(48)</sup> Gomes Canotilho e Moreira, *Constituição Da República Portuguesa Anotada*, 2007, I (Artigo 1.º a 107.º):340.

<sup>(49)</sup> Cfr. Acórdão 39/1988, de 9 de Fevereiro de 1988, Tribunal Constitucional Português, acedido a 15 Julho 2014; Acórdão 450/1991, de 3 de Dezembro de 1991, Tribunal Constitucional Português, acedido a 15 Julho 2014.

<sup>(50)</sup> Direitos Humanos — Centro de Investigação Interdisciplinar, *Constituição Anotada Da República Democrática de Timor-Leste*, 2011, 69.

<sup>(51)</sup> Vide Capítulo III, 3.3.2 Direitos só Materialmente Fundamentais.

<sup>(52)</sup> Artigo 6.º-2 da Lei n.º 4/2012, de 21 de Fevereiro que prevê que: “[n]enhum trabalhador ou candidato a emprego pode ser, direta ou indiretamente, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão, nomeadamente, de cor, raça, estado civil, sexo, nacionalidade, ascendência ou origem étnica, posição social ou situação económica, convicções políticas ou ideológicas, religião, instrução ou condição física ou mental, idade e estado de saúde.”

tes, assim como diferenciar com base na idade, principalmente no caso dos mais jovens, podem representar fatores com a necessária natureza fundamental que justifica serem incorporados como direito só materialmente fundamental da CRDTL.

a) As “categorias suspeitas”

Faremos agora uma breve análise das categorias expressamente previstas no artigo 16.º-2, da Constituição de Timor-Leste. São elas: a cor e a raça, o estado civil, o sexo, a origem étnica, a língua, a posição social ou situação económica, as convicções políticas ou ideológicas, a religião, a instrução e a condição física ou mental.

Entende-se, por recurso à doutrina e jurisprudência estrangeira e internacional, que a menção expressa destes fatores ou categorias de proibição da discriminação tem por base o facto de se tratar de fatores ou categorias que, por razões de natureza histórica e social, podem ser considerados como critérios potencialmente discriminatórios.

Antes de abordarmos o conceito de cada uma dessas categorias, é essencial explanarmos a sua função dentro da proibição da discriminação, principalmente, a partir de uma perspetiva processual.

A existência de um tratamento diferenciador ou de uma norma diferenciadora não implica invariavelmente uma discriminação que viola a Constituição à luz do número 2 do artigo 16.º<sup>(53)</sup>. Esta asserção tem por base o próprio conceito do princípio da igualdade, nomeadamente, a necessidade de que o tratamento diferenciado tenha carácter arbitrário para que o mesmo seja considerado um tratamento discriminatório. Caso assim não o fosse, todos os tratamentos diferenciados fundados numa das categorias suspeitas seriam discriminações em conflito com a Constituição. Sabemos que não é assim. Mostra-se sempre necessário realizar um juízo da razoabilidade, com base nos fins da discriminação. Assim, podem os atos da administração pública e normas jurídicas estabelecer diferenciações entre indivíduos de sexo diferente ou entre indivíduos de condição sócio-económica diferente, por exemplo, desde que estas diferenciações sejam justificadas, desde que não sejam arbitrárias.

---

<sup>(53)</sup> Vide, por exemplo, no Tribunal Constitucional colombiano uma inequívoca posição sobre este assunto, Sentencia C-112/00, de 9 de Fevereiro de 2000, 9-ss.

Na prática jurídica, entende-se que a diferenciação com base numa das categorias suspeitas é *prima facie* proibida (ou em outros termos, estamos perante uma discriminação *prima facie*). A jurisprudência constitucional peruana utilizou os termos “critério suspeito ou potencialmente discriminatório”<sup>(54)</sup> para qualificar os fatores de discriminação expressos. Nas palavras deste mesmo tribunal, “esta proteção qualificada [fundamento expresso de discriminação previsto na Constituição] consiste em estabelecer que toda a diferenciação com base em algum dos critérios expressamente proibidos, estará sujeita a uma *presunção de inconstitucionalidade*, a qual somente poderá ser desvirtuada através de uma justificação estrita, objetiva e razoável”<sup>(55)</sup>. Ressalta-se, ainda, que a discriminação, muitas vezes, é ocultada pelo agressor, podendo a vítima ter reais dificuldades em demonstrar em juízo o preconceito a que foi sujeita. Note-se, ainda, que a Lei do Trabalho de Timor-Leste determina uma inversão do ónus da prova por práticas alegadamente discriminatórias pelo empregador, reconhecendo assim a existência de uma falta de igualdade entre trabalhador e empregador<sup>(56)</sup>. Esta inversão do ónus da prova funda-se na *teoria dinâmica do ónus da prova* que tem como premissa, dito de forma simplista, que “a prova incumbe a quem tem melhores condições de produzi-la, à luz das circunstâncias do caso concreto. Em outras palavras: prova quem pode”<sup>(57)</sup>.

---

<sup>(54)</sup> Tradução livre das autoras Acórdão de 3 de Setembro de 2010, Proc. 2317-2010-AA/TC (Tribunal Constitucional Peruano). O Tribunal Constitucional do Peru, considerou que quando a discriminação tem por base um dos critérios ou grupos expressos na norma que prevê a garantia da igualdade, fica o respondente (quer dizer, o empregador, a administração pública) com o dever de provar que não houve discriminação (quer dizer, a diferenciação era objetiva e razoável). O mesmo termo é utilizado na jurisdição colombiana (*ver* Sentencia C-112/00, de 9 de Fevereiro de 2000.)

<sup>(55)</sup> Acórdão 2317-2010-AA/TC, de 3 de Setembro de 2010, 32, para. 32. (tradução livre das autoras). Ver ainda na jurisdição constitucional colombiana Sentencia C-112/00, de 9 de Fevereiro de 2000, 11, para. 11.

<sup>(56)</sup> Artigo 6.º-6 da Lei n.º 4/2012, de 21 de Fevereiro, prevê que: “[c]abe a quem alegar a discriminação fundamentá-la, indicando em relação a qual candidato ou trabalhador se considera discriminado, incumbindo ao empregador provar que a preferência no acesso ao emprego ou as diferenças nas condições de trabalho não assentam em nenhum dos fatores indicados no n.º 2”.

<sup>(57)</sup> Fredie Didier, Paula Sarno Braga, e Rafael Alexandria Oliveira, *Curso de Direito Processual Civil* (JUSPODIVM, 2007), 62.

Considera-se que esta prática existente no direito comparado em países de direito civilista parece ser a mais adequada à realidade timorense atual, em virtude da ampla diferença entre a capacidade em juízo das autoridades e poderes públicos e a capacidade do indivíduo. Ainda, a falta de um regime jurídico sobre o acesso à informação arquivada pelas autoridades, por parte dos particulares, reforça, ainda mais, esta posição.

Assim, considera-se que, no caso de uma alegação de um tratamento ou norma diferenciadores que tenham por base um dos fundamentos expressos no artigo 16.º-2 da CRDTL, deve ser invertido o ónus da prova que deverá recair sobre os poderes públicos, para que estes provem que essa diferenciação é, no caso concreto, séria e razoável e que deve, para tal, ser considerada uma discriminação permitida, conforme à Constituição.

No processo de densificação do conteúdo normativo do artigo 16.º, n.º 2, da Constituição, ao qual nos dedicamos de seguida, o direito internacional dos direitos humanos representará um instrumento de apoio significativo, devido à receção do direito internacional no ordenamento jurídico timorense<sup>(58)</sup>.

As categorias suspeitas ou fatores expressamente previstos na Constituição timorense são:

*i) A cor e a raça*

A cor e a raça figuram, tradicionalmente, como condições impeditivas de discriminação. Quer isto dizer que ninguém pode ser prejudicado, pelo facto de ter uma cor diferente ou de “pertencer a uma raça diferente”. Escrevemos a expressão anterior, entre aspas, porque é crescente o número de autores que questionam, mesmo do ponto de vista biológico, a existência de várias raças, considerando, pelo contrário, que todos os seres humanos pertencem a uma só raça, a raça humana<sup>(59)</sup>. A legislação contra o racismo e todas as formas de

---

<sup>(58)</sup> Vide Capítulo I, 4. Relação entre o Direito Interno e o Direito Internacional.

<sup>(59)</sup> Para mais desenvolvimentos, ver, Naomi Zack, ‘Race and Racial Discrimination’, in *The Oxford Handbook of Practical Ethics* (Oxford University Press, 2003).e ainda Anthony Appiah, ‘The Uncompleted Argument: Du Bois and the Illusion of Race’, *Critical Inquiry*, *Critical Inquiry*, 12 (1985): 21-37. Ver, ainda, *Statement on the Nature of Race and Race Differences*, UNESCO, Paris, June 1951.

discriminação na Bolívia resume, de forma extremamente lúcida, esta questão ao determinar que “a ‘raça’ é uma noção construída socialmente, desenvolvida ao longo da História como um conjunto de preconceitos que distorcem ideias sobre as diferenças humanas e comportamentos de grupo. [Esta noção é] utilizada para atribuir a alguns grupos uma posição inferior e a outros grupos uma posição superior que lhes deu acesso ao privilégio, ao poder e à riqueza. Toda a doutrina de superioridade baseada na diferenciação racial é cientificamente falsa, moralmente condenável, socialmente injusta e perigosa, e nada na teoria ou na prática permite justificar a discriminação racial.”<sup>(60)</sup>

Apesar de concordarmos com a ideia de que os seres humanos pertencem a uma só raça, a humana, para uma melhor compreensão do artigo 16.º da CRDTL, entendemos ser importante adotarmos uma referência conceptual, em virtude do uso, ainda amplo, deste termo em muitos lugares no mundo e da sua expressa referência na Constituição e tratados internacionais. Não é possível encontrar uma definição uniforme de raça. Com uma função puramente pedagógica, poderia definir-se raça como “um grupo humano entendido, por si mesmo ou por outros, como sendo distinto em virtude de características físicas comuns percebidas como inerentes a esse grupo. A raça é um grupo de seres humanos socialmente definido em função de características físicas”<sup>(61)</sup>.

Este fundamento encontra-se previsto, além da CRDTL, na DUDH, no PIDCP e no PIDESC.

#### *ii) O estado civil*

A inclusão desta categoria significa que não deveria ser um motivo de diferenciação o estado civil de uma pessoa, isto é, se a pessoa é solteira, casada, divorciada, separada ou viúva. Por exemplo, se um casal se divorcia, tanto a mulher como o homem devem continuar a ser tratados como todos os outros seres humanos e não se pode discriminar as pessoas, só porque são divorciadas ou porque nunca chegaram a casar. O mesmo vale para as mães que, sendo mães, não se casaram, ou seja, que são mães solteiras, e que não deverão ser

---

<sup>(60)</sup> Artigo 5.º/d Ley n.º 045/2010, *Ley Contra el Racismo y Toda Forma de Discriminación* (tradução livre das autoras).

<sup>(61)</sup> Stephen Cornell, Douglas Hartmann, *Ethnicity and Race : Making Identities in a Changing World*, SAGE Publications, 2006, 25. (tradução livre das autoras).

sujeitas a um tratamento diferenciado pelo simples facto de não serem casadas. No ordenamento jurídico nacional, a regulamentação dos diferentes estados civis encontra-se prevista no Código Civil timorense.

A jurisprudência já se pronunciou, no Acórdão 2 de Março de 2009 do Tribunal de Recurso, quanto à discriminação com base no estado civil, invocando, justamente, esta categoria contida no número 2 do artigo 16.º para justificar a posição do Tribunal de que a protecção de alguns valores e bens jurídicos decorrentes das uniões de facto deve ser, com algumas adaptações, equiparada à situação dos cônjuges, sob pena de se incorrer numa violação deste preceito constitucional <sup>(62)</sup>.

Sublinhe-se, ainda, que a CRDTL é expressa ao afirmar, no seu artigo 39.º-3, que “o casamento assenta no livre consentimento das partes e na plena igualdade de direitos entre os cônjuges”, portanto, nessa relação, marido e mulher têm plena igualdade de direitos.

### *iii) O sexo*

Este fundamento tem por base o sexo como uma característica física-biológica, que define uma pessoa como homem, mulher ou com sexo indeterminado. O sexo é um aspeto diferente do género. O género tem por base uma conceção social construída com base nos papéis dos diferentes sexos na sociedade. Nas palavras de Anthony Gibbens, “[p]odemos distinguir o «sexo», no sentido de diferenças biológicas ou anatómicas entre homens e mulheres, de actividade sexual. Precisamos, igualmente, de estabelecer uma distinção importante entre sexo e género. Enquanto sexo se refere às diferenças físicas do corpo, género diz respeito às diferenças sociais, culturais e psicológicas entre homens e mulheres” <sup>(63)</sup>. Assim, o género relaciona-se diretamente com o estereótipo

---

<sup>(62)</sup> “A nosso ver este artigo [art. 367.º do CP] aplica-se com as necessárias adaptações ao cônjuge ou companheiro em união de facto, pois qualquer entendimento em sentido contrário colidiria com o disposto artigo 16, n.º 2 da Constituição da República (...) Este artigo (...) tem como um dos fitos atribuir alguma protecção jurídica à situação de duas pessoas que se encontram ligadas por uma relação estável e duradoura semelhante à dos cônjuges, não tendo havido entre elas casamento.” (Tribunal de Recurso, Acórdão 2 de Março de 2009, Proc. n.º 92/CO/08/TR (2009)).

<sup>(63)</sup> Anthony Giddens, *Sociologia*, 2.ª edição (Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997), 202.

assinalado às pessoas pertencentes aos diferentes sexos <sup>(64)</sup>. Apesar de serem termos distintos, a interpretação dos Comitês da CEDAW e do PIDESC vai ao encontro de uma incorporação da discriminação assente no género como uma parte intrínseca da discriminação com base no sexo <sup>(65)</sup>.

*iv) A origem étnica*

A etnia refere-se a um conjunto de indivíduos que podem pertencer a Estados diferentes, mas que estão unidos por um modo de vida próprio, nomeadamente, pelo sistema de governação, pela cultura ou por uma língua comum, reconhecendo-se e sendo percebidos como um grupo socialmente diferente <sup>(66)</sup>. A existência de diferentes origens étnicas remete-nos para uma verdadeira diversidade cultural no mundo. Em Timor-Leste, a questão da origem étnica entre os timorenses é relacionada com a cultura e a prática tradicional, mas, normalmente, ainda se encontra também interligada com o grupo lin-

---

<sup>(64)</sup> “O conceito de género define-se em função da sua dimensão social e de diferença biológica. É uma construção ideológica e cultural que encontra a sua expressão em práticas concretas cujos resultados igualmente as influencia. Afecta a distribuição dos recursos, da riqueza, do trabalho, a adopção de decisões e o poder político, o gozo dos direitos no seio da família e na vida pública. Em todo o mundo as relações de género caracterizam-se por uma divisão assimétrica do poder entre os homens e as mulheres, embora existam variações nas diferentes culturas e épocas. Assim, género é um factor de estratificação social, tal como a raça, a classe social, o grupo étnico, a sexualidade e a idade. Ajuda-nos a compreender a construção social das identidades de género e a estrutura desigual de poder subjacente às relações entre os sexos.” (1999 World Survey on the Role of Women in Development). (Tradução recolhida em Comité para a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres, ‘Recomendação Geral N.º 25: Artigo 4.º, N.º 1 (Medidas Temporárias Especiais)’ (Publicado na Compilação de Instrumentos Internacional de Direitos Humanos pela Provedoria dos Direitos Humanos e Justiça, Vigésima sessão 2004), 302.)

<sup>(65)</sup> Cfr. Comité para a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres, ‘Recomendação Geral N.º 19: Violência Contra as Mulheres’ (Publicado na Compilação de Instrumentos Internacional de Direitos Humanos pela Provedoria dos Direitos Humanos e Justiça, Décima primeira sessão 1992); Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *General Comment No. 20: Non-Discrimination in Economic, Social and Cultural Rights (art. 2, Para. 2)* (United Nations, 2 July 2009), para. 20.

<sup>(66)</sup> Harry Goulbourne, ed., *Race and Ethnicity, Debates and controversies*, Vol. I, (Routledge: 2002); p. 76-99.

guístico. Assim, são geralmente referidos os grupos etno-linguísticos de *Tetum*, *Mambae*, *Tukudede*, *Galoli*, *Bunak*, *Kemak*, *Fataluku* e *Baikeno* <sup>(67)</sup>.

