

O PRINCÍPIO DA IGUALDADE NO COMENTÁRIO AO ACÓRDÃO C-149/2010 PROFERIDO PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA NO CASO ZOI CHATZI CONTRA YPOURGOS OIKONOMIKON (GRÉCIA)

Francielle Vieira Oliveira

Mestre em Filosofia e mestranda em Direitos Humanos

francielle.vieira@gmail.com

O presente artigo faz uma análise do acórdão C-149/2010 do Tribunal de Justiça da União Europeia, com o intuito de questionar o princípio da igualdade. Trata-se do pedido de uma funcionária pública da Grécia a uma segunda licença parental em razão do segundo filho gémeo no Tribunal Administrativo de Recurso de Tessalónica. Em razão de dúvidas quanto à interpretação a dar ao caso, o Tribunal Administrativo reenviou a matéria ao Tribunal de Justiça da União Europeia, o qual decidiu, à luz do princípio da igualdade, que tendo em vista que aos pais de gémeos é exigido um esforço particular para cuidar e educar os seus filhos, uma duração sensivelmente mais longa do que a duração mínima prevista e uma certa flexibilidade para gozarem a licença poderiam ser a saída para permitir uma melhor absorção do acréscimo de tarefas. Assim, concluímos que o princípio da igualdade comporta certas desigualdades, porém com o devido cuidado de não se fazer discriminações.

Palavras-chave: Licença parental. Gémeos. Princípio da Igualdade.

Trata o presente acórdão sobre um interessante caso envolvendo a questão da licença parental em razão de gémeos, ou seja, sobre a possibilidade de extensão do período de afastamento do trabalho pelo número de filhos nascidos.

A ação administrativa inicial foi proposta pela Sr.^a Zoi Chatzi, funcionária da repartição de finanças n.º1 de Tessalónica (Grécia), contra o Ypourgos Oikonomikon (Ministério das Finanças), depois de ter seu pedido administrativo, de gozar uma licença parental suplementar pelo facto de ter tido gémeos, negado.

A Sr.^a Zoi Chatzi teve dois gémeos em 21 de Maio de 2007 e foi-lhe concedida, a seu pedido, uma licença parental remunerada de nove meses a partir de 20 de Setembro de 2007. Em 30 de Janeiro de 2009 pediu uma segunda licença parental remunerada de igual período da anterior, devido ao segundo filho gémeo. Tal pedido foi negado pelo diretor de sua repartição.

Inconformada, a Sr.^a Zoi Chatzi interpôs um recurso para o Dioikitiko Efeteio Thessalonikis (Tribunal Administrativo de Recurso de Tessalónica). O Tribunal

Administrativo de Recurso de Tessalónica salientou que o *Symvoulio tis Epikrateias* (Conselho do Estado) se pronunciou no sentido de que a gravidez múltipla de uma funcionária não dá origem a um número de licenças parentais igual ao número de filhos nascidos. No entanto, restou ao Tribunal Administrativo de Recurso de Tessalónica dúvidas quanto à interpretação a dar à Diretiva 96/34 à luz da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, que se tornou vinculativa com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, em 1 de Dezembro de 2009. Nestas circunstâncias, o Tribunal Administrativo de Recurso de Tessalónica decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais, em resumo.

Preliminarmente foi suscitada a competência do Tribunal de Justiça para interpretar o acordo-quadro. O Tribunal de Justiça, todavia, justificou a sua competência pelo art. 267.º TFUE (Tratado de Funcionamento da União Europeia)¹.

Ainda em sede preliminar foi questionada se a Diretiva 96/34 e o acordo-quadro aplicavam-se a funcionários públicos. Pois ora bem, como resulta do próprio dispositivo constante da cláusula 1, n.º2, do acordo-quadro, o seu âmbito de aplicação é concebido de forma ampla ao referir-se a ‘todos os trabalhadores’, sem operar qualquer distinção quanto à natureza pública ou privada do empregador. Ademais, já havia sido declarado anteriormente pelo Tribunal de Justiça que “o princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres, incluído nas disposições sociais do Tratado, tem um alcance geral e se aplica às relações de trabalho do sector público”².

