

Princípio de Igualdade de Tratamento fora do Emprego: acesso a bens e serviços

LEGISLAÇÃO EM MATÉRIA DE IGUALDADE DE GÉNERO

SEMINÁRIO PARA OS PROMOTORES DE JUSTIÇA E MAGISTRADOS

Lisboa, 28 de outubro de 2019

Miroslaw Wróblewski, advogado,
diretor do gabinete do Comissário para os Direitos Humanos



Esboço

- introdução/fundamentos jurídicos
- Legislação secundária da UE em matéria de luta contra a discriminação
- âmbito de aplicação material e pessoal das diretivas
- conceitos normativos básicos
- uma proteção jurídica eficaz contra a discriminação
- sanções e vias de recurso
- proteção institucional

Fundamentos jurídicos - *tratados*

- Artigo 19.º, n.º 1, do TFUE - base jurídica do direito derivado
- Artigos do TUE: 2, 3(2), 8, 10

Fundamentos jurídicos

Carta dos Direitos Fundamentais da UE

Artigo 20º. Igualdade perante a lei.

Todas as pessoas são iguais perante a lei.

Artigo 21º. Não discriminação

1. É proibida a discriminação em razão, designadamente, do sexo, raça, cor ou origem étnica ou social características genéticas, língua, religião ou convicções, opiniões políticas ou outras, pertença a uma minoria nacional, riqueza, nascimento, deficiência, idade ou orientação sexual.

Artigo 23º. Igualdade entre homens e mulheres

Deve ser garantida a igualdade entre homens e mulheres em todos os domínios...

Direito Derivado na UE

- **Diretiva 2000/43/CE – não discriminação baseada em motivos de origem racial ou étnica**
- **Diretiva 2004/113/CE – igualdade de tratamento entre homens e mulheres**
- *diretiva – natureza jurídica do instrumento jurídico da UE – papel do EM*

O princípio da igualdade jurídica

O princípio da igualdade de tratamento exige que situações comparáveis não sejam tratadas de maneira diferente e que situações diferentes não sejam tratadas de maneira igual, a não ser que tal tratamento seja objetivamente justificado

(p. 28, C-236/09, Test –Achat)

Shortcomings of EU Equality Law (I)

Different **levels of protection** for different grounds → “Hierarchy”

	Employment	Self-employed	Goods & Services
Sex	✓	✓	✓
Race/ethnic origin	✓		✓
Religion/belief	✓		
Age	✓		
Disability	✓		
Sexual Orientation	✓		
Gender reassignment	✓		

↳ Are these differences justified?

3

Não se registaram progressos na adoção da diretiva horizontal

proposta de diretiva relativa à orientação sexual, religião, crença, deficiência e idade (COM(2008) 426 final)

Diretiva 2000/43/CE v. Diretiva 2004/113/CE

- Âmbito de aplicação material das duas diretivas
 - *acesso a bens e serviços (tal como definido nos tratados)*
- Âmbito de aplicação pessoal das duas diretivas
 - *todos os sujeitos que fornecem bens e serviços/vítimas de características especiais (sexo, origem étnica, raça, etc.)*
- Limitações e exceções: *Exceções à vida privada e familiar (artigo 3º. (1)), educação, meios de comunicação social, publicidade, emprego, etc., abrangidas por outros atos.*
- Relações mutuas

Âmbito Material

Bens

- Referência à definição no contexto da livre circulação - artigo 28º do TFUE
- Disponíveis para o setor público (privado e público)
- Valor pecuniário, pode ser o objeto de uma transação comercial

Serviços

- Referência à livre circulação - artigo 57º do TFUE
- Atividade económica/serviços que são normalmente prestados mediante remuneração
- Não incluído em outras liberdades

Âmbito Pessoal

- **sexo, raça, origem étnica**
- **também:**
 - maternidade
 - gravidez
 - mudança de sexo (legislação, jurisprudência)
 - discriminação por associação; discriminação múltipla

Proteção da gravidez e da maternidade

- Artº 4.1. 2004/113: **proíbe** o tratamento menos favorável das mulheres por motivos ligados à gravidez e à maternidade.