Ressalta-se que a DUDH, o PIDCP e o PIDESC não determinam expressamente uma categoria de discriminação relacionada com a origem étnica, considerando esta questão no âmbito das categorias “cor e raça” <sup>(68)</sup>. Frequentemente, a origem étnica encontra-se próxima de outros conceitos, como o de cidadania e o de minorias. As minorias étnicas são, em muitos casos, vítimas de atos discriminatórios, razão pela qual o direito internacional dos direitos humanos tem vindo a criar mecanismos de maior proteção com o objetivo de assegurar o gozo dos direitos humanos por indivíduos pertencentes a minorias étnicas <sup>(69)</sup>.

v) *A língua*

Esta “categoria suspeita” encontra-se consagrada na Constituição, assim como na DUDH, no PIDCP e no PIDESC. Entende-se por *língua* o modo preferencial de comunicação, escrita e oral, facto que tem uma conexão intrín-

---

<sup>(67)</sup> Para alguma informação sobre os diferentes grupos étnicos em Timor-Leste, ver, Paulo Castro Seixas, ‘Firaku E Kaladi: Etnicidades Prevalentes Nas Imaginações Unitárias Em Timor-Leste’, *Trabalhos de Antropologia E Etnologia* 45, no. 1-2 (2005); Bengie Bexley, ‘Seeing, Hearing and Feeling Belonging: The Case of East Timorese Youth’, *The Asia Pacific Journal of Anthropology* 8, no. 4 (2007): 287-295; Maria Barreto e Simone Michelle Silvestre, ‘Bé-Malai: Mito e Rito Presentes na Narrativa do Grupo Etnolinguístico Kemak, Distrito Bobonaro, em Timor-Leste’, *Afro-Ásia* 43 (2011): 129-153; Lúcio Sousa, ‘An tia: partilha ritual e organização social entre os Bunak de Lamak Hitu, Bobonaro, Timor-Leste’ (Tese de Doutoramento em Antropologia na especialidade Antropologia Social apresentada à Universidade Aberta, Universidade Aberta, 2010), <http://repositorioaberto.uab.pt/handle/10400.2/1703>; Jorge Barros Duarte, *Timor: Ritos e Mitos Ataúros*, 1.ª edição (Lisboa: Ministério da Educação, Instituto de Cultura e Língua Portuguesa, 1984).

<sup>(68)</sup> Ver Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *General Comment No. 20: Non-Discrimination in Economic, Social and Cultural Rights (art. 2, Para. 2)*, para. 19.

<sup>(69)</sup> Declaração da Organização das Nações Unidas Sobre os Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas. 1992; Art. 27.º do Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos; Convenção sobre os Povos Indígenas e Tribais da OIT, de 1989; Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas.

seca com a etnia e a cultura de um indivíduo, representando um instrumento de integração do indivíduo na sociedade e, até mesmo, um instrumento definidor da própria comunidade<sup>(70)</sup>.

A língua é reconhecida não somente como um direito em si mesmo, principalmente, para os grupos oriundos de minorias linguísticas, mas como um instrumento para aceder aos outros direitos fundamentais. O que está em causa é a capacidade de comunicação do indivíduo com os outros e com a comunidade em que se insere. Aquilo que se pretende garantir é que as pessoas não se vejam impedidas de aceder a determinados recursos ou serviços, pelo facto de não conhecerem a língua utilizada por estes. Outra leitura que se pode fazer é a da importância da língua no aspeto cultural, já que a questão da língua poderá ainda associar-se à necessidade de preservação do contexto cultural, por exemplo, de um dado grupo<sup>(71)</sup>.

Timor-Leste é um país baseado numa nação plurilinguística. A própria Constituição determinou serem duas as línguas oficiais (artigo 13.º) e reconheceu o valor das línguas nacionais. Regista-se que há cerca de 15 línguas nacionais utilizadas em Timor-Leste e que já foram alvo de um número de estudos<sup>(72)</sup>. Em Timor-Leste, a questão da língua é, em alguns domínios, controversa, nomeadamente, no que respeita ao seu uso e ao seu ensino nas escolas públicas<sup>(73)</sup>, sendo este um assunto que ultrapassa o âmbito deste Livro.

---

<sup>(70)</sup> Vide Robert Lawrence Trask, *Key Concepts in Language and Linguistics* (Psychology Press, 1999).

<sup>(71)</sup> Embora este seja um assunto atual, a verdade é que já não é novo. Para mais informação, ver, Myres S. McDougal, Lung-chu Chen, and Harold D. Lasswell, 'Freedom from Discrimination in Choice of Language and International Human Rights', Faculty Scholarship Series, 1976.

<sup>(72)</sup> Entre muitos, destacam-se Kerry Taylor-Leech, 'Language and Identity in East Timor, The discourses of Nation Building', *Language Problems & Language Planning*, 2008, 153-180, doi:10.1075/lplp.32.1.04tay; Kerry Jane Taylor-Leech, 'The Ecology of Language Planning in Timor-Leste: A Study of Language Policy, Planning and Practices in Identity Construction' (PhD Thesis, Griffith University, 2007); João Paulo Tavares Esperança, *Estudos de Linguística Timorense* (Aveiro: Sul — Associação de Cooperação para o Desenvolvimento, 2001).

<sup>(73)</sup> Cfr. Alan Silvio Ribeiro Carneiro, 'Políticas Linguísticas Em Timor-Leste: Tensões No Campo Da Formação Docente', *Cadernos Do CNLF XIV*, no. 4 (n.d.), [http://www.filologia.org.br/xiv\\_cnlf/tomo\\_4/3167-3179.pdf](http://www.filologia.org.br/xiv_cnlf/tomo_4/3167-3179.pdf); Francisca Maria Soares dos Reis, 'A Co-oficialidade da Língua Tétum e da Língua Portuguesa: um Desafio

Analisando as questões associadas à língua, de uma perspectiva da discriminação, há que ter em consideração o possível impacto negativo que o ensino numa determinada língua pode representar para a aprendizagem das crianças, numa comunidade plurilinguística. A questão do acesso à informação por todos, em condições de igualdade, é outro aspeto relevante a ter em conta. É importante reconhecer que se apresenta como um verdadeiro desafio para qualquer país que integra uma assinalável diversidade linguística, desenvolver e executar políticas que deem respostas adequadas a estes desafios<sup>(74)</sup>.

*vi) A Posição social ou situação económica*

A diferenciação de tratamento em função da posição social ou situação económica representa uma das “categorias suspeitas” previstas no artigo 16.º-2 da CRDTL. A determinação da posição social ou económica baseia-se na classificação da sociedade em grupos sociais “hierarquizados num universo de recursos, reais ou simbólicos que são socialmente valorizados por ambos os grupos: poder, conhecimentos, estatuto”<sup>(75)</sup> e, acrescentaríamos ainda, as riquezas materiais. A posição social pode estar relacionada ou não com a situação económica (ou “fortuna” na linguagem da DUDH, do PIDCP e do PIDESC), e vai para além da perspectiva de “origem social” prevista nos principais instrumentos internacionais de direitos humanos<sup>(76)</sup>. Títulos de nobreza, estatuto profissional, assim como sistemas sociais, como o sistema de castas na Índia, são exemplos de posições sociais.

No fundo, trata-se de evitar que as elites sociais e/ou os mais afortunados recebam um tratamento mais favorável do que as pessoas oriundas de estratos sociais considerados inferiores. Do mesmo modo, entende-se que ricos e pobres

---

para a Formação de Professores no Timor-Leste’ (text, Universidade de São Paulo, 2011).

<sup>(74)</sup> Para uma análise das questões em torno de planos nacionais e políticas públicas em países multi-linguísticos ver Ettien Koffi, *Paradigm Shift in Language Planning and Policy: Game-Theoretic Solutions* (Walter de Gruyter, 2012).

<sup>(75)</sup> Ileana Pardal Monteiro e Manuela Neto, ‘Discriminação Social e Emprego: Um Estudo Empírico’, *Instituto Politécnico de Coimbra/ Escola Superior de Educação*, 2003, 7.

<sup>(76)</sup> A conceção de “origem social” refere-se ao estatuto social herdado de uma pessoa (Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *General Comment No. 20: Non-Discrimination in Economic, Social and Cultural Rights* (art. 2, Para. 2), 24.)

devem receber o mesmo tratamento e ter acesso às mesmas oportunidades, pelo que a lei é muito clara ao proibir que ricos e pobres sejam alvo de um tratamento diferenciado sem uma justificação razoável. Ou seja, o direito assume como injusto que uns, por serem ricos ou com um papel aparentemente mais proeminente na sociedade, sejam tratados de uma forma mais favorecida que outros que são pobres ou sem algum estatuto específico na hierarquia social e, assim, o direito insurge-se contra essa situação, proibindo-a. Tratar de forma privilegiada os indivíduos que assumam uma posição social mais proeminente na estratificação da sociedade, sem uma justificação objetiva e razoável, representaria uma violação da proibição da discriminação.

A discriminação com base na situação social e/ou económica acaba por resultar, por vezes, numa situação de exclusão social. Neste âmbito, exclusão social significa o acesso limitado, por parte de algumas pessoas, a uma gama de recursos, materiais e não só, que tem como consequência uma capacidade diminuída dessas pessoas para participar plenamente na comunidade<sup>(77)</sup>.

Na verdade, e como exemplificado na norma contida no artigo 26.º-2 da Constituição timorense<sup>(78)</sup>, o Estado está sujeito ao dever de atuar no sentido de diminuir e eventualmente eliminar a desigualdade social e económica. Assim, poderia dizer-se que a diferenciação positiva é, numa sociedade como a timorense, um dever do Estado para garantir a igualdade material entre todos. Note-se, porém, que, para determinar os estímulos sociais necessários para uma igualdade *de facto*, é necessária uma certa categorização social que permitirá, assim, “ordenar e reduzir a complexidade dos estímulos sociais e discriminar os que pertencem a um dado grupo e os que pertencem a um grupo diferente”<sup>(79)</sup>.

Em Timor-Leste, com base na sua História, pode ser facilmente identificado um número de situações sociais presentes na estrutura atual da sociedade timorense, nomeadamente, os *liurai*, os *lia na'in*, os combatentes da libertação nacional, os titulares e ex-titulares dos órgãos de soberania e dirigentes políticos e, ainda, os representantes da Igreja Católica.

---

<sup>(77)</sup> Para uma abordagem teórica breve sobre pobreza e exclusão social, ver, Eduardo Vítor Rodrigues et al., ‘A Pobreza e a Exclusão Social : Teorias, Conceitos e Políticas Sociais em Portugal’. *Sociologia, Revista da Faculdade de Letras*, série I, n.º 9, Porto, FLUP, p. 63-101.

<sup>(78)</sup> O artigo 26.º-2 prevê que “[a] justiça não pode ser denegada por insuficiência de meios económicos.”

<sup>(79)</sup> Monteiro e Neto, ‘Discriminação Social e Emprego: Um Estudo Empírico’, 7.

*vii) As convicções políticas ou ideológicas*

A proibição da discriminação com base nas convicções políticas ou ideológicas prende-se com outros princípios e direitos, designadamente, o direito à liberdade de expressão e o direito de participação pública, que incorporam o princípio da liberdade de pensamento e de opinião<sup>(80)</sup>. Entende-se, assim, que a filiação partidária não poderá resultar na imposição de um tratamento mais desfavorável. Compreende-se que o termo “opinião política ou outra” previsto na DUDH, no PIDCP e no PIDESC tem a mesma conotação que a expressão escolhida pelo poder constituinte timorense (“convicções políticas ou ideológicas”).

A lei fundamental timorense mostra-se particularmente sensível a esta questão quando, por exemplo, no seu artigo 38.º-3, prescreve que “é expressamente proibido, sem o consentimento do interessado, o tratamento informatizado de dados pessoais relativos à vida privada, às *convicções políticas e filosóficas*, à fé religiosa, à *filiação partidária ou sindical* e à origem étnica” (italico nosso). Assinale-se que o voto secreto durante o processo eleitoral é um mecanismo capaz de diminuir o risco de discriminação com base na convicção política.

A prestação de ajuda humanitária e assistência social somente a membros de um partido político ou, ainda, o despedimento de um trabalhador em virtude das suas opções políticas são exemplos claros de discriminação com base na convicção política das pessoas. Já não estaremos perante um caso de discriminação se um partido, nos seus estatutos, proíbe que militantes seus sejam também militantes de outros partidos políticos, uma vez que essa proibição resulta do quadro de racionalidade desse mesmo partido.

*viii) A religião*

A religião constitui um aspeto importante para o desenvolvimento pessoal das pessoas e também para o seu sentimento de coletividade<sup>(81)</sup>. No entanto,

---

<sup>(80)</sup> Para mais desenvolvimentos sobre a liberdade de expressão, ver Jónatas Machado, *Liberdade de Expressão: Dimensões Constitucionais Da Esfera Pública No Sistema Social* ([Coimbra]: Coimbra Editora, 2002).

<sup>(81)</sup> Para mais desenvolvimentos, ver, Machado, *Liberdade Religiosa Numa Comunidade Constitucional Inclusiva*.

esta é uma categoria que, por vezes, pode representar um tema fraturante, numa sociedade. Dado que, neste campo, se lida com a fé, crenças e sentimentos muito profundos das pessoas, é importante que se trate esta questão da religião com muita sensibilidade. A previsão deste fundamento como “categoria suspeita”, para efeitos do n.º 2 do artigo 16.º, é de significativa importância, principalmente nos casos em que há uma religião professada por uma maioria da população, como é o caso de Timor-Leste.

A CRDTL é clara quando, no seu artigo 45.º-1, consagra que “a toda a pessoa é assegurada a liberdade de consciência, de religião e de culto”, reforçando no seu número 2 a ideia da proibição da discriminação em razão de motivos relacionados com a religião (“ninguém pode ser perseguido nem discriminado por causa das suas convicções religiosas”). Daqui decorre, portanto, que pessoas com diferentes convicções religiosas ou grupos religiosos minoritários não podem ser alvo de discriminação com base na religião<sup>(82)</sup>. A proibição da discriminação com base na religião encontra-se, também, expressamente prevista na DUDH, no PIDCP e no PIDESC.

Neste ponto, importa referir que esta proteção do direito à religião e à proibição da discriminação com base nessa categoria implica também o seu contrário, isto é, o direito de escolher não professar ou aderir a qualquer religião. Na realidade atual de Timor-Leste, esta questão assume particular relevância, por exemplo, em duas matérias específicas: a falta de regulamentação do casamento civil e o ensino religioso nas escolas públicas.

O Tribunal de Recurso, já em 2010, afirmou ser importante o reconhecimento do casamento civil, precisamente, para salvaguardar o respeito pelo princípio da proibição da discriminação sobre aquelas pessoas que não professam qualquer culto religioso e que, por isso, não querem casar-se segundo ritos religiosos específicos<sup>(83)</sup>. Apesar de o Código Civil reconhecer o casamento

---

<sup>(82)</sup> Note-se que esta preocupação não é recente, ver Myres S. McDougal, Lung-chu Chen, and Harold D. Lasswell, ‘The Right to Religious Freedom and World Public Order: The Emerging Norm of Nondiscrimination’, Faculty Scholarship Series, 1976, [http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/2646](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2646).

<sup>(83)</sup> “... todas estas considerações não afastam a conclusão da possibilidade do casamento civil em Timor Leste, ainda que se defenda que o mesmo não é admissível na Indonésia, uma vez que as pessoas que não perfilham qualquer confissão religiosa têm pleno direito a celebrar casamento, por força do disposto no art. 16.º da Constituição da RDTL.” Tribunal de Recurso, Acórdão de 28 de Abril de 2010, Proc. n.º 68/CIV/03/TR, 15 (Tribunal de Recurso 2010).

civil, a falta da regulamentação deste, através de um Código de Registo Civil, resulta, na prática, na impossibilidade de contrair um casamento que não seja religioso ou tradicional<sup>(84)</sup>.

Em relação ao ensino religioso, vale a pena assinalar que, de acordo com o direito internacional dos direitos humanos incorporado no ordenamento jurídico timorense, deve ser respeitada a liberdade de escolha dos pais de “assegurar a educação religiosa e moral de seus filhos (ou pupilos) em conformidade com as suas próprias convicções”<sup>(85)</sup>. Assim, no ensino público, caso os pais de uma criança que segue a religião Católica tenham a oportunidade de a criança ter o ensino religioso de acordo com as suas convicções religiosas, a não existência de uma igual oportunidade para os pais de outras religiões, poderia resultar numa violação da proibição da discriminação. Por outro lado, acrescente-se, ainda, que, no que respeita ao ensino público, a frequência obrigatória em aulas de ensino religioso, sobretudo, se focam exclusivamente numa religião representa, à luz do PIDESC, uma inconformidade com o princípio da igualdade, caso não sejam tomadas medidas alternativas para as crianças que não professem a religião lecionada nessas aulas ou, ainda que professem, os seus pais optem por a criança não ter ensino religioso na escola pública.<sup>(86)</sup> O Currículo Nacional de Base dos 1.º e 2.º Ciclos do Ensino Básico determina que a educação religiosa “foca no ensino sobre as religiões e a diversidade religiosa do ser humano, desta forma contribuindo para a formação ética e moral

---

<sup>(84)</sup> Em meados de 2014 o esboço inicial do Código de Registo Civil encontrava-se sujeito a consultas públicas. Este continha uma série de normas determinando a autoridade competente para proceder ao casamento civil, o procedimento para o seu registo, entre outros aspetos relevantes.