¹ Artigo 267.º: O Tribunal de Justiça da União Europeia é competente para decidir, a título prejudicial:

a) Sobre a interpretação dos Tratados;

b) Sobre a validade e a interpretação dos atos adotados pelas instituições, órgãos ou organismos da União.

Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada perante qualquer órgão jurisdicional de um dos Estados-Membros, esse órgão pode, se considerar que uma decisão sobre essa questão é necessária ao julgamento da causa, pedir ao Tribunal que sobre ela se pronuncie.

Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada em processo pendente perante um órgão jurisdicional nacional cujas decisões não sejam suscetíveis de recurso judicial previsto no direito interno, esse órgão é obrigado a submeter a questão ao Tribunal.

Se uma questão desta natureza for suscitada em processo pendente perante um órgão jurisdicional nacional relativamente a uma pessoa que se encontre detida, o Tribunal pronunciar-se-á com a maior brevidade possível.

Disponível em: «<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0047:0200:pt:PDF>» Acesso em 11 de Fevereiro de 2011.

² Acórdão C-149/2010-TJUE. *Zoi Chatzi vs. Ypourgos Oikonomikon (Grécia)*. Disponível em: «<http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=pt&newform=newform&jurcdj=jurcdj&docj=docj&docnoj=docnoj&typeord=ALL&affclose=affclose&numaff=&ddatefs=&mdatefs=&ydatefs=&ddatefe=&mdatefe=&ydatefe=&nomusuel=&domaine=>

Sendo assim, o Tribunal de Justiça declarou-se competente para analisar o caso, bem como ficou esclarecido que a Diretiva 96/34 e o acordo quadro podiam ser aplicados à funcionária pública Sr.^a Zoi Chatzi.

No mérito, basicamente, concentrou-se a discussão em duas perguntas:

1) Pode considerar-se que a cláusula 2, n.º1 do acordo-quadro³, interpretada à luz do artigo 24.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, institui um direito à licença parental de que são titulares os filhos, de modo que conceder uma única licença parental no caso do nascimento de gémeos viola o art. 21.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia?

A primeira questão diz respeito à titularidade do direito à licença parental, se é dada aos filhos ou aos pais. A cláusula 2, n.º1 do acordo-quadro dispõe o seguinte:

Cláusula 2. O presente acordo é aplicável a todos os trabalhadores, de ambos os sexos, com um contrato ou uma relação de trabalho definidos na legislação, nas convenções coletivas ou nas práticas vigentes em cada Estado-Membro. **N.º 1.** Por força do presente acordo, e sob reserva do n.º2 da presente cláusula, é concedido aos trabalhadores de ambos os sexos um direito individual à licença parental, com fundamento no nascimento ou na adoção de um filho, para dele poderem cuidar durante pelo menos três meses até uma determinada idade, que poderá ir até aos oito anos de idade, a definir pelos Estados-Membros e/ou pelos parceiros sociais (grifo nosso).

Percebe-se que o dispositivo de lei é claro quanto à titularidade do direito à licença parental, pois ela é concedida aos pais trabalhadores quando do nascimento ou adoção de um filho. Nesse sentido foi também a interpretação do Tribunal de Justiça:

“Com efeito, a cláusula 2, n.º1, do acordo-quadro dispõe expressamente que o direito individual a uma licença parental é concedido «aos trabalhadores de ambos os sexos». Igualmente, no que se refere ao âmbito de aplicação do acordo-quadro, a cláusula 1, n.º2, deste acordo precisa que o mesmo se aplica «a todos os trabalhadores, de ambos os sexos, com um contrato ou uma relação de trabalho». Resulta claramente desta formulação que os beneficiários do direito à licença parental são os pais, na sua qualidade de trabalhadores, e apenas eles”⁴.

Quanto aos mencionados artigo 24.º e artigo 21.º da Carta, temos o seguinte:

Artigo 24.º: Direitos das crianças - 1. As crianças têm direito à proteção e aos cuidados necessários ao seu bem-estar. Podem exprimir livremente a sua

[&mots=direito+ao+desenvolvimento&resmax=100&Submit=Pesquisar](#)» Acesso em 21 de Fevereiro de 2011.