Problemas – limitações impostas pelos prestadores de serviços

- possibilidade **de amamentar** nas suas instalações

Amamentação num restaurante



- *Um restaurante em Sopot*
- Tribunal de recurso em Gdańsk acórdão 14.12.2017, I ACa 187/17
- 500 EUR indemnização e desculpas públicas
- discriminação de gênero

Âmbito pessoal

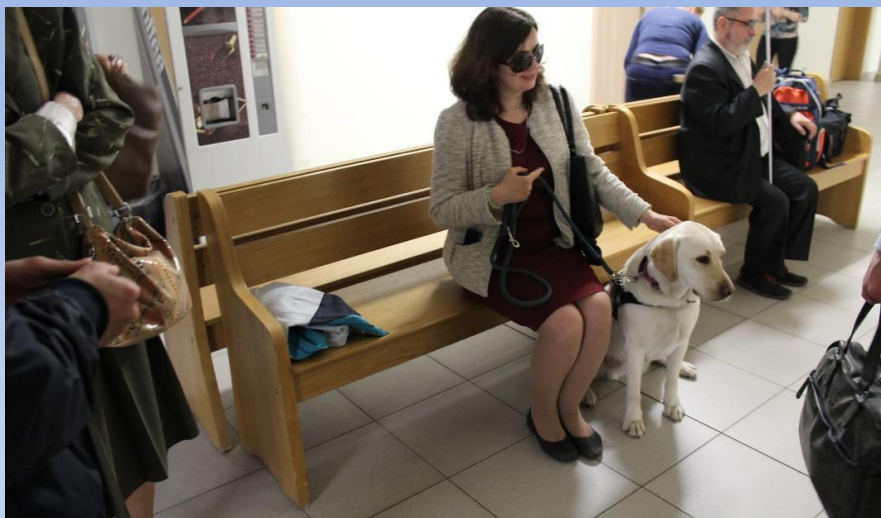


Sapataria em Tarnobrzeg

- Mulheres com carrinhos de bebé?
- Pessoas numa cadeira de rodas?
- Sanção: 50 EUR
- Polónia: proibição geral - sanção até 1200 EUR - artigo 138º do Código de Contraordenações
- Artigo 138º. invalidado pelo Tribunal Constitucional - acórdão de 26.06.2019

Acesso negado à Clínica Oftalmológica- Proteção?

Acórdão do Tribunal Regional em Kraków do 31.7.2017 r. I C
2080/16/P



Proibição de discriminação

- Discriminação direta
- Discriminação indireta
- Assédio
- Assédio sexual
- Instruções para discriminar
- requisitos mínimos (art. 7º : 2004/113; art. 6º : 2000/43)
- a legislação nacional pode proporcionar maior proteção
- não é possível reduzir o nível de proteção atual

Proibição de discriminação

Discriminação direta (alínea a) do artigo 2)

- Incluindo gravidez e maternidade (nº 1, alínea a), do artigo 4º)
- São permitidas disposições mais favoráveis em matéria de proteção durante a gravidez e a maternidade (n.º 2 do artigo 4.º)
- Em relação a um elemento de comparação: em comparação com", "
- Discriminação indireta (**alínea b) do artigo 2º**)
- Critério neutro: Aparecimento de discriminação oculta
- Objetivo legítimo, adequação, requisito para a função de demarcação

Discriminação Indireta - problemas

- mulheres, tradicionalmente sobrecarregadas com a educação dos filhos e com as tarefas domésticas, estão em desvantagem em relação aos homens.
- ausência ou inadequação de estruturas de acolhimento de crianças que afetam principalmente as mulheres
- acessibilidade - mulheres grávidas ou com carrinhos de bebê
- estereótipos raciais/étnicos (processo *Feryn* C-54/07)