<sup>(85)</sup> Artigo 13.º-3 do Pacto Internacional de Direitos Económicos, Sociais e Culturais (Ratificado pela Resolução do Parlamento Nacional n.º 8/2003, de 17 de Setembro).

<sup>(86)</sup> O Comité de Direitos Económicos, Sociais e Culturais já observou que “o ensino público que inclui instrução numa determinada religião ou convicção é inconsistente com o artigo 13.º, n.º 3 a não ser que se estipulem isenções não discriminatórias ou alternativas que se adaptem aos desejos dos pais e tutores”. (Comité dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais, *Comentário Geral N.º 13: Artigo 13.º (O Direito À Educação)* (Publicado em Compilação de Instrumentos Internacional de Direitos Humanos, Provedoria dos Direitos Humanos e Justiça, de Abril de 1994), para. 28.

do aluno e o desenvolvimento do seu espírito de tolerância”<sup>(87)</sup>, demonstrando, assim, o respeito pela diversidade religiosa.

*ix) A instrução*

A instrução, no sentido do nível educacional das pessoas, surge como um elemento preponderante e potencialmente discriminador, pois quem a não tem poderá encontrar-se numa posição mais fragilizada para aceder, por exemplo, ao conhecimento e à informação. Segundo Gomes Canotilho e Vital Moreira, a inserção desta “categoria suspeita” pretende “proibir diferenciações ligadas à formação, educação e ensino (letrados/não letrados, analfabetos)”<sup>(88)</sup>. Apesar de encontrarmos em alguns dos principais instrumentos internacionais de direitos humanos o dever geral do Estado de garantir oportunidades de educação, a instrução não aparece expressamente como fator proibido de discriminação.

Ao assinalar-se esta categoria como um fundamento da proibição de discriminação pretende-se, portanto, que ninguém possa ser prejudicado pelo simples facto de, por exemplo, não saber ler. Assume aqui relevância o artigo 59.º-2 da Constituição, segundo o qual “todos têm direito a igualdade de oportunidades de ensino e formação profissional”. Caso todos tenham, efetivamente, o pleno gozo do direito à educação, a diferença do nível de instrução entre os indivíduos será diminuída, limitando assim o potencial para a discriminação com base na instrução. Numa sociedade em que há uma variação acentuada do nível de educação dos indivíduos, incumbe ao Estado garantir que a instrução não representará um obstáculo para aceder, por exemplo, aos serviços públicos. Deve o Estado ainda garantir que a distribuição de informação à comunidade será realizada utilizando mecanismos que possam assegurar o acesso de todos à informação, em condições de igualdade, independentemente do seu nível de instrução.

Vale a pena ressaltar aqui, novamente, que, como nem toda a diferenciação representa uma discriminação proibida, é totalmente válido que, para ocupar um determinado cargo na função pública ou ter uma vaga na Univer-

---

<sup>(87)</sup> Artigo 13.º-2/d do Decreto-Lei n.º 4/2015, de 14 de Janeiro.

<sup>(88)</sup> Gomes Canotilho e Moreira, *Constituição Da República Portuguesa Anotada*, 2007, I (Artigo 1.º a 107.º):342. Note-se que o fator da instrução também se encontra expressamente previsto na Constituição portuguesa, no seu artigo 13.º-2.

sidade, seja exigido um nível mínimo de instrução. Nestes casos, a diferença com base na instrução visa prosseguir um fim legítimo e tem na sua base um fundamento razoável: garantir a qualidade mínima necessária para desempenhar determinadas funções públicas ou para promover o sucesso escolar num curso universitário.

*x) A condição física ou mental*

Esta categoria surge por se entender que não se deve diferenciar as pessoas com base na sua condição física ou mental, quer esta seja permanente ou temporária. É no âmbito da condição física e mental que teremos de analisar a situação das pessoas portadoras de deficiência física ou mental <sup>(89)</sup>.

Vale a pena assinalar que “deficiência” e “capacidade” (ou incapacidade) são conceitos distintos, podendo o nível de capacidade de um indivíduo ser resultado de uma deficiência <sup>(90)</sup>. Esta distinção entre pessoas portadoras de deficiência e o nível de capacidade que possuem é de grande importância na determinação da objetividade e razoabilidade de um tratamento diferente e,

---

<sup>(89)</sup> De acordo com a Política Nacional para a Inclusão e Promoção dos Direitos das Pessoas com Deficiência, aprovada por Resolução do Governo n.º 14/2012, de 9 de Maio, pessoas portadoras de deficiência são aquelas “[p]essoas que apresentem dificuldades específicas devido à perda e/ou anomalia congénita ou adquirida de funções, entre as quais as psicológicas, e/ou estruturas do corpo que, em conjunto com o meio, lhes limitem o desempenho de actividades e a participação em condições de igualdade com os demais indivíduos”. Vale a pena notar que deficiência e capacidade (ou incapacidade) são dois conceitos distintos, podendo o nível de capacidade ser resultado da existência de uma deficiência. Esta diferença entre deficiência e nível de capacidade encontra-se plasmada na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, a qual prevê no seu artigo 1.º que “[a]s pessoas com deficiência incluem aqueles que têm incapacidades duradouras físicas, mentais, intelectuais ou sensoriais, que em interação com várias barreiras podem impedir a sua plena e efetiva participação na sociedade em condições de igualdade com os outros.”

<sup>(90)</sup> Entende-se por incapacidade a “[i]mpossibilidade (temporária ou permanente) física e/ou mental, causada por doença, acidente ou deficiência que impede ou dificulta a pessoa de actuar normalmente a nível pessoal, funcional ou profissional, de acordo com as suas necessidades específicas” (para. 2 da Política Nacional para a Inclusão e Promoção dos Direitos das Pessoas com Deficiência, Resolução do Governo n.º 14/2012, de 9 de Maio).

assim, relevante para sabermos se um tratamento com base na condição física ou mental representa ou não uma discriminação proibida.

Da proibição da discriminação com base na condição física ou mental e da proteção especial conferida às pessoas portadoras de deficiência prevista no artigo 21.º da Constituição, resulta para o Estado timorense o dever de tomar medidas extraordinárias de favorecimento às pessoas com deficiência, para que estas possam encontrar-se numa situação de igualdade substantiva com os outros.

Ressalta-se aqui que, no âmbito das constituições dos países da CPLP, a inclusão expressa deste fundamento encontra-se prevista somente na Constituição moçambicana<sup>(91)</sup>. Parece-nos plausível que a incorporação deste fundamento no texto da Lei Fundamental terá surgido como uma forma de responder à realidade em que o povo timorense se encontrou após um conflito que durou quase vinte e cinco anos e que deixou, conseqüentemente, um número significativo de pessoas com problemas relacionados com a sua condição física ou mental e que, como tal, necessitava de ser explicitamente reconhecido e expressamente protegido numa Constituição para um Timor-Leste democrático baseado no reconhecimento dos direitos fundamentais<sup>(92)</sup>.

Encontramos no direito internacional dos direitos humanos algumas categorias ou fatores que não estão expressos na Constituição de Timor-Leste: a origem nacional, o nascimento e a propriedade. A última destas categorias suspeitas encontra-se prevista somente no PIDCP, enquanto as outras são comuns à DUDH, ao PIDCP e ao PIDESC. Apesar desta diferença, entende-se que a Constituição prevê no seu todo o sentido e o alcance da maior parte destas categorias, de que é exemplo, a afirmação de que as crianças nascidas dentro ou fora do casamento são titulares dos mesmos direitos<sup>(93)</sup>. Assinala-se, no entanto, a ausência na lei fundamental timorense de uma categoria especi-

---

<sup>(91)</sup> Ver artigo 39.º da Constituição moçambicana. A Constituição brasileira inclui uma referência expressa às pessoas portadoras de deficiência no âmbito de um sistema de proteção especial para estas, como por exemplo, o artigo 7.º-XXXI e artigo 37.º-VIII.

<sup>(92)</sup> Cfr. Introdução da Política Nacional para a Inclusão e Promoção dos Direitos das Pessoas com Deficiência, aprovada pela Resolução do Governo n.º 14/2012, de 9 de Maio.

<sup>(93)</sup> Artigo 18.º-3 da Constituição estipula que “[t]odas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimónio, gozam dos mesmos direitos e da mesma proteção social”. Note-se que tal já colheu entendimento igual na jurisprudência timorense, por exem-

ficamente relacionada com a nacionalidade, categoria essa que, entretanto, foi expressamente incluída no regime jurídico laboral em 2012<sup>(94)</sup>. Acentue-se, porém, que a falta de referência expressa, na Constituição, à nacionalidade enquanto “categoria suspeita” de discriminação não significa que se possa diferenciar arbitrariamente um nacional timorense de nacionais de outros países. Como mais detalhado abaixo, nenhuma diferenciação é permitida desde que seja uma diferenciação arbitrária.

Por fim, a DUDH consagra ainda uma outra categoria suspeita que se traduz no “estatuto político, jurídico ou internacional do país ou do território da naturalidade da pessoa...”<sup>(95)</sup>, querendo com esta categoria dizer que se entende que todo o ser humano tem direito a proteção contra a discriminação proibida, mesmo que, por razões políticas ou jurídicas, o local onde nasceu não tenha personalidade jurídica internacional consensualmente aceite. O que se pretendeu com esta disposição foi que, mesmo perante uma situação de maior fragilidade de um indivíduo, em virtude de não estar, por nascimento ou cidadania, sob a proteção de um Estado que o possa defender, ainda assim, enquanto ser humano, ele não pode ser discriminado arbitrariamente. Durante o processo da resistência timorense esta garantia mostrava-se bastante pertinente.

#### *b) Os grupos vulneráveis*

O texto constitucional timorense prevê uma série de normas que concedem uma proteção especial a certos grupos considerados vulneráveis ou em situação de vulnerabilidade, tal é o caso dos artigos 18.º (proteção da criança), 19.º (juventude), 20.º (terceira idade) e 21.º (cidadão portador de deficiência).

Na verdade, ao entender-se que o princípio da igualdade e o princípio da proibição da discriminação devem ser garantidos, está a admitir-se que há pessoas ou grupos que estão particularmente expostos a serem vítimas de violações desses princípios. No fundo, os grupos ou as pessoas vulneráveis são o contraponto do princípio da igualdade e do princípio da proibição da discriminação. Dito por outras palavras, os grupos vulneráveis existem e são reconhecidos como tal porque se estima que há, por um lado, alguém em situação

---

plo, no Acórdão do Tribunal de Recurso de 28 de Abril de 2010 (Tribunal de Recurso, Acórdão de 28 de Abril de 2010, Proc. n.º 68/CIV/03/TR).

<sup>(94)</sup> Artigo 6.º-2 da Lei n.º 4/2012, de 21 de Fevereiro.

<sup>(95)</sup> Artigo 2.º.

de poder e com a capacidade de violar os seus direitos e, pelo outro lado, há alguém em situação de vulnerabilidade, suscetível de ver esses seus direitos violados. Consequentemente, quando tal acontece, os direitos fundamentais desses grupos não são efetivados e são violados o princípio da igualdade e o da proibição da discriminação. Os grupos vulneráveis encontram-se, de certo modo, numa posição de maior fragilidade, correndo, frequentemente, o risco de verem violado o seu direito a não serem discriminados.<sup>(96)</sup>

Um importante ponto a reter é que a composição dos grupos vulneráveis não é eterna, nem permanente, nem universal. Os grupos vulneráveis podem variar consoante o tempo e o espaço, querendo com isto dizer que se hoje um grupo é considerado vulnerável, amanhã, pode (e deve) acontecer que ele já não o seja, porque, entretanto, poderão ter deixado de se verificar as circunstâncias que lhe conferiam a qualificação de vulnerável. Da mesma forma, pode dar-se o caso de um grupo ser considerado vulnerável num país e não o ser noutra. Será, por exemplo, o caso das mulheres que, em alguns países ainda são consideradas como um grupo social, económica, cultural e politicamente muito frágil, mas que, noutros, já não o são, como será o caso, por exemplo, nos países da Escandinávia, em que as condições de igualdade de oportunidades entre mulheres e homens estão bastante desenvolvidas. Portanto, uma primeira ideia a reter é que a vulnerabilidade é mutável. De um modo geral, por exemplo, mulheres, crianças, pessoas com deficiência, idosos, migrantes e minorias étnicas são grupos que aparecem frequentemente classificados como grupos vulneráveis. Contudo, a qualificação de um grupo como vulnerável exige uma análise casuística e contextual. A CRDTL parece ter querido identificar, com um certo teor de segurança, os principais grupos vulneráveis, tendo em consideração a História de Timor-Leste, talvez em virtude de assumir que uma igualdade efetiva é algo que requer tempo para se conseguir. A identificação de certos grupos vulneráveis na CRDTL não preclui a consideração

---

<sup>(96)</sup> Para mais detalhe sobre os grupos vulneráveis, *vide* David Weissbrodt and Mary Rumsey, *Vulnerable and Marginalised Groups and Human Rights*, Human Rights Law Series (Edward Elgar Pub, 2011); Audrey R. Chapman and Benjamin Carbonetti, 'Human Rights Protections for Vulnerable and Disadvantaged Groups: The Contributions of the UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights', *Human Rights Quarterly*, 33, no. 3 (2011); Daniel Sarmiento, Daniela Ikawa, Flávia Piovesan (coord.), *Igualdade, Diferença E Direitos Humanos*, 2ª edição (Editora Lumen Juris, 2008).

futura de outros grupos como vulneráveis. Talvez tenha sido intenção do legislador constituinte salientar, através da menção expressa de certos grupos, que a identificação destes grupos vulneráveis faz parte do sistema constitucional fundado numa forte proteção dos direitos fundamentais.

Este raciocínio conduz-nos então à compreensão de que, a fim de nivelar, de igualar a sua posição, estes grupos vulneráveis devem ser alvo de medidas de diferenciação positiva, ou seja, de ações afirmativas. Estas medidas de diferenciação positiva entendem-se como temporárias e, assim sendo, idealmente, terminam quando a posição daqueles grupos vulneráveis já está igualada aos demais. Quando a posição daqueles grupos vulneráveis atinge uma condição efetiva de igualdade, eles deixam de ser considerados vulneráveis, pois são iguais aos demais.

Assim sendo, surgem algumas questões, designadamente, saber quem determina e como se determina a vulnerabilidade? Em última análise, a capacidade para identificar um grupo como vulnerável e elegê-lo como alvo de proteção pública especial ou até mesmo de medidas afirmativas, reside no Estado. Contudo, por vezes, acontece também que a sociedade civil se movimenta no sentido de chamar a atenção para a necessidade de o Estado dar mais atenção a determinadas categorias. Por sua vez, a comunidade internacional pode igualmente pressionar um determinado Estado a tomar em especial consideração uma situação discriminatória específica. Respondendo à questão de saber como se determina a vulnerabilidade de um grupo, aqui também a resposta é complexa, pois, em última análise, há que verificar se existe ou não uma igualdade substantiva, material entre determinado grupo e as restantes pessoas. Nesta matéria, poderemos também socorrer-nos da técnica dos testes, sobre a qual discorreremos *infra*.

## 2.2 Concretização nas Leis

Para além dos preceitos constitucionais, que representam a fundação de todo o sistema jurídico timorense, existem outros diplomas legais que também preveem disposições normativas intimamente ligadas ao princípio da igualdade e ao princípio da proibição da discriminação.

Esta secção abordará esta questão, utilizando como enquadramento as três dimensões do princípio da igualdade: a formal, a defensiva e a corretiva. Vale a pena recapitular brevemente que a dimensão formal assenta na mera igualdade perante a lei, enquanto a dimensão defensiva se aproxima do princípio da proibição da discriminação e da identificação de categorias suspeitas e, final-

mente, a corretiva encontra-se relacionada com a igualdade no conteúdo da lei, um conteúdo que seja inspirado pelos valores da justiça. Nesta última dimensão ou nesta última fase, procura-se criar um programa de ação capaz, por exemplo, de garantir uma igualdade *de facto* àqueles que se encontram em maiores desvantagens na sociedade timorense<sup>(97)</sup>.

Não há, em Timor-Leste, uma legislação infraconstitucional que aborde de maneira geral a garantia da igualdade e da proibição de discriminação. Na realidade, não é de todo frequente a existência de uma legislação que abranja a proibição de todos os tipos de discriminação e a promoção da igualdade nos países da CPLP. Pelo contrário, nos países de sistema legal de *common law* não é estranho encontrar uma legislação com um foco específico na igualdade e na proibição da discriminação em todas suas formas, como é o caso do Reino Unido e da Austrália<sup>(98)</sup>. Em alguns países, Brasil e Portugal incluídos, encontram-se diplomas legislativos centrados na aplicação do princípio da igualdade e da proibição de discriminação em certas áreas específicas, como por exemplo, a proibição do racismo e a proibição da discriminação contra as pessoas portadoras do vírus HIV e doentes de AIDS<sup>(99)</sup>.