³ “O acordo-quadro implementado pela Diretiva 96/34 representa um compromisso da UNICE, do CEEP e das CES para aplicar prescrições mínimas sobre a licença parental e as faltas ao trabalho por motivo de força maior, enquanto meio importante de conciliar a vida profissional e a vida familiar e de promover a igualdade de oportunidades e de tratamento entre homens e mulheres”. Loc. Cit. 21 de Fevereiro de 2011.

⁴ Loc. Cit. 21 de Fevereiro de 2011.

opinião, que será tomada em consideração nos assuntos que lhes digam respeito, em função da sua idade e maturidade. 2. Todos os atos relativos às crianças, quer praticados por entidades públicas, quer por instituições privadas, terão primacialmente em conta o interesse superior da criança. 3. Todas as crianças têm o direito de manter regularmente relações pessoais e contactos diretos com ambos os progenitores, exceto se isso for contrário aos seus interesses⁵.

Artigo 21.º: 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. 2. No âmbito de aplicação do Tratado que institui a Comunidade Europeia e do Tratado da União Europeia, e sem prejuízo das disposições especiais destes Tratados, é proibida toda a discriminação em razão da nacionalidade⁶.

Em análise aos dois artigos, temos que no primeiro é direito assente das crianças terem proteção e cuidado, bem como contacto direto com os seus progenitores. Esse direito, no entanto, não contraria a cláusula 2, n.º 1 do acordo-quadro, bem como não lhe dá interpretação diversa, no sentido de conferir aos filhos a titularidade do direito a licença parental. Esse direito é dirigido aos pais e somente a eles, conforme também se pronunciou nessa linha o Tribunal de Justiça:

[...] “consta do título III da Carta, intitulado «Igualdade», que os filhos têm direito à proteção e aos cuidados necessários ao seu bem-estar. Todavia, esse direito à proteção e aos cuidados não implicam necessariamente o reconhecimento a favor dos filhos de um direito individual à obtenção de uma licença parental por parte dos seus pais. Basta que esse direito seja conferido aos pais. É a eles que incumbe, simultaneamente, o direito e o dever de educar os seus filhos, podendo, a esse título, decidir qual a melhor maneira de assegurarem as suas responsabilidades parentais, optando por recorrer ou não a uma licença parental”⁷.

No que se refere à interpretação dada ao art. 21.º da Carta, se a titularidade do direito à licença parental é dada aos pais e não aos filhos, então não há que se falar em múltiplas licenças, pois esse direito não é dado aos filhos. Logo, conceder uma única licença parental no caso de nascimento de gémeos não fere o dispositivo acima citado de proibição da discriminação. Não se faz qualquer discriminação em relação aos filhos porque o direito de licença parental não é dirigido a eles e sim aos seus pais, a quem incumbe o dever de cuidado e proteção.

Sanada a primeira pergunta, foi questionado, posteriormente, o que segue:

⁵Disponível em:

«<http://www.fd.uc.pt/CI/CEE/pm/Tratados/Nice/Carta%20Direitos%20Fundamentais.htm>». Acesso em 23 de Fevereiro de 2011.

⁶ Loc. Cit. 23 de Fevereiro de 2011.

⁷ Loc. Cit. 21 de Fevereiro de 2011.

2) Em sendo negativa a primeira questão, o termo ‘nascimento’ constante da cláusula 2, n.º1 do acordo-quadro deve ser interpretado no sentido de que os progenitores têm um duplo direito de gozar a licença parental com base no facto de a gravidez de gémeos terminar com dois partos sucessivos, ou no sentido de que a licença parental só é concedida pelo simples facto de ocorrer um nascimento independentemente do número de filhos que tenham dado à luz, não havendo, neste caso, violação do princípio da igualdade perante a lei garantida pelo artigo 20.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

A resposta da primeira pergunta foi negativa, ou seja, a titularidade do direito à licença parental não é dos filhos e sim dos pais. Assim, a segunda pergunta torna-se suscetível de também ser respondida, senão vejamos. Partindo do princípio, então, de que a titularidade do direito à licença parental é dirigida aos pais, em caso de nascimento de gémeos, seria possível lhes ser concedido um duplo direito de gozar dessa licença? Haveria ou não violação do artigo 20.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, em caso negativo?