Justificação

- A diferença de tratamento é justificada por um **objetivo legítimo** e quando os meios para atingir esse objetivo são adequados e necessários.
- **Ação positiva** - medidas específicas para prevenir ou compensar desvantagens relacionadas com o sexo

Justificação legítima

Exemplos (considerando 16, preâmbulo):

- proteção das vítimas de violência relacionada com o sexo (*por exemplo, centro de acolhimentos*)
- motivos de privacidade e decência
- promoção da igualdade dos sexos ou dos interesses de homens ou mulheres
- liberdade de associação (*por exemplo, clubes privados*)
- organização de atividades desportivas (*por exemplo, ginásios*)

Justificação legítima - problemas

Discrepância de preços para o mesmo serviço

- diferentes preços de entrada no sector do lazer (entrada em bares, clubes, em; locais de lazer, eventos desportivos)
- preços diferentes para cabeleireiros

Artigo 5º (2004/113) : fatores atuariais

- **Artigo 5º. 1):** *Os Estados-Membros devem assegurar que, em todos os novos contratos celebrados, o mais tardar, depois de 21 de Dezembro de 2007, a consideração do sexo enquanto fator de cálculo dos prémios e das prestações para efeitos de seguros e outros serviços financeiros não resulte, para os segurados, numa diferenciação dos prémios e prestações.*
- **Derrogação – Artigo 5º. 2):** *Sem prejuízo do n.º1, os Estados-Membros podem decidir, antes de 21 de Dezembro de 2007, permitir diferenciações proporcionadas nos prémios e benefícios individuais sempre que a consideração do sexo seja um fator determinante na avaliação de risco com base em dados atuariais e estatísticos relevantes e rigorosos. Os Estados-Membros em questão devem informar a Comissão e garantir que sejam recolhidos, publicados e regularmente atualizados dados rigorosos relevantes para a consideração do sexo como fator atuarial determinante. Esses Estados-Membros devem rever a sua decisão cinco anos depois de 21 de Dezembro de 2007, tendo em conta o relatório da Comissão mencionado no artigo 16.o, e enviar à Comissão os resultados dessa revisão.*

Test-Achats processo C-236/09

- No domínio dos **prémios e benefícios individuais**, o TJUE decidiu (1.3.2011) que o artigo 5 (2) da **Diretiva do Género é inválido**:
- “Artigo 5º (2) Diretiva 2004/113 que aplica o princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no acesso a bens e serviços e seu fornecimento é inválido com efeitos **a partir de 21 de Dezembro de 2012**”.
- incompatibilidade com os artigos 21º e 23º da Carta

Proibição de discriminação

v. outros direitos e liberdades

- proteção da vida privada e familiar
 - liberdade de atividade económica
 - liberdade de contratação
 - liberdade de religião (considerando 3, preâmbulo)
 - liberdade de consciência (objeção de consciência)
- também protegida pelos Tratados/CFREU



Jack Phillips, Lakewood, Colorado, Masterpiece Cakeshop”- David Mullins e Charlie Craig

Colorado Civil Rights Commission claim

Tribunal de recurso acórdão 13.8.2015 r., 2015 COA 115 (*Masterpiece Cakeshop v. Colorado CRC*)

Supremo Tribunal de Justiça acórdão 4.6.2018 r.