Em países civilistas com uma Constituição positivada, como Timor-Leste, é frequente que a própria Constituição inclua o dever geral do Estado de assegurar a igualdade e proibir a discriminação. Assim, não parece ser essencial a determinação de um regime jurídico geral, contido numa lei infraconstitucional, especificamente dedicado ao princípio da igualdade e ao princípio da proibição de discriminação, sendo preferível a incorporação destes princípios em diplomas legislativos que versem sobre diferentes áreas ou o possível desenvolvimento de legislação que aborde questões específicas relativas à discriminação<sup>(100)</sup>.

---

<sup>(97)</sup> Vide Capítulo V, 1. Princípio da Igualdade e Princípio da Proibição de Discriminação.

<sup>(98)</sup> No Reino Unido existe a *Equality Act 2010*, e na Austrália encontramos diplomas legislativos estaduais, como o *Anti-Discrimination Act 2007* de Queensland.

<sup>(99)</sup> Por exemplo, ver as leis brasileiras Lei n.º 12.984 (Lei contra a Discriminação de Portadores do Vírus HIV e Doentes de AIDS) e Lei n.º 14187/10 (Lei contra a Discriminação Racial), e a legislação portuguesa na forma da Lei n.º 134/99, de 28 de Agosto.

<sup>(100)</sup> No âmbito dos países civilistas, note-se que a Bolívia representa uma exceção no que respeita à existência de uma lei infraconstitucional que regule de forma abrangente e geral a questão da igualdade e discriminação. Em 2010, foi promulgada na Bolívia a Ley n.º 045/2010, *Ley Contra el Racismo y Toda Forma de Discriminación*.

Desde logo, o Procedimento Administrativo (Decreto-Lei n.º 32/2008, de 27 de Agosto) obriga a Administração Pública a respeitar os princípios da igualdade e da proibição da discriminação, na sua relação com os particulares. Assim, o seu artigo 3.º-1 determina que “[n]as suas relações com os particulares, a Administração Pública deve reger-se pelo princípio da igualdade, não podendo beneficiar ou prejudicar, privar de qualquer direito ou isentar de qualquer dever nenhum administrado em razão de ascendência, sexo, raça, língua, origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica ou condição social.”. Conexos com o princípio da igualdade, são o princípio da justiça e o princípio da imparcialidade, previstos no mesmo diploma no seu artigo 5.º<sup>(101)</sup>.

Por sua vez, a Lei do Trabalho, no seu artigo 6.º-1, consagra o princípio da igualdade enquanto princípio fundamental, dizendo que “[t]odos os trabalhadores, homens e mulheres, têm direito a igualdade de oportunidades e de tratamento no que se refere ao acesso ao emprego, à formação e capacitação profissionais, às condições de trabalho e à remuneração”<sup>(102)</sup>. Assim, na área do trabalho, são identificadas, através desta norma, quatro situações específicas no âmbito das quais a igualdade formal se mostra de maior relevância: acesso ao emprego, formação e capacitação profissional, condições de trabalho e remuneração. A referência expressa a “homens e mulheres” tem o intuito de reforçar este aspecto da igualdade, tendo em conta que as mulheres, na data da promulgação desta lei, representavam um número bastante menor de trabalhadores no campo do trabalho formal<sup>(103)</sup>.

Garantias de igualdade relacionadas com a implementação de certas medidas legislativas também se encontram nas seguintes leis: na Lei do Sistema de Saúde que identifica como uma das diretivas da política da saúde o “acesso aos cuidados de saúde a todos os cidadãos em condições de igualdade”<sup>(104)</sup>; no Estatuto da Função Pública, através, por exemplo, do dever de todo o funcio-

---

<sup>(101)</sup> Dispõe o artigo 5.º do Procedimento Administrativo que “No exercício da sua actividade, a Administração Pública deve tratar de forma justa e imparcial todos os que com ela entrem em relação.”

<sup>(102)</sup> Lei n.º 4/2012, de 21 de Fevereiro.

<sup>(103)</sup> Secretaria de Estado da Formação Profissional e Emprego and Direcção Nacional de Estatística, *Timor-Leste Labour Force Survey 2010* (Dili, Timor-Leste, 2010), 31;67.

<sup>(104)</sup> Artigo 3.º-1/b da Lei n.º 10/2004, de 24 de Novembro.

nário público de “respeitar o princípio da igualdade dos cidadãos perante a lei”<sup>(105)</sup>; na Lei de Bases do Sistema Nacional de Eletricidade, ao prever como um dos princípios gerais “assegurar aos utilizadores (...) igualdade de tratamento no acesso e uso dos serviços de fornecimento de energia eléctrica”<sup>(106)</sup>; e na Lei contra a Violência Doméstica é “assegurada a igualdade de oportunidades para viver sem violência e o direito a preservar a sua integridade física e mental”<sup>(107)</sup>.

A dimensão defensiva do princípio da igualdade encontra-se no princípio da proibição da discriminação e na determinação das consequências jurídicas aquando da violação deste princípio.

Descobre-se o princípio da proibição da discriminação também no Código Penal<sup>(108)</sup>, quando este, com base numa clara intenção de proteger as pessoas de tratamentos discriminatórios, criminaliza certos comportamentos atentatórios dos princípios da igualdade e da proibição da discriminação e agrava a moldura penal abstrata e concreta de crimes que são cometidos com base numa motivação de carácter discriminatório. Alguns dos crimes mais graves consagrados no código penal relacionam-se, de uma maneira ou outra, com a discriminação. Assim, é prevista a criminalização do genocídio, que diríamos, representa o expoente máximo de conduta discriminatória pois relaciona-se com a “intenção de destruir, no todo ou em parte, grupo nacional, étnico, racial ou religioso” (artigo 123.º). Ainda, duas das modalidades do crime contra a humanidade relacionam-se com condutas discriminatórias, incluindo a “[p]erseguição, entendida como a privação do gozo de direitos fundamentais, em violação do direito internacional, a um grupo ou colectividade que possa ser identificado por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos, de sexo ou em função de outros motivos universalmente reconhecidos como inaceitáveis no direito internacional”<sup>(109)</sup> e o *apartheid*<sup>(110)</sup>. O crime de genocídio e o

---

<sup>(105)</sup> Artigo 6.º-1 da Lei n.º 8/2004, de 16 de Junho (com alterações decorrentes da Lei n.º 5/2009, de 15 de Julho).

<sup>(106)</sup> Artigo 2.º-2/c do Decreto-Lei n.º 13/2003, de 24 de Setembro.

<sup>(107)</sup> Artigo 4.º da Lei n.º 7/2010, de 7 de Julho.

<sup>(108)</sup> Decreto-Lei n.º 19/2009, de 8 de Abril (com alterações decorrentes da Lei n.º 6/2009, de 15 de Julho).

<sup>(109)</sup> Artigo 124.º/h do Código Penal.

<sup>(110)</sup> Conforme o artigo 124.º/j do Código Penal, o *apartheid* compreende “qualquer acto desumano praticado no contexto de um regime institucionalizado de

crime contra a humanidade possuem a moldura penal mais grave do direito criminal timorense, podendo chegar até trinta anos de prisão<sup>(111)</sup>.

São ainda criminalizadas as ações relacionadas com as associações ou atividades que incitem ou encorajem a discriminação racial e religiosa<sup>(112)</sup>. A penalização destas condutas representa, na verdade, a incorporação no sistema penal nacional do dever de criminalizar certas condutas discriminatórias como determinado na Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, ratificada por Timor-Leste<sup>(113)</sup>.

É importante realçar que não há no Código Penal timorense a criminalização de ações discriminatórias para além das enunciadas acima, que representam crimes no direito internacional ou que possuem como foco a perspectiva coletiva ou pública da discriminação. No entanto, em outras jurisdições são definidas infrações penais relacionadas com a discriminação, num âmbito mais abrangente que penaliza um conjunto mais amplo de ações discriminatórias, como é o caso de Cabo Verde<sup>(114)</sup> e de Angola<sup>(115)</sup>. Ainda em Cabo Verde, está

---

opressão e domínio sistemático de um grupo racial sobre outro ou outros, com a intenção de manter esse regime”.

<sup>(111)</sup> O preâmbulo do Código Penal refere-se a “uma duração mínima de 30 dias e máxima de 25 anos para a pena de prisão, podendo no o limite máximo ser aumentado 30 anos nos casos especialmente previstos na lei” [sic].

<sup>(112)</sup> Dispõe o artigo 135.º que: “1. Quem fundar, constituir organização ou desenvolver actividades de propaganda organizada que incitem ou encorajem à discriminação, ao ódio ou à violência raciais ou religiosas, assim como quem participar ou prestar assistência, incluindo o seu financiamento, à organização ou às actividades referidas, é punido com pena de prisão de 4 a 12 anos. 2. Quem, em reunião pública, por escrito destinado à divulgação ou através de qualquer meio de comunicação social, difundir ideias com a intenção de incitar à discriminação racial ou religiosa ou de a encorajar, ou provocar actos de violência contra pessoa ou grupo de pessoas por causa da sua raça, cor, origem étnica ou religião, é punido com pena de prisão de 2 a 8 anos.”.

<sup>(113)</sup> O artigo 4.º/a da CEDR determina a obrigação de “declarar delitos puníveis pela lei a difusão de ideias fundadas na superioridade ou no ódio racial, os incitamentos à discriminação racial, os actos de violência, ou a provocação a estes actos, dirigidos contra qualquer raça ou grupo de pessoas de outra cor ou de outra origem étnica, assim como a assistência prestada a actividades racistas, incluindo o seu financiamento”.

<sup>(114)</sup> Artigo 161.º do Código Penal cabo-verdiano (Decreto Legislativo n.º 4/2003, de 18 de Novembro) determina que “[q]uem, com base em distinção feita entre pessoas

previsto o crime de violência baseada no género, criminalizando, assim, um número possível de ações que tenham por base a discriminação fundada no género da vítima<sup>(116)</sup>. A criminalização específica de ações discriminatórias que estão mais relacionadas com o quotidiano das pessoas tem a vantagem de submeter ações discriminatórias ao estereótipo de que são atos verdadeiramente inaceitáveis na sociedade em questão e que, por isso, podem conduzir à responsabilização criminal.

O Código Penal timorense impõe uma inequívoca censura a condutas discriminatórias ao considerar como um fator agravante geral os crimes praticados com motivos discriminatórios. O artigo 52.º-2/e do Código Penal formula que “[s]ão susceptíveis de constituir circunstâncias agravantes gerais, entre outras (...) [o] crime ser motivado por razões racistas ou qualquer outro sentimento discriminatório por causa do género, ideologia, religião ou crenças da vítima, da etnia, da nacionalidade a que pertença, em razão do sexo ou das suas orientações sexuais, ou de enfermidade ou diminuição física de que sofra”. Ainda, nos crimes de homicídio considera-se homicídio agravado quando a morte é “produzida em circunstâncias que revelem especial censurabilidade ou perversidade, nomeadamente (...) por ódio racial, religioso ou político” (artigo 139.º/e).

Observa-se que os fatores discriminatórios previstos nos crimes que punem a discriminação e nos motivos agravantes da pena, no âmbito do Código Penal,

---

em razão da origem, do sexo, da situação familiar, do estado de saúde, dos hábitos e costumes, das opiniões políticas, da actividade cívica, da pertença ou não pertença, verdadeira ou suposta, a uma etnia, nação, raça ou religião, no facto de ser membro ou não de uma organização: a) Recusar ou condicionar o fornecimento de um bem ou de um serviço; b) Impedir ou condicionar o exercício normal de uma actividade económica qualquer; c) Punir, despedir ou recusar contrato ou emprego a uma pessoa; será punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa de 100 a 300 dias.” São ainda identificadas situações de exclusão da punibilidade da conduta no número 3 deste mesmo artigo.

<sup>(115)</sup> O artigo 197.º do esboço de 2010 do código penal angolano dispõe que: “[q]uem, por causa do sexo, raça, etnia, cor, local de nascimento, crença ou religião, orientação sexual, convicções políticas ou ideológicas, condição ou origem social: a) recusar contrato ou emprego, recusar ou condicionar o fornecimento de bens ou serviços ou impedir ou condicionar o exercício de actividade económica de outra pessoa; ou b) punir ou despedir trabalhador é punido com pena de prisão até 2 anos ou com a de multa até 240 dias.”

<sup>(116)</sup> Artigo 23 da Lei n.º 84/VII/2011, de 10 de Janeiro (Cabo Verde)

incluem alguns fatores não consagrados na Constituição, nomeadamente, a cultura, a nacionalidade e a orientação sexual. Em contrapartida, não estão incluídas nas normas penais as categorias suspeitas relacionadas com a posição social, a situação económica, o estado civil e a instrução, todos previstos no artigo 26.º-2 da Constituição.

O princípio da proibição de discriminação no âmbito do Direito do Trabalho é regulado na Lei do Trabalho e ainda no Estatuto da Função Pública. O número 2 do artigo 6.º da Lei do Trabalho dispõe que: “[n]enhum trabalhador ou candidato a emprego pode ser, direta ou indiretamente, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão, nomeadamente, de cor, raça, estado civil, sexo, nacionalidade, ascendência ou origem étnica, posição social ou situação económica, convicções políticas ou ideológicas, religião, instrução ou condição física ou mental, idade e estado de saúde”<sup>(117)</sup>. Os fatores elencados na Lei do Trabalho são mais abrangentes que aqueles previstos no texto da Lei Fundamental, pois incluem a nacionalidade, a ascendência, a idade e a saúde, expandindo, assim, a proteção dada na Constituição. No Estatuto da Função Pública, estão previstas duas normas sobre a proibição da discriminação: uma relacionada com a seleção e recrutamento<sup>(118)</sup> e a outra sobre as compensações, condições, benefícios ou privilégios<sup>(119)</sup>. Nestas normas, não são elencados expressamente os fatores de discriminação. Tendo em conta a supranormatividade da Constituição e a consequente necessidade de as leis serem interpretadas de acordo com a Constituição e, ainda, tendo em consideração a aplicabilidade direta das normas de direitos fundamentais, poderia determinar-se que os fatores previstos no artigo 16.º-2 devem também ser aplicados no âmbito do Estatuto da Função Pública.

No que respeita à criação de normas que revelem e reforcem a dimensão corretiva da discriminação, encontra-se já em Timor-Leste um número de

---

<sup>(117)</sup> Encontra-se ainda outra norma relevante quanto à proibição de discriminação especificamente aplicável aos trabalhadores portadores de deficiência (artigo 71.º).

<sup>(118)</sup> Artigo 8.º-1 da Lei n.º 8/2004, de 16 de Junho (com alterações prevista na Lei n.º 5/2009, de 15 de Julho) prevê que “[a] selecção e recrutamento de pessoal para a função pública deve resultar de concurso público que avalie a qualificação, experiência e competência profissional do candidato numa base não discriminatória”

<sup>(119)</sup> Artigo 8.º-3 1 da Lei n.º 8/2004, de 16 de Junho (com alterações prevista na Lei n.º 5/2009, de 15 de Julho) dispõe que “[n]enhum funcionário público será discriminado nas compensações, condições, benefícios ou privilégios de emprego”.

diplomas legislativos que estabelecem sistemas específicos que garantam uma efetivação do princípio da igualdade, entre os quais encontramos:

*Participação das mulheres nos cargos públicos eleitorais:* tanto no âmbito de eleição dos membros do Parlamento Nacional como na eleição das autoridades locais, são criadas medidas legislativas para reforçar a participação das mulheres nestas posições públicas. Nas eleições parlamentares está previsto que “[a]s listas de candidatos efetivos e suplentes devem incluir, pelo menos, uma mulher por cada conjunto de três candidatos, sob pena de rejeição.”<sup>(120)</sup> A estrutura comunitária, que inclui o Conselho de Suco, deve ser composta por, no mínimo, duas mulheres, para além de outras mulheres eleitas diretamente como Chefes de Suco<sup>(121)</sup>.

*Adequação e adaptação do trabalho para trabalhadores portadores de deficiência e das atividades educacionais para alunos com necessidades educativas especiais:* é imposto ao empregador o dever de adequar o posto e o horário de trabalho a fim de garantir a participação efetiva do trabalhador portador de deficiência<sup>(122)</sup>. Ainda, o currículo nacional de base do primeiro e segundo ciclos do ensino básico exige dos gestores das escolas e professores a implementação de metodologias adaptadas às crianças com necessidades educativas especiais, inclusivamente métodos alternativos de avaliação<sup>(123)</sup>.