Para fundamentar a resposta a essas perguntas, o Tribunal de Justiça ateve-se inicialmente à literalidade do dispositivo constante da cláusula 2, n.º1 do acordo-quadro e também do disposto no artigo 33, n.º2 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia⁸.

De acordo com a cláusula 2, n.º1 do acordo-quadro, os trabalhadores, independentemente do sexo, têm direito cada um à licença parental, com fundamento no nascimento ou na adoção de um filho, para dele poderem cuidar por um tempo mínimo. No mesmo sentido, o artigo 33, n.º 2 da Carta prevê que todas as pessoas têm direito a uma licença parental pelo nascimento ou adoção de um filho.

O Tribunal de Justiça lança mão, neste momento, de uma interpretação dada pelos Governos cipriota e do Reino Unido, apoiada no acórdão de 14 de Abril de 2005, Comissão/Luxemburgo (C-519/03, Colect., p. I-3067, n.º 47), de que a utilização do singular da palavra «nascimento» de «um filho» sugere que o trabalhador tem direito a uma licença parental distinta por cada filho.

⁸ Artigo 33: Vida familiar e vida profissional, n.º 2. A fim de poderem conciliar a vida familiar e a vida profissional, todas as pessoas têm direito a proteção contra o despedimento por motivos ligados à maternidade, bem como a uma licença por maternidade paga e a uma licença parental pelo nascimento ou adoção de um filho. Loc. Cit. 23 de Fevereiro de 2011.

Ocorre que na ocasião do pronunciamento do Tribunal de Justiça no acórdão acima citado, estava em questão não a quantidade de licenças em razão do nascimento de filhos, mas, sim, se naquele caso o direito à licença parental estava ligado à data de nascimento da criança, ou seja, se seria necessário que o nascimento da criança tivesse ocorrido posteriormente à entrada em vigor da Diretiva 96/34 para que fosse garantido aos pais o direito à licença parental.

A questão, assim, pairava ainda eivada de dúvidas. A busca por uma solução baseada na literalidade dos dispositivos de leis não se fundamentava em bases sólidas.

Buscando, então, um esclarecimento para o caso, o Tribunal de Justiça entendeu que o emprego do singular na cláusula 2, n.º1, do acordo-quadro não tinha um valor numérico, apenas designava o conjunto de filhos enquanto categoria de pessoas que podem conferir ao direito à licença parental.

Ademais, a interpretação cipriota e do Reino Unido foi contestada pelos Governos grego, checo, alemão, estónio e polaco, para os quais, no caso de filho gémeos, os pais devem responder imediata e simultaneamente as suas necessidades, não se justificando, portanto, a duplicação da licença parental.

É notório, no entanto, que o esforço empreendido pelos progenitores no cuidado de gémeos é maior do que aquele empregado apenas a um filho. Contudo, conforme observaram os Governos grego, checo, alemão, estónio e polaco, o acréscimo de encargo que os pais de gémeos têm de defrontar é de ordem quantitativa e que o esforço não é prolongado no tempo, uma vez que os gémeos, em princípio, atravessam ao mesmo tempo as mesmas fases de desenvolvimento.

Sendo assim, a duplicação da duração da licença parental não se afigura a medida mais adequada para facilitar a articulação da vida familiar com a vida profissional dos pais de gémeos.

Isto posto, conclui-se que, em face do disposto no acordo-quadro, em caso de nascimento de gémeos, não é reconhecido automaticamente um direito a um número de licenças parentais igual ao número de filhos nascidos.

Todavia, isso não significa que não seja necessário analisar a situação dos pais de gémeos do ponto de vista do princípio da igualdade de tratamento.

O artigo 20.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, intitulado Igualdade perante a lei, dispõe que: “todas as pessoas são iguais perante a lei”⁹.

O respeito ao princípio da igualdade é o norte da bússola para as decisões do Tribunal de Justiça. Assim, é preciso definir um parâmetro de igualdade que não se prenda somente à compreensão e à interpretação de dispositivos de lei. A hermenêutica jurídica é bem mais complexa e exige uma reflexão profunda sobre cada caso posto em análise.