Discriminação v. Liberdade de expressão

www.rpo.gov.pl

Texto integral do acórdão do Supremo Tribunal. :
<https://www.theguardian.com/law/2018/jun/04/gay-cake-ruling-supreme-court-same-sex-wedding-colorado-baker-decision-latest>

**Protecção jurídica eficaz -
instrumentos**

- inversão do ónus da prova
- sanções e vias de recurso
- compensação ou reparação real e efetiva
- ação positiva
- representação por entidades jurídicas
- diálogo com as partes interessadas relevantes
- protecção contra a vitimização
- apoio institucional

Luta contra a discriminação - deveres dos Estados-Membros

I. Proteção contra a discriminação – SANÇÕES

- carácter punitivo

II. Prestar assistência às vítimas – VIAS DE RECURSO

- carácter reparador (indenização, reparação)

I. Alegações semelhantes (nacionais e da UE) devem ser igualmente protegidos; teste de eficácia e equivalência

Ideia de sanções

Não existe um sistema jurídico baseado unicamente no poder moral das normas. As sanções e recursos devem existir para fazer cumprir a lei.

Mesmo que a legislação antidiscriminação seja moralmente poderosa (dignidade!), as sanções têm de sair. Agir legalmente é, portanto, mais interessante do que violar normas/discriminação.

Objetivo geral das sanções e recursos no direito da UE

- **Aplicação do efeito útil do direito comunitário** (*Comissão v. Grécia, processo 66/68, p. 23 "O artigo 5.º exige que os Estados-Membros tomem todas as medidas necessárias para garantir a aplicação e a eficácia do direito comunitário"*)
- **Garantir a coerência da legislação da UE**
- **Proteção dos direitos fundamentais da U**

As sanções e as vias de recurso podem ser consideradas um instrumento de aplicação do direito da UE

As sanções previstas na legislação antidiscriminação da UE devem cumprir critérios :

- estabelecido pela Jurisprudência do TJUE,
 - codificados na legislação da UE:
- Artigo 15.º da Diretiva 2000/43/CE relativa à igualdade racial
- Artigo 17º da Diretiva 2000/78/CE relativa à igualdade no emprego
- Artigo 25º Igualdade de tratamento Diretiva 2006/54 (reformulação)
- Artigo 14º Diretiva 2004/113/CE relativa aos Bens/Serviços

Sanções na legislação antidiscriminação da UE

As Sanções devem ser:

- EFETIVAS e
- DISSUASIVAS e
- PROPORCIONADAS

(Comissão v. Grécia, processo 66/68; von Colson e Kamann, C-14/83)

SANÇÕES EFETIVAS

- as sanções não podem ser meramente simbólicas (ACCEPT, C-81/12) (ACCEPT, C-81/12)
- a legislação não deve estabelecer **limites máximos** (Marshall, C-271/91)
- podem ser aplicadas sanções mesmo que não haja discriminação individual (Firma Feryn, C-54/07): **a declaração pública de um prestador de serviços pode ser considerada discriminação direta**

SANÇÕES DISSUASIVAS

- as sanções devem ter um verdadeiro efeito dissuasor (Decker, C-177/88)
- as sanções podem incluir um elemento de indemnização punitiva para além do prejuízo sofrido (María Auxiliadora Arjona Camacho v Securitas Seguridad España, SA; C-407/14)
- a severidade das sanções deve ser proporcional à gravidade das infrações às quais são aplicadas (ACEITO, processo C-81/12)

SANÇÕES PROPORCIONADAS

- processo von Colson e Kamann (C-14/83):
- **necessidade de equilíbrio** entre a violação da lei, o seu carácter, peso e consequências, montante e tipo de sanção
- a sanção é proporcionada se assegurar uma proteção ótima dos valores legalmente reconhecidos e não causar encargos desnecessários
- as sanções que protegem os interesses públicos e privados não podem sobrepor-se a outros interesses privados
- adequada à situação em causa (Firma Feryn, C-54/07) - no que respeita ao tipo de sanção



This training session is funded under the 'Rights, Equality and Citizenship Programme 2014-2020' of the European Commission.

Tipo de sanções

- multa
- a constatação da existência de discriminação por parte de um tribunal ou de uma autoridade pública competente, com um nível de publicidade adequado
- ações inibitórias
- atribuição de uma indemnização ao órgão jurisdicional de recurso (Firma Feryn, C-54/07)

Vias de recurso na legislação antidiscriminação da UE

Carta Fundamental dos Direitos Fundamentais da UE

Artigo 47º:

Toda a pessoa cujos direitos e liberdades garantidos pelo direito da União tenham sido violados tem **direito a uma ação perante um tribunal** nos termos previstos no presente artigo.