*Assistência social aos idosos e a pessoas portadoras de deficiência:* os idosos e as pessoas portadoras de deficiência, em virtude de serem especialmente afectados pela redução (parcial ou total) da capacidade ativa para o trabalho, são beneficiários de uma pensão especial com o objetivo de amenizar a sua vulnerabilidade económica<sup>(124)</sup>. Ainda, é aferida uma pensão de subsistência aos combatentes da libertação nacional que, em consequência da sua participação na libertação nacional, forem portadores

---

<sup>(120)</sup> Artigo 12.º-3 da Lei n.º 6/2006, de 28 de Dezembro (alterada pela Lei n.º 6/2007, de 31 de Maio, Lei n.º 7/2011, de 22 de Junho e pela Lei n.º 1/2012, de 13 de Janeiro).

<sup>(121)</sup> Artigo 5.º-2/a da Lei n.º 3/2009, de 8 de Julho.

<sup>(122)</sup> Artigo 75.º da Lei n.º 4/2012, de 21 de Fevereiro.

<sup>(123)</sup> Artigos 16.º-2/a e 27.º-3 do Decreto-Lei n.º 4/2015, de 14 de Janeiro. Ver, ainda, os artigos 8.º-3, 9.º-4, 19.º-2 26.º-3/c e 28.º-5 do mesmo diploma legislativo.

<sup>(124)</sup> Ver Decreto-Lei n.º 19/2008, de 19 de Junho.

de deficiência física ou mental, ainda que com uma “participação na luta pela libertação nacional inferior a três anos”<sup>(125)</sup>.

*Prestação de apoio judiciário e jurídico às pessoas economicamente vulneráveis:* dando concretização normativa ao preceito constitucional de acesso aos tribunais independentemente da insuficiência dos recursos económicos, é estabelecida uma garantia positiva de acesso a serviços jurídicos e judiciais da Defensoria Pública àquele “que não possuir meios suficientes para suportar as despesas com advogado”<sup>(126)</sup>.

Nota-se ainda que, apesar de na Lei do Trabalho se determinar o dever de adequação e adaptação ao trabalhador portador de deficiência, nem o regime jurídico do direito laboral, nem o Estatuto da Função Pública determinam um dever do empregador (privado ou público) de tomar medidas específicas para garantir a participação efetiva daqueles grupos menos representados no mercado de trabalho. A Lei do Trabalho limita-se a excluir que sejam consideradas como medidas discriminatórias aquelas “de carácter temporário, concretamente definido, de natureza legislativa, que beneficiem certos grupos desfavorecidos, designadamente em função do sexo, capacidade de trabalho reduzida ou deficiência, com o objetivo de garantir o exercício, em condições de igualdade, dos direitos previstos nesta lei”<sup>(127)</sup>. Encontra-se, portanto, prevista uma permissão expressa para a implementação de ações positivas, mas não se diz expressamente que os empregadores têm a obrigação de implementar essas ações positivas.

Todas estas ações ou situações descritas acima representam exemplos de diferenciação positiva e são reguladas por lei com o objetivo de correção das desigualdades existentes na sociedade timorense.

### 2.3 A Jurisprudência

Analisando sucintamente os acórdãos do Tribunal de Recurso relevantes no âmbito da aplicação do princípio da igualdade e do princípio da proibição de discriminação, até ao ano de 2013, é possível identificar várias posições tomadas pela mais alta instância judiciária timorense que demonstram a impor-

---

<sup>(125)</sup> Artigo 22.º-4 da Lei n.º 3/2006, de 12 de Abril (com as alterações decorrentes da Lei n.º 9/2009, de 29 de Julho e da Lei n.º 2/2011, de 23 de Março).

<sup>(126)</sup> Artigo 5.º-1 do Decreto-Lei n.º 38/2008, de 29 de Outubro.

<sup>(127)</sup> Artigo 6.º-4 da Lei n.º 4/2012, de 21 de Fevereiro.

tância de uma boa compreensão sobre a concretização destes princípios<sup>(128)</sup>. Quanto ao conteúdo destas decisões, consideramos como mais relevante:

*O reconhecimento das três dimensões do princípio da igualdade:* seguindo a perspectiva de que o princípio da igualdade possui uma dimensão formal, uma defensiva e uma corretiva, o Tribunal de Recurso considerou que o princípio da igualdade “abrange a igualdade na criação do direito, a igualdade na aplicação do direito e a igualdade de oportunidade (...)”<sup>(129)</sup>. A importância deste reconhecimento reside no facto de que, assim, a igualdade não se limita a uma igualdade formal perante a lei, antes, ela terá de ser uma igualdade substancial e efetiva, ainda que tal implique a tomada de medidas corretivas que visem alcançar essa igualdade substancial.

*A relação estreita entre a dimensão corretiva do princípio da igualdade e a justiça social:* o Tribunal já se expressou no sentido de reconhecer que o princípio da igualdade, enquanto garantia da igualdade de oportunidades, “impõe [a realização de] uma política de justiça social, de concretização de imposições constitucionais destinadas a realizar direitos económicos, sociais e culturais e de compensação de desigualdade de oportunidades”<sup>(130)</sup>;

*A interligação entre o princípio da proibição de discriminação e o princípio da proibição geral do arbítrio:* o Tribunal de Recurso identificou a

---

<sup>(128)</sup> Até à data, o Tribunal de Recurso deparou-se com alguns casos em que estavam em causa questões relacionadas com os princípios da igualdade e da proibição da discriminação. No entanto, entende-se que foi em dois casos principais que o Tribunal considerou, de uma forma mais detalhada, estes princípios constitucionais, dos quais foram extraídas as principais posições do Tribunal sobre estas questões: Tribunal de Recurso, Acórdão de 16 de Agosto de 2007, Proc. n.º 02/AAC/07/TR (Tribunal de Recurso 2007); Tribunal de Recurso, Acórdão de 15 de Fevereiro de 2011, Proc.01/RC/2009/TR (Tribunal de Recurso 2011). O acórdão de 2007 tratava da fiscalização preventiva da constitucionalidade de um Decreto de Lei do Parlamento Nacional enviado à promulgação sobre “Verdade e Medidas de Clemência para Diversas Infracções”, enquanto o acórdão de 2011 versava sobre um recurso de uma decisão administrativa do Conselho Superior da Magistratura Judicial.

<sup>(129)</sup> Tribunal de Recurso, Acórdão de 16 de Agosto de 2007, Proc. n.º 02/AAC/07/TR, 5 (Tribunal de Recurso 2007), 5.

<sup>(130)</sup> Ibid.

proibição do arbítrio como uma das características do princípio de não discriminação previsto no artigo 16.º-2 da Constituição <sup>(131)</sup>;

*A identificação dos critérios-chave para averiguação da violação do princípio da igualdade:* ao analisar-se se um tratamento diferenciado é ou não violador do princípio da igualdade, o Tribunal identificou a necessidade de verificar se há “qualquer fundamento sério, legítimo e razoável para a diferença de tratamento” <sup>(132)</sup>. O mesmo Tribunal reafirmou ainda a necessidade de aplicabilidade do princípio da proporcionalidade como forma de averiguar se há ou não conformidade com a Constituição, num caso que alegue discriminação <sup>(133)</sup>. O Tribunal salientou ainda a relação entre a natureza arbitrária das discriminações proibidas e os critérios de averiguação de uma violação ao considerar que “haverá violação arbitrária da igualdade quando o legislador trata de forma desigual situações iguais sem para isso ter um fundamento sério, legítimo e razoável” <sup>(134)</sup>.

*O reconhecimento de uma margem de discricionariedade da Administração Pública:* o Tribunal considerou que “a Administração Pública detém uma certa margem de discricionariedade e de livre apreciação” no momento da tomada de decisões, inclusivamente, no momento da tomada de decisões que possam resultar num tratamento que diferencie entre situações análogas <sup>(135)</sup>.

*O dever da administração de fundamentação expressa da sua decisão:* o Tribunal estabeleceu uma relação entre o dever de fundamentação expressa dos atos administrativos e a faculdade de os particulares controlarem a

---

<sup>(131)</sup> Tribunal de Recurso, Acórdão de 15 de Fevereiro de 2011, Proc.01/RC/2009/TR, 33 (Tribunal de Recurso 2011), 33.

<sup>(132)</sup> Tribunal de Recurso, Acórdão de 16 de Agosto de 2007, Proc. n.º 02/AAC/07/TR, 6 (Tribunal de Recurso 2007), 6.

<sup>(133)</sup> Tribunal de Recurso, Acórdão de 15 de Fevereiro de 2011, Proc.01/RC/2009/TR, 34 (Tribunal de Recurso 2011), 34. De acordo com o procedimento administrativo, “[a]s decisões da Administração que colidam com direitos subjectivos ou interesses legalmente protegidos dos particulares só podem afectar essas posições em termos adequados e proporcionais aos objectivos a realizar”(artigo 3.º-2 do Decreto-Lei n.º 32/2008, de 27 de Agosto).

<sup>(134)</sup> Tribunal de Recurso, Acórdão de 16 de Agosto de 2007, Proc. n.º 02/AAC/07/TR, 5 (Tribunal de Recurso 2007), 5.

<sup>(135)</sup> Tribunal de Recurso, Acórdão de 15 de Fevereiro de 2011, Proc.01/RC/2009/TR, 34 (Tribunal de Recurso 2011), 34.

conformidade dos mesmos “com a lei e o respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé”<sup>(136)</sup>.

O Tribunal de Recurso debruçou-se ainda sobre a aplicação do princípio da igualdade no direito processual penal. Assim, a aplicação deste princípio impõe que às partes deve ser dado um tratamento igual, nomeadamente, garantindo a oportunidade de defesa das suas posições. Assim, o Tribunal considerou que “[n]o que concerne a este caso e mais concretamente na fase em que o processo se encontrava — a do julgamento — tanto a acusação, representada pelo [Ministério Público], como a defesa dispuseram das mesmas oportunidades”<sup>(137)</sup>. Neste ponto, tratava-se, portanto, de aferir se as partes do processo dispunham da mesma “igualdade de armas”, um princípio fundamental do processo penal e instrumental para a efetividade do princípio da igualdade. Ainda sobre este princípio de igualdade das partes em processo penal, se pronuncia o acórdão de 30 de Abril de 2007<sup>(138)</sup>.

### 3. DIFERENCIAÇÃO *VERSUS* DISCRIMINAÇÃO

Apesar de o artigo 16.º-2 da Constituição determinar, expressamente, que “ninguém pode ser discriminado (...)”, sabe-se que nem toda a diferenciação é proibida. E, simultaneamente, também se sabe que nem todo o tratamento igual é permitido. Mais, não é alheio ao funcionamento normal de uma sociedade democrática baseada no Estado de Direito a necessidade de existência de normas jurídicas e ações que diferenciam os indivíduos que se encontram numa situação aparentemente igual. Deste modo, pode mesmo recair sobre o Estado

---

<sup>(136)</sup> Ibid., 31.

<sup>(137)</sup> Tribunal de Recurso, Acórdão de 17 Agosto de 2007, Proc. n.º 19/CO/07/TR, 253 (Tribunal de Recurso 2007).

<sup>(138)</sup> “Por outro lado, nada nos autos demonstra que o arguido se tenha valido das prerrogativas que a lei processual penal lhe faculta, nomeadamente, as constantes do art. 77 do CPP, que lhe permitem solicitar a consulta dos autos, a obtenção de certidão ou cópia. Concluindo, não foi recusado ao recorrente o acesso à [sic] qualquer peça processual, pelo que, contrariamente ao que alega, não foi violado o aludido princípio da igualdade das partes” Tribunal de Recurso, Acórdão de 30 de Abril de 2007, Proc. n.º 13-CO-07-TR, 123 (Tribunal de Recurso 2007).

o dever de diferenciar ou desigualar certas pessoas pertencentes a certos grupos, a fim de assegurar uma efetiva igualdade. Assim, “cabe ao Direito, então, não apenas defender a igualdade contra violações, mas também promover a igualdade com distinções”<sup>(139)</sup>.

Vale a pena assinalar que encontramos no Direito nacional e internacional o uso de terminologia diversa para denominar as questões consideradas aqui. Utilizam-se os termos “discriminação proibida”, “discriminação negativa”, “discriminação permitida”, “discriminação justificada” e, ainda, “discriminação positiva”, entre outras.

Considerando o próprio texto da Constituição de Timor-Leste, assim como a definição de discriminação contra a mulher e de discriminação racial acolhida pelos tratados internacionais de direitos humanos ratificados por Timor-Leste<sup>(140)</sup>, preferiu-se, por razões de clareza, adotar-se o termo “discriminação” unicamente quando estejamos perante uma diferenciação em conflito com o princípio da igualdade. Tal como explicado abaixo, sendo constitucionalmente proibida a discriminação, não nos parece ser a melhor opção utilizar a palavra “discriminação” com um outro sentido que não denote a sua contrariedade com o princípio da igualdade.

Assim, do ponto de vista da terminologia aqui adotada, é discriminatório todo e qualquer tratamento diferenciado que viole arbitrariamente o princípio da igualdade, sendo, como tal, sempre proibido.

---

<sup>(139)</sup> Walter Claudius Rothenburg, ‘Igualdade Material E Discriminação Positiva: O Princípio Da Isonomia’, *Novos Estudos Jurídicos* 13, no. 2 (n.d.): 81, accessed 22 July 2014.

<sup>(140)</sup> O artigo 1.º-1 da CERD prevê que: “Na presente Convenção, a expressão a «discriminação racial» visa qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência fundada na raça, cor, ascendência na origem nacional ou étnica que tenha como *objetivo 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”. (itálico nosso). O artigo 1-1 da CEDAW dispõe que: “Para os fins da presente Convenção, a expressão “discriminação contra as mulheres” significa qualquer distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo que *tenha como efeito ou como objetivo* 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” (itálico nosso).

Ainda, as ações tomadas pelo Estado que revelam a dimensão corretiva do princípio da igualdade são, por vezes, denominadas de “discriminação positiva” na doutrina estrangeira <sup>(141)</sup> e internacional <sup>(142)</sup>. No entanto, alguns autores preferem a utilização de outra denominação. Neste sentido, Patrícia Moura <sup>(143)</sup> faz um apelo interessante e que é o de substituir a designação “discriminação positiva” pelo termo “atos de igualar”, no sentido de “tornar igual”, pois, segundo esta autora, pode ser confusa a ideia de juntar estas duas palavras: discriminação positiva. Defende que, sendo constitucionalmente proibida a discriminação, esta palavra não deveria ser utilizada num sentido positivo, para uma situação em que, através de uma discriminação positiva se pretende, no fundo, igualar quem não é igual, mas que o deveria ser. Ou seja, a palavra ‘discriminação’, ainda que seguida da palavra ‘positiva’, não deveria ser usada neste outro contexto, uma vez que a Constituição proíbe a discriminação, mas, não proíbe, e como vimos, até encoraja, os atos de igualar <sup>(144)</sup>. Na doutrina brasileira e em outra doutrina estrangeira, usa-se, por vezes, o termo “ação afirmativa” referindo-se às medidas necessárias para implementar as distinções positivas <sup>(145)</sup>.

Pelas razões expostas, prefere-se, portanto, não utilizar o termo “discriminação positiva”, mas sim “diferenciação positiva” e ações afirmativas <sup>(146)</sup>.

---

<sup>(141)</sup> Gomes Canotilho e Moreira, *Constituição Da República Portuguesa Anotada*, 2007, I (Artigo 1.º a 107.º):337; 342; Miranda e Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, 2005, Tomo I:120; 122.

<sup>(142)</sup> B. A. Hepple and Erika M. Szyszczak, *Discrimination: The Limits of Law* (Mansell, 1992), 261-ss.

<sup>(143)</sup> Moura, *A Finalidade Do Princípio Da Igualdade: A Nivelção Social: Interpretação Dos Atos de Igualar*, 11 e seguintes.

<sup>(144)</sup> A mesma posição encontramos no próprio texto da CEDAW, cujo artigo 4.º-2 dispõe: “A adopção pelos Estados Partes de medidas especiais, incluindo as medidas previstas na presente Convenção que visem proteger a maternidade, *não é considerada como um acto discriminatório*” (itálico nosso).

<sup>(145)</sup> Ver, por exemplo, Flávia Piovesan, ‘Acções Afirmativas E Direitos Humanos’, *Dossie Racismo II*, no. 69 (March 2006): 36-43; Joaquim R. Barbosa Gomes, ‘Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade’, *Cadernos de Direito* 4, no. 6 (2004): 218-221.

<sup>(146)</sup> Note-se que a CEDAW utiliza o termo “medidas especiais temporárias” para referenciar aquilo que na doutrina se designa de “ação afirmativa”. De acordo com o Comité desta convenção, “[o]s trabalhos preparatórios da Convenção utilizaram

Salienta-se que a categorização aqui apresentada é de natureza puramente pedagógica, tendo como objetivo o de proporcionar uma melhor compreensão da complexa aplicação do princípio da igualdade e do princípio da proibição de discriminação. Adotamos, assim, os seguintes termos, relevantes no âmbito da aplicação do princípio da igualdade: *discriminação*, *diferenciação permitida*, *diferenciação positiva* e *ação afirmativa*. Ainda, quando perante uma discriminação, esta pode ser uma *discriminação direta* ou *discriminação indireta*, como explanamos *infra*.