Nesse diapasão, o Tribunal de Justiça utilizou o critério dedutivo, bem como partiu do princípio de justiça aristotélico que consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, para encontrar uma solução para o caso presente. Assim, o Tribunal de Justiça considerou inicialmente que os pais de gémeos enfrentavam uma situação parecida com a dos pais que tinham filhos com pequena diferença de idade. O parâmetro escolhido foi então a ‘pequena diferença de idade’. Raciocinando dessa maneira, os pais de gémeos deveriam se beneficiar de uma licença parental para cada filho.

Tal critério eleito, porém, não permitia perceber claramente qual grupo de pessoas com as quais os pais de gémeos poderiam ser comparados, pois baseava-se num elemento dificilmente quantificável, ou seja, a ‘pequena diferença de idades’.

Logo, os pais de gémeos encontravam-se numa situação desigual e por isso era necessário encontrar uma forma desigual para se operar o princípio da igualdade, com o escopo de se alcançar a justiça.

De acordo com o Tribunal de Justiça, as cláusulas 1, n.º1 e 2, n.º1 do acordo-quadro apenas enunciam as prescrições mínimas, sendo facultado aos Estados-membros determinar as condições de acesso e as modalidades da licença parental. O legislador nacional dispõe, portanto, de uma vasta margem de manobra na definição de licença parental aplicável aos pais de gémeos, podendo eles se beneficiarem de um tratamento conforme as suas necessidades especiais.

O Tribunal de Justiça considerou, assim, que tendo em vista que aos pais de gémeos é exigido um esforço particular para cuidar e educar os seus filhos, uma duração sensivelmente mais longa do que a duração mínima prevista no acordo-quadro e uma certa flexibilidade para gozarem a licença poderiam ser a saída para permitir uma melhor absorção do acréscimo de tarefas. Poder-se-ia também conceber e adotar outras medidas para atender às necessidades especiais dos pais de gémeos, tais como uma ajuda material,

⁹ Loc. Cit. 23 de Fevereiro de 2011.

sob a forma, por exemplo, do direito de acesso a estruturas de acolhimento da infância, ou uma ajuda financeira. Assim, cabe ao Tribunal nacional verificar se a regulamentação nacional responde a essa exigência e, sendo esse o caso, dar-lhe na medida do possível uma interpretação conforme o direito da União.

A decisão final do Tribunal de Justiça foi então de que a cláusula 2, n.º1, do acordo-quadro não pode ser interpretada no sentido de que confere ao filho um direito individual à licença parental; que a cláusula 2, n.º1 do acordo quadro não deve ser interpretada no sentido de que o nascimento de gémeos dá direito a um número de licenças parentais igual ao número de filhos nascidos, porém, em razão do princípio da igualdade de tratamento, cabe ao legislador nacional assegurar aos pais de gémeos um tratamento que tenha devidamente em conta as suas necessidades particulares e cabe ao tribunal nacional verificar se a regulamentação nacional responde a essa exigência e, sendo esse o caso, dar-lhe uma interpretação conforme o direito da União.

A conclusão do Tribunal de Justiça foi dada de maneira precisa e prática. A resposta à primeira pergunta, que se referia à titularidade do direito à licença parental, encontrou na legislação, qual seja a Diretiva 96/34, a sua resposta. A segunda, no entanto, exigiu uma reflexão maior, sendo necessário invocar o princípio da igualdade de tratamento para sua solução.

O princípio da igualdade, todavia, nem sempre tem uma direção linear, e comporta, por vezes, algumas desigualdades para dar tratamento justo a determinado caso. Nesse, em particular, os pais de gémeos foram diferenciados dentro de uma categoria, para que lhes fosse possível vislumbrar um direito à licença parental de maneira mais flexível e de acordo com as suas necessidades.

Se a decisão do Tribunal de Justiça fosse diversa, de modo a não conceder aos pais de gémeos um tratamento diferenciado no gozo à licença parental, o princípio de igualdade de tratamento não teria sido bem empregado. Ante desigualdades, impõe-se tratamentos desiguais.

Realmente o caso de pais de gémeos é bem particular e não se compara a situações de pais de filhos com pequena diferença de idade. Conceder dupla licença aos pais de gémeos não se justifica como a que se concede aos pais de filhos com pequena diferença de idade. A solução mais justa e eficiente se funda talvez numa extensão do período de gozo da licença.