Vias de recurso na legislação antidiscriminação da UE

Artigo 17.º da Diretiva-Quadro 2000/78/CE

Artigo 15.º da Diretiva 2000/43/CE (Diretiva Raça)

Artigo 14.º da Diretiva 2004/113/CE (Diretiva Bens/Serviços)

Artigo 25.º da Diretiva reformulada 2006/54/CE

Obrigações dos Estados-Membros de estabelecerem um sistema eficaz de vias de recurso legais

Vias de recurso na legislação antidiscriminação da UE

Meios de recurso e aplicação do direito quando este é violado

- recursos interpostos pelos juízes
- *Efeito útil* (Frankovich e Bonifaci C-6/90 e C-9/90)
- teste de equivalência
- aplicação do direito comunitário

Quadro jurídico nacional

- Indemnização por danos materiais e imateriais
- Sanções (por exemplo, sanção administrativa)
- Medidas persuasivas (por exemplo, recomendações)
- Restituição de situações não discriminatórias
- Publicação de uma decisão ou sentença relativa a uma ação discriminatória

Como calcular a indemnização ?

Fatores a considerar:

- o estatuto do autor da infração (privado/público, pessoa singular/ coletiva)
 - gravidade e frequência dos atos discriminatórios
 - situação financeira do autor do crime
 - extensão da discriminação (discriminação múltipla)
- **COMPARAR – artigo 83º nº2 do QGPD**

O papel do Órgão/orgãos nacionais para a igualdade

Artigo 12º. (2004/113), Artigo 13º. (2000/43)

Os Estados-Membros devem designar um ou mais órgãos para a **promoção, a análise, o acompanhamento e o apoio da igualdade de tratamento entre todas as pessoas, sem qualquer discriminação** (...) Esses órgãos podem ser parte integrante de instâncias responsáveis, à escala nacional, pela defesa dos direitos humanos, pela salvaguarda dos direitos individuais ou pela aplicação do princípio da igualdade de tratamento.

O papel do Órgão/orgãos nacionais para a igualdade

Artigo 12º. (2004/113), Artigo 13º. (2000/43)

2. Os Estados-Membros devem assegurar que nas **funções** dos órgãos referidos no nº1-, se incluam os seguintes aspetos:

(a) sem prejuízo dos direitos das vítimas e das associações, organizações ou outras entidades jurídicas referidas, **proporcionar assistência independente às vítimas de discriminação** nas diligências que efetuarem contra essa discriminação;

(b) Realizar **inquéritos independentes** sobre a discriminação;

(c) Publicar **relatórios independentes** e formular **recomendações** sobre qualquer questão relacionada com essa discriminação.

Recomendação sobre Normas para Órgãos de Igualdade

- **Recomendação sobre as Normas para Órgãos de Igualdade, Junho de 2018** : https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/combating-discrimination/tackling-discrimination/network-experts-field-anti-discrimination_en
- **ECRI: Recomendação de Política Geral n.º 2 revista sobre Órgãos de Igualdade para combater o racismo e a intolerância a nível nacional, dezembro de 2017** : <https://hudoc.ecri.coe.int/eng#%7B%22ECRIIdentifier%22:%7B%22REC-02rev-2018-006-ENG%22%7D>
- **Documento de trabalho da Equinet sobre o Desenvolvimento de Normas para os Mecanismos que promovem a igualdade, novembro de 2016** : <http://equineteurope.org/2016/11/04/equinet-working-paper-on-developing-standards-for-equality-bodies/>

Obrigado!

Mirośław Wróblewski

mail: mirekwroblewski@tlen.pl

@MiroWroblewski