### 3.1 Discriminação, Diferenciação Permitida, Diferenciação Positiva e Ação Afirmativa

A diferenciação entre indivíduos numa sociedade é normal e, claro, respeitando determinadas condições, deve ser permitida (ou até necessária, como veremos a seguir). Assim sendo, quando é que este *diferenciar* é proibido e quando é permitido?

Uma vez aqui, surge uma pergunta fundamental: como identificar e qualificar uma diferenciação como uma discriminação (e, portanto, proibida) e uma diferenciação permitida? E, ainda, quando é que estamos perante um verdadeiro dever do Estado de diferenciar?

#### 3.1.1 Discriminação

É fundamental reter, novamente, a ideia já apresentada na parte introdutória deste capítulo, de que não é permitido o tratamento diferenciado de situações objetivamente iguais, nem o tratamento igual de situações não análogas, sem um fundamento válido que justifique esse tratamento. À luz do princípio jurídico-constitucional da igualdade, é proibido o tratamento dife-

---

diferentes termos para designar as “medidas especiais temporárias” referidas no artigo 4.º, n.º 1. O próprio Comité, nos seus anteriores Comentários Gerais, usou vários termos. Os Estados Partes muitas vezes utilizam a designação “medidas especiais” — no sentido correctivos, compensatório e de promoção — como sendo equivalentes aos termos “acção afirmativa”, “acção positiva”, “medidas positivas”, “discriminação de sentido inverso” e “discriminação positiva”. Estes termos emergem das discussões e da experiência comum em diferentes contextos nacionais” (Comité para a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres, ‘Recomendação Geral N.º 25: Artigo 4.º, N.º 1 (Medidas Temporárias Especiais)’, para. 17.)

renciador (ou igualador) arbitrário, o que nos remete para o princípio da proibição geral do arbítrio.

Como já abordado pelo Tribunal de Recurso, o princípio da igualdade é violado quando, perante um tratamento desigual prestado a pessoas em situações análogas, não existe um “fundamento sério, legítimo e razoável para a diferença de tratamento”<sup>(147)</sup>. É, assim, proibido o tratamento desigual quando subjacente à diferenciação não está uma razão, uma finalidade justificável. Por outro lado, o tratamento desigual é permitido quando inerente a essa diferenciação está uma finalidade “séria, legítima e razoável”.

No processo que pretende determinar se há ou não discriminação, parte-se de um primeiro passo que implica uma análise comparativa de duas ou mais situações; depois, passa-se para um segundo passo, em que, com base na realização de um juízo valorativo, se vai determinar se, perante a situação específica, há ou não uma diferenciação arbitrária. Nas palavras de Glória Garcia, “encontramos no enunciado do princípio da igualdade dois planos ou estratos que se intersectam: o plano em que se determinam as situações que se devem considerar iguais ou desiguais e o plano do tratamento uniforme ou diferenciado daquelas situações, consoante o juízo qualificativo a que as mesmas conduziram”<sup>(148)</sup>.

Em primeiro lugar, o cumprimento do princípio da igualdade implica um juízo de comparação. Assim, perante uma situação juridicamente relevante, é necessário determinar se dois casos devem ser considerados iguais ou diferentes. Angel de la Torre expôs esta mesma questão na afirmação seguinte: “[a]dmittindo que os casos análogos devem ser tratados analogamente e os desiguais de forma desigual, o problema está em determinar que casos são análogos e quais o não são, isto é, quais hão-de ser os critérios para estabelecer a semelhança ou diferença”<sup>(149)</sup>.

Sabemos que, na realidade, não se encontra uma sociedade completamente homogénea, na qual as pessoas estejam em situações e condições

---

<sup>(147)</sup> O Tribunal de Recurso considerou que “[a] ausência de qualquer fundamento sério, legítimo e razoável para a diferença de tratamento dirigido a agentes de infrações ocorridas no período referido e a agentes de infrações ocorridas antes desse período, torna essa desigualdade de tratamento flagrante, intolerável e violador do princípio de igualdade”. Tribunal de Recurso, Acórdão de 16 de Agosto de 2007, Proc. n.º 02/AAC/07/TR, 265 (Tribunal de Recurso 2007), 265.

<sup>(148)</sup> Garcia, *Estudos sobre o Princípio da Igualdade*, 44.

<sup>(149)</sup> Angel Latorre, *Introdução Ao Direito* (Coimbra: Almedina, 2002), 59.

verdadeiramente semelhantes. Assim, a determinação da semelhança — ou diferença — depende do ângulo ou da perspectiva a partir da qual a situação é analisada, podendo, ainda, ser passível de diferentes resultados consoante o momento temporal em que a comparação é realizada. Analisemos, por exemplo, o caso do benefício de licença de maternidade e paternidade, segundo o qual a trabalhadora mãe beneficia de uma licença parental mais longa do que o pai, em virtude de nascimento de filho. Limitando, neste momento, o uso deste exemplo à análise da semelhança ou diferença das situações, há claramente um foco específico na diferença, com base no sexo, entre o pai e a mãe. A mãe terá, no momento imediatamente após o nascimento da criança, um papel específico com base em características biológicas específicas do sexo feminino e que se prendem com o facto de ser a mulher quem engravida e quem amamenta e, por isso, carecer de mais tempo para a recuperação do parto e para o seu envolvimento na amamentação materna da criança recém-nascida. Assim, o pai e a mãe encontram-se numa situação diferente no momento imediato ao nascimento da criança, sendo esta diferença baseada no sexo. No entanto, depois de passado algum tempo após o nascimento, o ângulo a ser dado para determinar a igualdade e a semelhança no que toca à titularidade do benefício de maternidade ou paternidade já se aproxima à relação parental. Assim, poderia dizer-se que pai e mãe estão diante de um dever semelhante no que respeita aos cuidados e formação da criança, pelo que qualquer um dos progenitores pode beneficiar da licença de parentalidade.

Em segundo lugar, é necessário saber como o Direito deve intervir, isto é, quais são aquelas tais situações que devem (ou podem) ser tratadas de modo uniforme ou diferenciado? Aqui, importa não esquecer os valores da justiça e o princípio da proibição geral do arbítrio, ou seja, quando é que é justo diferenciar e quando não é justo diferenciar ou tratar de forma desigual?

Para determinar se estamos perante uma discriminação, sendo assim proibida, é importante salientar a relevância da relação entre o critério de avaliação da igualdade e a finalidade, isto é, o objetivo que se pretende alcançar. Segundo Glória Garcia, “a conexão entre o critério e o fim tem de ser razoável e suficiente”<sup>(150)</sup>, e é neste ponto que nos apercebemos da materialidade do conceito do princípio da igualdade e do abandono da sua conceção exclusivamente lógico-formal.

---

<sup>(150)</sup> Garcia, *Estudos sobre o Princípio da Igualdade*, 56.

Ainda, segundo Gomes Canotilho, “o arbítrio da desigualdade seria condição necessária e suficiente da violação do princípio da igualdade”<sup>(151)</sup>. Na mesma linha, para Patrícia Moura, “seria um tratamento injusto, ou melhor dizendo, discriminatório, se a desigualdade de tratamento surgisse de forma arbitrária”<sup>(152)</sup>.

Neste mesmo sentido se pronuncia Glória Garcia, ao defender que a intencionalidade material do princípio da igualdade “deve, pelo contrário, ser uma intencionalidade dependente do conjunto dos valores essenciais difundidos pela sociedade, os quais, por sua vez, em cada momento, irão dar corpo à igualdade social que se pretende alcançar”<sup>(153)</sup>. Quer isto dizer que o princípio da igualdade não teve, não tem e não terá sempre o mesmo conteúdo e significado. A essência e o modo de implementação do princípio da igualdade são um processo em construção que em muito depende do momento e contexto histórico em que são apreciados.

É neste ponto que importa introduzir a perspectiva do fim que se pretende alcançar ao considerar-se que determinadas situações análogas devem ser tratadas de modo diferente. É neste momento que urge encontrar um critério objetivo que auxilie nesta qualificação. Vale a pena ressaltar que “o critério valorativo a que o princípio da igualdade, enquanto princípio jurídico, apela, não deve ser, em consequência, um critério de valores subjectivos, mas, pelo contrário, um critério retirado do quadro de valores vigentes numa sociedade, interpretados objectivamente”<sup>(154)</sup>. Ainda, “é certo que tais valores vivem no âmbito das alterações históricas e civilizacionais, só sendo materialmente determináveis em presença de uma sociedade em concreto, mas, nem por isso deixa de ser um quadro de valores objectivo.”<sup>(155)</sup> Com isto, a determinação da finalidade da diferenciação deve ser sempre um processo realizado no momento em que se faz o juízo de qualificar se a diferenciação representa uma discriminação proibida ou não.

Parece-nos relevante considerar um conjunto de exemplos, bastante simples, que nos ajudarão a compreender a determinação de casos ou situações

---

<sup>(151)</sup> Gomes Canotilho, *Direito Constitucional E Teoria Da Constituição*, 428.

<sup>(152)</sup> Moura, *A Finalidade Do Princípio Da Igualdade: A Nivelção Social: Interpretação Dos Atos de Igualar*, 80.

<sup>(153)</sup> Garcia, *Estudos sobre o Princípio da Igualdade*, 67.

<sup>(154)</sup> *Ibid.*, 54.

<sup>(155)</sup> *Ibid.*

análogas, bem como a existência da razoabilidade ou a ausência de arbítrio de uma eventual diferenciação.

Vejam os seguintes casos: um recrutamento para um cargo na função pública determina como um dos critérios essenciais que os candidatos possuam carta de condução. Um candidato ao concurso foi desqualificado por não ter a devida carta de condução. Aqui há claramente uma situação análoga — aqueles que se candidataram ao cargo — somente aqueles que possuem carta de condução é que são pré-selecionados. Este tratamento diferente representa uma discriminação? Para tal, é necessário determinar a finalidade da distinção como forma de verificar se esta é ou não é razoável. A finalidade neste caso é a de assegurar que a administração pública tenha ao seu dispor um funcionário ou uma funcionária que possa ser flexível e conduzir ele próprio ou ela própria uma viatura oficial. A determinação da razoabilidade da finalidade irá depender das questões particulares deste processo de recrutamento. A pergunta que nos ocorre para determinar a razoabilidade ou não do critério que exige a carta de condução relaciona-se com a função a ser desempenhada pelo cargo objeto do recrutamento. Caso a função do cargo seja uma em que não se mostra necessário ter carta de condução tendo em vista o desempenho das principais funções inerentes ao cargo em questão, como seria o caso de um jurista, uma secretária ou um técnico de tecnologias de informação, a diferenciação é arbitrária e representa uma discriminação. No entanto, caso o recrutamento estivesse relacionado com um cargo em que possuir uma carta de condução seria essencial, como seria o caso de um cargo de mensageiro ou condutor, parece claro que a diferenciação não é arbitrária, não sendo uma discriminação, mas sim uma diferenciação ou distinção permitida.

Segundo Patrícia de Moura, há fatores potenciais de discriminação que implicam a intervenção do princípio da igualdade para averiguar se há ou não discriminação numa situação concreta. A autora exemplifica, indicando fatores como o sexo, a raça, a religião, a idade, a posição social e económica, o grau de instrução, etc., mas, acrescentando que “o que deve ser notada é a finalidade da discriminação, e não apenas o fator utilizado”<sup>(156)</sup>.

Deve notar-se ainda que a qualificação da diferenciação entre duas situações análogas como arbitrária pode passar, muitas vezes, pelos fatores discriminatórios previstos no artigo 16.º-2 da Constituição. Como já considerado, a

---

<sup>(156)</sup> Moura, *A Finalidade Do Princípio Da Igualdade: A Nivelção Social: Interpretação Dos Atos de Igualar*, 82.

diferenciação com base num destes critérios resulta numa suspeita de que nos encontramos diante de uma discriminação (uma discriminação *prima facie*). No entanto, o processo para determinar se estamos perante uma verdadeira discriminação em violação da Constituição depende, ainda, de uma análise de razoabilidade (ou da ausência do arbítrio) do fim que promoveu ou causou a diferenciação.

Assim, imaginemos um caso em que o Ministério da Solidariedade Social determina que uma família de deslocados internos deverá receber uma ajuda humanitária em menor quantidade que outras famílias também em situação de deslocação interna, pois aquela possui uma situação económica considerada satisfatória. Portanto, temos várias famílias em situação de deslocação interna, mas, uma recebe menos do que as outras e, portanto, foi diferenciada em virtude da sua situação económica (um dos fatores previstos no artigo 16.º-2 da Constituição). Esta situação não representa uma discriminação proibida simplesmente pelo facto de esta diferenciação ter sido com base num dos fundamentos expressos, sendo necessário determinar se a diferenciação foi ou não arbitrária. A finalidade da diferenciação foi a de assegurar o não desperdício dos cofres de Estado com gastos não essenciais e ainda não perpetuar uma diferença económica entre aqueles que têm e os que não tem uma posição económica satisfatória. Deste modo, este tratamento não se afigura como um tratamento injusto, não sendo, portanto, uma discriminação proibida pela Constituição.

### 3.1.2 Diferenciação Permitida

Como já salientado, a diferenciação não representa uma discriminação proibida pela norma constitucional, quando haja uma justificação para essa diferenciação, à luz do fim específico que pretende alcançar. Assim, tratamentos diferenciados podem ser considerados como legítimos, desde que não tenham por base um juízo arbitrário. Desta forma, a diferenciação permitida corresponde, numa linguagem coloquial, ao “outro lado da moeda” da discriminação. A diferenciação não arbitrária trata de forma diferente o que é igual, mas, o Direito não a repreende, é permitida.

Segundo Glória Garcia, são três os momentos em que a obrigação de diferenciar se impõe: um, o tratamento preferencial a conceder aos elementos de grupos vulneráveis; o outro, a implementação de políticas económicas e fiscais destinadas a diminuir as desigualdades entre ricos e pobres que impedem estes últimos do cabal gozo dos seus direitos fundamentais; por fim, as ações

positivas que visam restabelecer igualdades que, ao longo dos séculos foram preteridas, frequentemente, por razões culturais, e que resultaram numa desigualdade de oportunidades entendida como inaceitável nos tempos atuais<sup>(157)</sup>. É o caso da igualdade de oportunidades entre mulheres e homens, defendida nos tempos atuais, desde logo um dos objetivos da CRDTL (artigo 6.º/j), e que marca uma rutura com entendimentos anteriores. Segundo aquela autora, “a função social do princípio da igualdade abre as portas a que, partindo de uma compreensão actual da igualdade relativa, se eliminem ou atenuem desigualdades que não são ‘naturais’ mas construídas, sequelas de defeituosas compreensões da igualdade relativa defendidas por gerações passadas.”<sup>(158)</sup>

### 3.1.3 Diferenciação Positiva e Ação Afirmativa

O princípio da igualdade, na sua dimensão corretiva, implica a adoção de medidas que têm por objetivo garantir uma igualdade efetiva entre os indivíduos. Esta dimensão corretiva da igualdade está expressamente prevista na Constituição timorense no âmbito da igualdade entre mulher e homem<sup>(159)</sup>, já foi reconhecida pela mais alta instância jurisdicional em Timor-Leste<sup>(160)</sup>, e é já interpretada como representando uma verdadeira obrigação do Estado no direito internacional dos direitos humanos<sup>(161)</sup>.

A diferenciação positiva representa uma diferenciação permitida, sendo, contudo, distinta desta na medida em que tem uma finalidade específica: tornar igual, igualar situações que são atualmente desiguais e que ferem as ideias de igualdade social e justiça material. Assim, a diferenciação positiva é alcançada através de ações afirmativas que, além de serem uma diferenciação que contem uma finalidade justificável, são também uma diferenciação que tem a finalidade de atingir uma justiça material, uma verdadeira igualdade substantiva.

O artigo 2.º-2 da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965) traz este conceito jurídico da dife-

<sup>(157)</sup> Garcia, *Estudos sobre o Princípio da Igualdade*, 21-24.

<sup>(158)</sup> *Ibid.*, 23.

<sup>(159)</sup> Artigo 6.º/j da Constituição da CRDTL.

<sup>(160)</sup> Tribunal de Recurso, Acórdão de 16 de Agosto de 2007, Proc. n.º 02/AAC/07/TR, 5 (Tribunal de Recurso 2007), 5.

<sup>(161)</sup> Comité dos Direitos Humanos, *Comentário Geral N.º 18: Não Discriminação*; Comité para a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres, ‘Recomendação Geral N.º 25: Artigo 4.º, N.º 1 (Medidas Temporárias Especiais).

renciação que se permite e, mais, se encoraja, através de ações específicas, as ações afirmativas, pois através da diferenciação pretende-se remediar uma situação de desigualdade. Atentemos no seu texto:

“Os Estados Partes adoptarão, se as circunstâncias o exigirem, nos domínios social, económico, cultural e outros, medidas especiais e concretas para assegurar convenientemente o desenvolvimento ou a protecção de certos grupos raciais ou de indivíduos pertencentes a esses grupos, a fim de lhes garantir, em condições de igualdade, o pleno exercício dos direitos do homem e das liberdades fundamentais. Essas medidas não poderão, em caso algum, ter como efeito a conservação de direitos desiguais ou diferenciados para os diversos grupos raciais, uma vez atingidos os objectivos que prosseguiam”.