Não se poderia tratar os pais de gémeos meramente como outros pais, porém não seria adequado conceder uma licença em dobro, pois a situação não exige tamanho alargamento temporal de gozo de um direito que tem a simples finalidade de permitir aos pais dar aos seus filhos a proteção e os cuidados indispensáveis.

Apenas a título exemplificativo, a legislação portuguesa, neste sentido, já dispõe de uma licença estendida aos pais de gémeos, no artigo n.º 35 da Lei 99/2003 de 27 de Agosto¹⁰. No caso de nascimentos múltiplos, o período de licença parental inicial é acrescido de 30 dias por cada gémeo além do primeiro.

Pelo artigo de lei citado acima, o legislador português encontrou um meio-termo para garantir aos pais de gémeos o direito de gozar a licença parental de modo a atender as necessidades tanto dos pais, quanto dos gémeos. Resulta, portanto, de uma alternativa adequada para dar cabo ao problema encontrado na situação de pais de gémeos.

Os princípios da igualdade, razoabilidade e proporcionalidade devem sempre estar presentes nas decisões de Tribunais, como aconteceu no caso em análise, pois as leis vigentes nunca conseguirão responder a diversidade das mudanças e necessidades sociais e políticas. Estamos num constante devir e os legisladores não podem atender em tempo instantâneo as demandas do dia-a-dia. Daí a responsabilidade dos magistrados de aplicar o Direito, fazendo uso dos princípios basilares. Mas os princípios não são como as leis de eficácia plena, necessitam de um lavouro minucioso para que possam ser interpretados e aplicados adequadamente ao caso concreto.

Assim, ao trabalhar o princípio da igualdade, poder-se-ia indagar se realmente é possível um tratamento desigual sob o princípio da igualdade. De fato, no caso em questão, um tratamento desigual quanto aos pais de gémeos se fez necessário, pois não poderiam pertencer a mesma categoria dos outros pais com um único filho ou com filhos de idades diferentes. Está-se diante de um caso específico e a mesma regra não pode ser aplicada igualmente a todos se dentro desses ‘todos’ alguns são diferentes e precisam de tratamento diferente. A desigualdade torna-se tão evidente que a resposta à questão anterior acaba por ter de ser positiva: sim, é possível tratamento desigual sob o princípio da igualdade, senão vejamos.

De acordo com Joaquim B. Barbosa Gomes:

¹⁰ Código do Trabalho. Disponível em: <http://www.ces.uc.pt/aigaion/attachments/IL992003.pdf-c2846199ee256822985e217519882f68.pdf>. Acesso em 26 de Fevereiro de 2011.

A noção de igualdade, como categoria jurídica de primeira grandeza, teve sua emergência como princípio jurídico incontornável nos documentos constitucionais promulgados imediatamente após as revoluções do final do século XVIII. Com efeito, foi a partir das experiências revolucionárias pioneiras dos EUA e da França que se edificou o conceito de igualdade perante a lei, uma construção jurídico-formal segundo a qual a lei, genérica e abstrata, deve ser igual para todos, sem qualquer distinção ou privilégio, devendo o aplicador fazê-la incidir de forma neutra sobre as situações jurídicas concretas e sobre os conflitos inter-individuais¹¹.

Prossegue o autor dizendo que:

Concebida para o fim específico de abolir os privilégios típicos do *ancien régime* e para dar cabo às distinções e discriminações baseadas na linhagem, no *rang*, na rígida e imutável hierarquização social por classes (*classement par ordre*), essa clássica concepção de igualdade jurídica, meramente formal, firmou-se como ideia chave do constitucionalismo que floresceu no século XIX e prosseguiu sua trajetória triunfante por boa parte do século XX¹².

E, arremata esclarecendo que, por definição,

o princípio da igualdade perante a lei consistiria na simples criação de um espaço neutro, onde as virtudes e as capacidades dos indivíduos livremente se poderiam desenvolver; os privilégios, em sentido inverso, representavam nesta perspectiva a criação pelo homem de espaços e de zonas delimitadas, suscetíveis de criarem desigualdades artificiais e, nessa medida, intoleráveis. Em suma, segundo esse conceito de igualdade que veio a dar sustentação jurídica ao Estado liberal burguês, a lei deve ser igual para todos, sem distinções de qualquer espécie¹³.