Na tentativa de elaborar uma perspectiva sistemática da diferenciação positiva poderia dizer-se que esta possui três características essenciais: (a) finalidade específica de igualar; (b) beneficiar um grupo sujeito a desvantagens ou em condições de desigualdade; (c) carácter temporário da ação afirmativa.

A diferenciação positiva, implementada através das ações afirmativas, tem o objetivo ou finalidade específica de igualar. No fundo, com esta vertente do princípio da igualdade, pretende fazer-se justiça, ainda que, para tal, seja necessário discriminar para, em última análise, tornar igual, igualar, uniformizar, contribuir para que os tais dois pratos da balança se mantenham em equilíbrio. O princípio da igualdade surge, neste âmbito, como uma ferramenta para alcançar as ideias de igualdade social e justiça material e, portanto, é um limite que o próprio sistema impõe aos poderes públicos, o tal limite interno. Já não se trata tão-só da igualdade perante a lei, mas, também, da igualdade que se consegue obter através da própria lei. Nesse sentido, Castanheira Neves adianta que “verdadeiramente a lei acaba por ser apenas um instrumento positivo utilizado ao serviço de uma intenção normativa que a ultrapassa.”<sup>(162)</sup>. Ou seja, a norma não é apenas o garante de que todos são iguais perante a lei mas, vai-se mais longe, admitindo a lei como o instrumento que permite alcançar uma ideia de justiça social que está para além dela mesma. E, na continuação deste raciocínio, Gomes Canotilho vem defender que o princípio da igualdade “pode e deve considerar-se um princípio de justiça social”<sup>(163)</sup>. Para Patrícia Moura, “quando se fala em igualizar as oportunidades sociais, encontra-se outro prin-

---

<sup>(162)</sup> A. Castanheira Neves, ‘Justiça E Direito’, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, LI (1975): 211.

<sup>(163)</sup> Gomes Canotilho, *Direito Constitucional E Teoria Da Constituição*, 430.

cípio, o da nivelção social”<sup>(164)</sup>. A “nivelção social” deve ser entendida como incorporando as diferentes esferas da vida em sociedade, nomeadamente, cultural, económica, política, entre outras.

O princípio da igualdade, nesta perspetiva, surge como moldura da ideia de que, através da lei, no sentido de norma, se pretende que o Direito alcance uma situação de justiça relativa entre todos os seres humanos, uma igualdade de facto também designada de “igualdade efetiva”, como prevista na Constituição (artigo 6.º/j), ou ainda “igualdade real”, “igualdade de facto ou substantiva”<sup>(165)</sup>, “igualdade material” e “igualdade de resultados”<sup>(166)</sup>, sendo que, como alerta Patrícia Moura, “[d]e forma alguma a expressão ‘igualdade de fato’ deve ser interpretada como uma igualdade natural ou nata. Trata-se das desigualdades criadas pelo homem como objeto cultural”<sup>(167)</sup>.

Assim, há situações em que a diferenciação não só é permitida, mas encorajada ou até exigida, pois, nestes casos, pretende-se atingir uma situação de igualdade material que não seria possível alcançar, sem a existência de medidas discriminatórias temporárias. Em alguns casos, existe mesmo uma “obrigação de diferenciar, imposta pelo princípio da igualdade, dirigida a compensar uma desigualdade de oportunidades fáctica”<sup>(168)</sup>. Referimo-nos, assim, à diferenciação positiva, que é realizada através da implementação de ações afirmativas.

Nesta medida, somente através da implementação de ações afirmativas é que será possível garantir que determinadas pessoas atinjam uma situação de igualdade material em relação às restantes pessoas. Portanto, pretende-se diminuir a desigualdade substantiva, ainda que, para isso, se tenha de ferir o princípio da igualdade formal ao diferenciar certas pessoas que, à partida, se encontram em situações análogas.

Para ser considerada como uma diferenciação positiva deve a finalidade de igualar dirigir-se a um grupo específico, que não possui as mesmas oportunidades que outros grupos.

---

<sup>(164)</sup> Moura, *A Finalidade Do Princípio Da Igualdade: A Nivelção Social: Interpretação Dos Atos de Igualar*, 118.

<sup>(165)</sup> Comité para a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres, ‘Recomendação Geral N.º 25: Artigo 4.º, N.º 1 (Medidas Temporárias Especiais)’, para. 9.

<sup>(166)</sup> Ibid.

<sup>(167)</sup> Moura, *A Finalidade Do Princípio Da Igualdade: A Nivelção Social: Interpretação Dos Atos de Igualar*, 40.

<sup>(168)</sup> Garcia, *Estudos sobre o Princípio da Igualdade*, 21.

Patrícia Moura considera que a ação afirmativa “ocorre quando, ao verificar desigualdades, visando ao respeito do princípio da igualdade e a outros essencialmente interligados, [se] estabelec[em] na lei ou noutros atos do Estado, diferenças que permitam uma inclusão ou igualação”<sup>(169)</sup> daqueles que se encontram em situação de desigualdade.

Na diferenciação positiva não estamos, necessariamente, perante atos que se relacionam com uma diferenciação de um caso específico em concreto, mas sim diante a definição e aplicação de um tratamento diferenciado para um grupo específico. Assim, ações afirmativas serão dirigidas a grupos que ainda não se encontram em condições de igualdade de facto.

Exemplos clássicos de ações afirmativas são o caso das quotas, no sistema educativo e na participação política. No primeiro caso, poderemos indicar o caso do Brasil, em que se entendeu que deveria haver quotas específicas, isto é, um número de vagas exclusivo e específico para alunos “pretos, pardos e indígenas” e para os economicamente vulneráveis que pretendam aceder ao ensino universitário que, assim, se candidatam através de um concurso diferente<sup>(170)</sup>. No segundo caso, temos também o exemplo clássico das quotas para as mulheres, no que respeita à sua participação política e que obriga, por exemplo, à inclusão de uma percentagem mínima de mulheres nas listas de candidatos dos partidos políticos que concorrem a eleições. Atualmente, em Timor-Leste, já existe, sob a forma de norma, esta medida de ação afirmativa que visa aumentar a representatividade das mulheres no Parlamento Nacional

---

<sup>(169)</sup> Moura, *A Finalidade Do Princípio Da Igualdade: A Nivelção Social: Interpretação Dos Atos de Igualar*, 78.

<sup>(170)</sup> Cfr. Lei n.º 12.711, de 29 de Agosto de 2012 (Brasil), que dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio e contém outras providências. Esta representa uma medida de ação afirmativa com normas que criam um sistema de quotas no âmbito do ingresso nas universidades públicas federais, tendo como destinatários os vulneráveis economicamente e também os que se enquadram numa perspectiva etno-racial (“pretos, pardos e índios”). Nos Estados Unidos, o Tribunal Supremo dos Estados Unidos da América, em 1971, no caso *Swann versus Charlotte Mecklenburg Board of Education*, defendeu a implementação de ‘quotas raciais’ com o objectivo de tornar mais célere a construção de uma sociedade efetivamente igualitária e justa, rompendo com a ideia anterior de ‘equal but separate’ fomentadora de uma segregação social, em função da raça. Há a assinalar a importância histórica crucial da atuação do Tribunal Supremo dos Estados Unidos da América para uma maior aceitação das ações afirmativas em todo o mundo.

e nas autoridades locais<sup>(171)</sup>. Com a aprovação da Política Nacional para a Inclusão e Promoção dos Direitos das Pessoas com Deficiência<sup>(172)</sup>, mostra-se ser possível que, num futuro próximo, venham a ser implementadas ações afirmativas que assegurem uma maior representatividade das pessoas portadoras de deficiência, no âmbito do trabalho e emprego.

Vale a pena notar que as ações afirmativas não são, por si só, suficientes para garantir a igualdade de facto de todos os grupos representativos da sociedade. Assim, por exemplo, o facto de os Conselhos de Sucos terem duas mulheres na sua composição, não significa que estas formam cerca de metade dos membros do Conselho de Suco. Atingir a metade dos membros dependerá da participação das mulheres como candidatas nas eleições para os Chefes de Aldeia, o que está diretamente relacionado com a sua vontade de participarem no processo eleitoral, com a forma como os partidos políticos se organizam e ainda com a confiança da comunidade para as eleger para os postos de Chefe de Aldeia.

Na prática dos países civilistas, a ação afirmativa é implementada, na maior parte dos casos, através do desenvolvimento de uma medida legislativa específica, a qual determina a aplicação de critérios diferenciados em relação aos grupos-alvos da ação afirmativa. Dentro do sistema de ação afirmativa não são feitas análises individualizadas, já que se trata de um sistema institucionalizado.

De acordo com o direito internacional dos direitos humanos, as ações afirmativas são claramente de natureza temporária<sup>(173)</sup>. Esta natureza temporária das ações afirmativas representa uma consequência da própria perspectiva conceptual dos princípios da igualdade e da proibição da discriminação. Como já abordado acima, as diferenciações em situações análogas não violam o princípio da igualdade quando não são arbitrárias. Contudo, uma medida temporária só poderá ser mantida enquanto se mantiver a desigualdade. Quando a igualdade tiver sido atingida, esta norma, medida ou prática deve ser cancelada, sob pena de a sua manutenção se revelar ela própria inadmissivelmente discriminatória. Seria claramente arbitrário manter-se a concessão de certos benefícios e critérios

---

<sup>(171)</sup> Artigo 12.º-3 da Lei n.º 6/2006, de 28 de Dezembro (alterada pela Lei n.º 6/2007, de 31 de Maio, Lei n.º 7/2011, de 22 de Junho e pela Lei n.º 1/2012, de 13 de Janeiro) e Artigo 5.º-2/a da Lei n.º 3/2009, de 8 de Julho.

<sup>(172)</sup> Resolução do Governo n.º 14/2012, de 9 de Maio.

<sup>(173)</sup> Artigo 2.º-2 da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial e artigo 4.º-1 da CEDAW.

excepcionais para a participação de um determinado grupo numa dada esfera pública, quando este já não se encontra numa situação de desvantagem.

A questão está em determinar o momento em que estas ações afirmativas devem cessar? Para que estas ações persistam, tem de haver a verificação fáctica de que a situação ainda não atingiu um patamar de igualdade. Com isto, mostra-se fundamental que sejam realizados estudos e análises regulares para identificar o nível de participação e representação dos grupos-alvos da medida especial a fim de determinar a sua cessação.

A adoção de ações afirmativas com o intuito de assegurar que a participação e a composição nas instituições públicas sejam um reflexo da composição da sociedade apresenta-se como um desdobramento natural do próprio princípio da igualdade e, portanto, como algo que fará parte intrínseca de uma construção igualitária de uma sociedade. Afigura-se desejável que, por exemplo, o aparelho judiciário de um país tenha na sua composição uma representação proporcional de mulheres e homens, bem como de diferentes grupos etnolinguísticos que formam a sociedade na qual esse aparelho judiciário atua. Porém, a implementação de ações afirmativas não é isenta de dificuldades, pois, em alguns casos, pode acontecer que certas pessoas que não formam parte do grupo-alvo da ação afirmativa se sintam “discriminadas” ou “excluídas”. Por outro lado, pode ainda dar-se o caso de quem pertence a esse grupo-alvo não querer ser alvo de tratamento “preferencial”, antes preferindo conseguir igual resultado pelo percurso “normal” e não através de um percurso “diferenciado”.

Porém, há que entender esta questão da implementação de ações afirmativas como uma medida temporária que visa uma retificação da História, sendo possível que, neste momento histórico, um indivíduo em particular seja prejudicado em favor de outro, o que é uma manifesta injustiça individual mas, é entendido, em sentido mais amplo, como uma medida de justiça geral e intergeracional, apenas conseguida por uma conceção muito madura de solidariedade. Esta é, porém, uma questão que está longe de reunir consensualidade e é regularmente fonte de acesos debates. Nas palavras do Supremo Tribunal Federal do Brasil, “[a]s ações afirmativas não são as melhores opções; melhor opção é ter uma sociedade na qual todo mundo seja igualmente livre para ser o que quiser ser. [As cotas são] um processo, uma etapa, uma necessidade diante de um quadro onde isso não aconteceu naturalmente”<sup>(174)</sup>.

---

<sup>(174)</sup> Supremo Tribunal Federal do Brasil, Acórdão de 16 de Abril de 2012 (Proc. N.º ADPF 186/DF), voto da Ministra Carmem Lúcia, p.4.

Retomando a imagem da balança, imaginemos que um dos pratos está cheio de moedas de ouro e o outro não. Um prato está, portanto, mais pesado e representa um grupo privilegiado ao longo da História e o outro prato está com menos moedas de ouro ou mesmo vazio e representa outro grupo de pessoas, menos privilegiado ao longo da História. Esta descrição remete-nos para uma imagem em que podemos visualizar a balança desequilibrada, pois os dois pratos têm conteúdos e pesos diferentes. Mas, na verdade, deveriam estar iguais, pois essa desigualdade resulta de uma injustiça histórica, por exemplo. Então, neste caso, é necessário que, durante um tempo, o Direito permita que se coloque mais moedas de ouro no prato mais vazio, o que à partida parece ferir o princípio da igualdade, para que, no final desse exercício, os pratos estejam ao mesmo nível, que é como devem estar. E, assim, este momento em que o Direito permitiu esta diferenciação é entendido pela doutrina como diferenciação, é certo, mas, como diferenciação positiva, por vezes, necessária e desejável, a fim de “equilibrar os pratos da balança”.

Assim, a ação afirmativa consiste no ato ou atos que, no âmbito de uma política de diferenciação positiva, pretendem igualar o que deveria ser igual e não o é, ainda que, para tal, tenha de se utilizar normas discriminatórias, normas diferenciadoras. Neste conceito, há ainda a apontar uma ideia que é a de justiça intergeracional, ou seja, a geração presente admite que, no passado, se praticaram atos que foram contrários à ideia de igualdade entre todos os seres humanos e concorda em conceder a essas pessoas privilégios, ainda que temporariamente, que permitam a esses grupos recuperar da desigualdade de que tinham vindo a ser vítimas. É o caso de determinados grupos, em certos países como, por exemplo, as vítimas da escravatura ou as mulheres numa sociedade essencialmente patriarcal.

Glória Garcia ilustra de forma clara esta problemática, nas seguintes palavras

*“[a] delicadeza da questão está em uma parte da geração actual aceitar sacrificar-se a favor de outra parte da geração actual, em razão de ‘erros’ cometidos pelas gerações passadas. E aceitar sacrificar-se sabendo que os frutos desse sacrifício não serão porventura gozados por quem os faz mas pelas gerações vindouras que, essas sim, irão poder desfrutar da sociedade equilibrada e justa ‘construída’ através das discriminações positivas”<sup>(175)</sup>.*

---

<sup>(175)</sup> Garcia, *Estudos sobre o Princípio da Igualdade*, 24.

### **3.2 Discriminação Direta e Indireta**

Como já mencionado, considera-se discriminação tratar arbitrariamente de forma desigual o que é igual e de forma igual o que é desigual, sem um fundamento válido que justifique esse tratamento. A discriminação pode ocorrer de forma direta ou indireta.

Como veremos abaixo, a classificação entre direta e indireta tem por base a maneira como a discriminação se manifesta. Quando se trata de discriminação direta e indireta, o que está em causa é saber se uma norma é, ela própria, discriminadora ou se, não o sendo, essa norma tem como resultado um efeito discriminador. Portanto, neste ponto, analisa-se a própria norma e o resultado da sua aplicação.

#### **3.2.1 Discriminação Direta**

Estamos perante uma situação de discriminação direta quando a própria norma trata de forma desigual situações que são iguais, e o faz injustificadamente. Assim há uma discriminação direta quando o fim, o objetivo da própria norma é discriminar uma determinada pessoa ou grupos de pessoas. Esta discriminação, por não estar baseada em critérios objetivos e razoáveis, é uma discriminação proibida pela Constituição.

Estaremos perante um caso de discriminação direta se, por exemplo, num dado país há uma norma que confere a um Diretor de uma escola o poder de expulsar as meninas menores de quinze anos que engravidarem durante os estudos. Neste caso, há uma clara violação do princípio da igualdade com base no sexo. Trata-se, portanto, de um exemplo de discriminação direta imposta pela própria lei e, portanto, proibida.

#### **3.2.2 Discriminação Indireta**

Já a discriminação indireta ocorre em resultado dos efeitos que a norma, efetivamente, produz, ainda que esta, em si mesma, não determine padrões de diferenciação.

Será um exemplo de discriminação indireta aquele em que a lei obriga ao pagamento de um valor igual para todos por uma consulta num hospital público. Aqui, embora se esteja perante um caso em que a lei trata todos de forma igual, na verdade, ela é discriminatória, pois esse mesmo valor terá uma repercussão completamente diferente no orçamento doméstico das famílias,

caso sejam ricas ou pobres. As famílias mais pobres encontrar-se-iam claramente numa posição de desvantagem em comparação com aquelas com um maior poder económico. Neste caso, para que a lei seja justa e não discriminatória, é necessário que o Estado crie as condições orçamentais e administrativas para que, pela mesma consulta hospitalar, ricos e pobres paguem valores diferentes ou até isenção de pagamento para os mais pobres.

A seguir analisaremos um exemplo de discriminação indireta, digamos que ao contrário, pois trata de forma diferente o que é diferente, mas essa diferença de tratamento pode originar uma discriminação proibida. Este é o caso de uma lei que proíba a frequência da escola primária a crianças com uma idade superior à determinada por lei como sendo a idade máxima para se frequentar a escola primária. Aqui, trata-se aparentemente de uma lei que pretende tratar de forma diferente o que é diferente, ou seja, crianças mais velhas não podem frequentar a escola primária, que não lhes está adaptada. Até aqui, parece correto. Porém, se o Estado não criar alternativas para essas crianças mais velhas que, por qualquer razão, não puderam ir à escola antes, então o Estado está a negar a essas crianças o seu direito à educação. Ou seja, o Estado trata de forma diferente o que é diferente, é certo, mas, nessa diferenciação, pode vir a cometer uma discriminação contra as crianças mais velhas que se vêm, assim, discriminadas e privadas do seu direito à educação, em razão da idade.

Um outro exemplo é o caso em que existe uma norma que obriga os estudantes a usar uniforme, nas escolas públicas, vedando a sua entrada na escola, caso não envergarem o dito uniforme, e em que o Estado não garanta procedimentos alternativos no sentido de o fornecer gratuitamente aos estudantes que não disponham de meios para o comprar. Neste caso, uma aparente simples regra sobre o vestuário, na verdade, impede os estudantes mais pobres de usufruir do seu direito à educação, pelo facto de não poderem comprar o uniforme escolar. Ou seja, aparentemente, a lei é justa pois trata todos de forma igual, mas, no final, revela-se não ser justa, pois, por um impositivo dessa mesma lei, haverá crianças que não poderão ver efetivado o seu direito à educação. E este exemplo é tanto mais interessante e paradoxal se pensarmos que a ideia subjacente a essa obrigatoriedade de uso de uniforme escolar possa ser, precisamente, a de que, no ambiente escolar, não se diferencie as crianças pobres das crianças ricas, em virtude das roupas que usam, numa tentativa de prevenir alguma potencial discriminação em função da situação económica da sua família.

No caso da discriminação indireta, a norma é aparentemente inócua, neutral, mas, na verdade, a consequência da sua aplicação impede um certo

grupo de usufruir dos seus direitos fundamentais e humanos, colocando-o em desvantagem perante outros grupos. Nesta situação, segundo Gomes Canotilho e Vital Moreira, é indiferente que a intenção contida na norma seja ou não a de discriminar, sendo que o que importa para esta avaliação é o resultado final da aplicação daquela norma. Ou seja, mesmo que o legislador não tivesse a intenção de discriminar; mas, se como consequência da aplicação daquela norma resultar uma diferenciação injustificável, então a norma tem de ser alterada, uma vez que viola o princípio da igualdade e representa uma norma discriminatória.

#### 4. O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E RESPETIVA METÓDICA

Na prática, como se procede à aplicação dos princípios da igualdade e da proibição da discriminação quando se pretende determinar se uma determinada norma os viola ou se determinada medida é discriminatória? Tanto o princípio da igualdade, como o princípio da proibição da discriminação são conceitos indeterminados que carecem de ser preenchidos, aquando da análise do caso concreto. Sublinhe-se que o preenchimento desse conceito pode sofrer algumas variações, no decurso do tempo e em função do contexto em que o caso se insere. Porém, numa tentativa de harmonizar o pensamento nesta matéria e de evitar decisões muito díspares, a lei<sup>(176)</sup>, os tribunais<sup>(177)</sup> e até a doutrina<sup>(178)</sup> procuram encontrar critérios que fundamentem a classificação de uma situação como cumpridora ou não dos princípios em análise. Esta metódica, que na realidade constitui um sistema de testes, deve simultaneamente ser adequada

---

<sup>(176)</sup> Por exemplo, a lei da África do Sul *Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act, 2000, of 2 of February (as amended)* prevê expressamente no seu artigo 13.º e 14.º o ónus da prova e os requisitos para a determinação de tratamento discriminatório.

<sup>(177)</sup> Ver, por exemplo, Supremo Tribunal Federal do Brasil, Acórdão de 16 de Abril de 2012 (Proc. n.º ADPF 186/DF). Ainda, no âmbito do direito internacional dos direitos humanos, o acórdão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Caso González y Otras (“Campo Algodonero”) v. México*, sentença de 16 de Noviembre de 2009 faz uma análise jurídica para determinar a existência de uma discriminação com base no género.

<sup>(178)</sup> Por exemplo, Celso de Mello, *O Conteúdo Jurídico Do Princípio Da Igualdade*, 3. ed., atualizada (São Paulo: Malheiros Editores, 2011), 21.

e compreendida no contexto de cada país e estar conforme aos princípios acolhidos pelos instrumentos internacionais de direitos humanos. E, se bem que este equilíbrio seja, por vezes, difícil de conseguir, ele é essencial para uma análise o mais objetiva possível dos casos práticos.

#### 4.1 **Metódica Proposta para Timor-Leste**<sup>(179)</sup>

Apresentamos um esquema geral de teste jurídico para avaliar se uma situação é ou não discriminatória, e se é violadora da Constituição ou de uma norma jurídica que concretize o princípio da igualdade.

Neste âmbito, o Tribunal de Recurso considera necessária a existência de um “fundamento sério, legítimo e razoável para a diferença de tratamento”<sup>(180)</sup>.

Embora tenhamos vindo a incluir uma dimensão prática, ao longo deste capítulo, entendemos, nesta secção, dar uma visão mais metódica sobre o modo como se procede à aplicação dos princípios da igualdade e da proibição da discriminação, visão essa fundamental para a compreensão abrangente dos conceitos em questão. Assim, neste ponto, introduzimos a noção de teste, ou seja, aquele exercício que se tem de fazer para se averiguar se, num dado caso concreto, estamos ou não perante uma situação de violação do princípio da igualdade e do princípio de proibição da discriminação. Os testes jurídicos de aferição do princípio da igualdade e da proibição da discriminação são, no fundo, um conjunto de perguntas às quais se tem de responder, para percebermos se estamos ou não, numa dada situação concreta, perante um caso de violação daqueles princípios. E, na verdade, será a prática dos Tribunais que, em grande medida, determinará os resultados da qualificação de uma situação como discriminatória ou não.

A metódica proposta abaixo tem, porém, a particularidade de estar adaptada ao contexto timorense. Trata-se de um teste que engloba a doutrina geral sobre esta matéria, os princípios gerais contidos nas várias convenções internacionais em vigor em Timor-Leste, bem como a própria legislação e jurisprudência timorenses. Desenvolve-se uma metódica simples, esperando-se, no

---

<sup>(179)</sup> Adiante-se que outras jurisdições e outros autores poderão explicitar este tipo de metódica, utilizando critérios e uma sequência lógica relativamente diferente, tendo nós optado por esta, tendo em consideração o ordenamento jurídico timorense.

<sup>(180)</sup> Tribunal de Recurso, Acórdão de 16 de Agosto de 2007, Proc. n.º 02/AAC/07/TR, 6 (Tribunal de Recurso 2007), 6.

entanto, que, no futuro, o fortalecimento da doutrina nacional e a prática dos tribunais sobre esta matéria possam contribuir para a sua densificação.

A função do Estado revela-se, nomeadamente, através de normas jurídicas, atos administrativos e políticas públicas. Assim, desenvolveu-se uma metódica que pudesse ser utilizada aquando da apreciação de umas destas formas de revelação. Deste modo, sugere-se a seguinte metódica:

**(1) Tratamento diferenciado ou desvantagem:** neste primeiro passo, há que analisar o caso concreto e averiguar se, perante as circunstâncias de facto, o indivíduo em causa (no nosso caso, a Pessoa “A”) foi realmente tratado de forma diferente de outros que estão em situação igual ou semelhante. O que está em causa, neste primeiro passo, é aferir o critério da igualdade e do tratamento diferenciado, utilizando um outro critério, o da comparabilidade. Estes critérios, juntos, significam que é necessário comparar situações e averiguar se são diferentes ou iguais, de modo a que se possa tratar de forma igual o que é igual e de forma diferente o que é diferente, cumprindo, assim, o princípio da igualdade. Se se tratar de uma situação objetivamente diferente, em princípio, não haverá violação do princípio da igualdade.

A análise do caso concreto também pode ter por base uma desvantagem experienciada pela pessoa “A” por ter sido tratada de maneira igual a outras em posição semelhante, quando deveria ter sido tratada de forma diferente. A desvantagem determina-se analisando se a Pessoa “A” sofreu perdas, isto é, se ficou afetada negativamente em comparação com outras sujeitas ao mesmo tratamento. Na análise deste critério, é necessário comparar a situação da pessoa no caso concreto com outras que se encontravam em situação semelhante, ou que foram tratadas da mesma forma.

No caso de haver uma diferenciação de casos semelhantes ou uma desvantagem como consequência de um tratamento igual, segue-se a análise do critério seguinte.

**(2) Justificação séria e legítima:** neste segundo passo, pretende-se saber se há ou não uma razão, um motivo que explique, de forma objetiva, isenta e fundamentada, que a Pessoa “A” tenha sido tratada de forma diferente de outras que estavam em situações semelhantes ou que tenha ficado numa situação de desvantagem relativamente a outras pessoas.

Neste processo, é essencial, em primeiro lugar, identificar a categoria que foi aparentemente utilizada para determinar o tratamento em causa

(quer este tenha sido um tratamento diferenciador ou igual). Depois, identifica-se a justificação para o tratamento com base nesta categoria. Por exemplo, se uma medida tratar de forma diferente homens e mulheres, a categoria ou o motivo de diferenciação consiste no género. Já a justificação para uma diferenciação desse tipo pode ser uma de várias (a título exemplificativo, pode diferenciar-se entre mulheres e homens para efeitos de licença de maternidade pelo simples facto de a mulher dar à luz e o homem não, pode ainda diferenciar-se entre homem e mulher para garantir a participação política das mulheres na vida política). Nas palavras de Gomes Canotilho, questiona-se se “existe para a desigualdade de tratamento de situações de facto iguais uma razão material suficiente” ou se “existe um fundamento material — razão objectiva — para esta igualdade de tratamento de situações desiguais”<sup>(181)</sup>. Assim, pretende-se analisar se esta justificação é objectiva (não subjetiva) e aparenta poder ser aceitável, permitida ou válida no contexto do caso concreto.

Quando o motivo for uma das categorias “suspeitas”, quer dizer, as categorias consagradas no artigo 16.º-2 da CRDTL, é imposto ao poder público um esforço maior para identificar a objetividade da justificação. Caso o tratamento dado não tenha por base uma justificação séria ou não seja legítimo, estamos perante uma discriminação, em violação do princípio da igualdade.

No caso de haver uma justificação séria e legítima para o tratamento em causa, segue-se à análise do critério seguinte.

**(3) Proporcionalidade entre os fins e os meios**<sup>(182)</sup>: neste terceiro passo, é importante perguntar se houve proporcionalidade entre o objetivo que se pretendeu atingir com aquele tratamento diferenciado e os meios utilizados. Se a resposta for positiva, significa que, apesar de haver um tratamento diferenciado, ele é justo e justificado e, portanto, não estamos perante um caso de discriminação. Se o teste falhar nesta pergunta, então isso significa que não foi justa nem equilibrada a relação entre os fins e

---

<sup>(181)</sup> Canotilho, *Direito Constitucional E Teoria Da Constituição*, 1297.

<sup>(182)</sup> Em algumas jurisdições e doutrina, este critério surge inserido no critério “justificação séria e legítima”. No caso concreto de Timor-Leste e por razões metodológicas, optámos por autonomizar este critério, introduzindo aqui um desdobramento que, cremos, facilita a análise do caso prático.

os meios e, portanto, estamos perante um caso de discriminação. O que está em causa, neste passo, é o critério da proporcionalidade que decorre do princípio do Estado de Direito democrático e que podemos encontrar no ordenamento jurídico timorense, por exemplo, no artigo 3.º do Procedimento Administrativo <sup>(183)</sup>.

No fundo, trata-se de saber se, apesar de a medida ou tratamento ser legítimo e sério, será que o “custo” ou a consequência deste tratamento é superior ao benefício obtido? Ou seja, visa-se compreender se estamos perante uma medida ou tratamento arbitrário ou irrazoável.

Não sendo o tratamento ou medida proporcional, estaremos perante uma discriminação que é proibida pela Constituição. Caso seja proporcional, tratar-se-á de uma diferenciação permitida.

Poderá dar-se o caso de tal diferenciação consistir efetivamente numa ação afirmativa. Para que possamos qualificar como ação afirmativa uma norma, medida ou prática é necessário nelas encontrar dois elementos fundamentais: ser o fator subjacente a essa norma, medida ou prática um grupo que se encontra em condição de desigualdade, e essa norma, medida ou prática ter a intenção de tornar igual o que injustamente o não é, por razões históricas, sistémicas ou outras.

Para facilitar a compreensão desta metódica, propõe-se a sua análise partindo de um caso concreto. Imagine-se a situação seguinte: uma mulher grávida, sendo portadora do vírus HIV, dirige-se a um hospital público para o parto. No hospital, a mulher comentou com a enfermeira ser portadora deste vírus. No entanto, no seu ficheiro de saúde não constava essa informação. O hospital tem uma política segundo a qual todas as mulheres devem ter parto natural, exceto quando tal não seja possível. Com esta política, o hospital visa evitar os custos que comportam as cesarianas. Considerando que esta pessoa está a ter um parto sem complicações, o médico decide pelo parto natural e não coloca a possibilidade de se fazer uma cesariana. Quando o bebé nasce, os testes indicam que é portador do vírus HIV. Nesta situação, o que está em causa é o facto de uma política de um hospital público tratar todas as mulheres grávidas de forma igual, não obstante estar comprovado cientificamente que as cesarianas diminuem consideravelmente o risco de transmissão do vírus HIV entre mãe e filho/a.

---

<sup>(183)</sup> Decreto-Lei n.º 32/2008, de 27 de Agosto.

Analise-se este caso usando a metódica proposta anteriormente. No que respeita ao primeiro passo ou critério (*tratamento diferenciado ou desvantagem*), somos da opinião que não se está perante uma situação de tratamento diferenciado, uma vez que o hospital trata da mesma forma todas as mulheres grávidas. No entanto, poderá identificar-se uma desvantagem — ao tratar-se do mesmo modo as mulheres portadoras do vírus HIV e as mulheres não portadoras deste mesmo vírus está, na verdade, a colocar-se as mulheres portadoras do vírus HIV numa situação de desvantagem. Se, de facto, se fizesse uma cesariana o risco seria muito menor.

Num segundo passo ou critério (*justificação séria e legítima*), importa determinar a razão que justifica, na perspectiva do hospital, tratar-se de forma igual todas as mulheres grávidas. Essa razão consiste na redução de custos que tal política implica. Perante a questão de se saber se esta razão pode ser considerada como um fundamento sério e legítimo poderá argumentar-se que sim, que um hospital público possa adoptar políticas que visem a contenção da despesa do Estado.

Num terceiro passo ou critério (*proporcionalidade entre os fins e os meios*), importa considerar se esta medida igual que implica uma desvantagem para um grupo de mulheres (as portadoras do vírus HIV) se pode considerar proporcional ou não. Tendo em consideração os “custos” que uma política destas implica para as mulheres portadoras de HIV e para os seus filhos (e do ponto de vista do gozo do direito à saúde por parte destas pessoas) pode argumentar-se no sentido de se considerar a política do hospital como irrazoável, desproporcional e, portanto, discriminatória. Tal não seria o caso se esta política fosse mais flexível, aceitando-se realizar testes de saúde que permitissem identificar razões médicas, imediatamente antes do parto, que imponham a realização de uma cesariana para proteger a mãe e/ou o seu filho ou a sua filha.

Conclui-se, portanto, que esta é uma matéria de grande complexidade que obriga o intérprete e o aplicador do Direito a um processo analítico denso que oscila entre uma compreensão sólida do princípio da igualdade e do princípio da proibição da discriminação e simultaneamente a sua aplicação aos casos concretos que a realidade nos oferece e que se apresentam como situações juridicamente relevantes que obrigam a uma resposta do Direito e dos poderes públicos.