A despeito da posição tomada pelo autor citado acima, o conceito de igualdade ultrapassa o simples limite da estipulação de regras jurídicas. Não se pode apenas editar normas proclamando a igualdade como um princípio a ser alcançado quando, na realidade, os fatos que podem gerar a exclusão de determinadas categorias estão radicados na essência da própria cultura de nossa sociedade. Portanto, a existência de diversos diplomas normativos proclamando a igualdade, por si só, é insuficiente para a dissolução da desigualdade.

A simples igualdade formal não traz, em hipótese alguma, a efetiva igualdade substancial, ou seja, a igualdade no ‘mundo real’, como assevera Fernando Basto Ferraz:

Entre ambas, há uma enorme diferença. (...) O conceito de igualdade material ou substancial recomenda ‘que se levem na devida conta as desigualdades concretas existentes na sociedade, devendo as situações ser tratadas de maneira

¹¹ GOMES, Joaquim B. Barbosa. *O debate constitucional sobre as ações afirmativas*. Disponível em: <http://www.lpp-uerj.net/olped/documentos/ppcor/0049.pdf>. Acesso em 26 de Janeiro de 2011.

¹² Ibidem. 26 de Janeiro de 2011.

¹³ Ibidem. 26 de Janeiro de 2011.

dessemelhante, evitando-se assim o aprofundamento e a perpetuação de desigualdades engendradas pela própria sociedade¹⁴.

E, mais uma vez, utilizando-se dos ensinamentos de Joaquim B. Barbosa Gomes,

Como produto do Estado Social de Direito, a igualdade substancial ou material propugna redobrada atenção por parte do legislador e dos aplicadores do Direito à variedade das situações individuais e de grupo, de modo a impedir que o dogma liberal da igualdade formal impeça ou dificulte a proteção e a defesa dos interesses das pessoas socialmente fragilizadas e desfavorecidas¹⁵.

O que se percebe, portanto, é que se deve buscar a igualdade através das desigualdades. Deve-se, de acordo com o célebre brocardo jurídico, já mencionado, ‘tratar os iguais de maneira igual e os desiguais de maneira desigual, na exata medida de suas desigualdades’, para que o princípio da igualdade seja efetivado. Em verdade, como ressalta Boaventura de Souza Santos:

temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza desigualdades¹⁶.

E, para que isto venha a se concretizar, é preciso ter em mente que a desigualdade não é universal e homogênea, mas dinâmica e contínua, porque percorre os vários aspetos sociais em que se situam os diferentes grupos coletivos de pessoas, em função de uma maior ou menor intensidade de opressão. Também não se pode deixar de lado o fato de que a desigualdade é uma categoria quantitativa, e não meramente qualitativa, já que, invariavelmente, as categorias não sofrem a mesma desigualdade, uma vez que certos grupos, por exemplo, menos favorecidos, sofrem muito mais com a desigualdade, se comparados com outros grupos da mesma classe, porém, com maiores condições de conquistarem os bens materiais e imateriais necessários para uma vida digna.

Outro problema que surge é a tentativa de transformar em sinónimos, pelo menos no campo jurídico, as palavras ‘desigualdade’ e ‘discriminação’, quando, na

¹⁴ FERRAZ, Fernando Basto. *Princípio constitucional da igualdade*. São Paulo, Revista LTR 69-10, 2005, p.1199.

¹⁵ Ibidem. 26 de Janeiro de 2011.

¹⁶ SANTOS, Boaventura de Souza *apud* PIOVESAN, Flávia. *Ações afirmativas no Brasil: Desafios e Perspetivas*. Disponível em: <http://aulavirtual.upo.es:8900/webct/urw/lc102116011.tp0/cobaltMainFrame.dowebct>. Acesso em 26 de Fevereiro de 2011.

realidade, não o são. A discriminação é conforme definição de Firmino Alves Lima “distinção desfavorável fundada em determinado motivo, desprovida de razoabilidade e racionalidade e, portanto, antijurídica”¹⁷. E prossegue o mesmo autor dizendo que,

[...] a distinção viola o tratamento igualitário, pois deixa de tratar esses entes com a devida obrigação de igualdade, quando os distingue. Essa distinção pode ocorrer de duas formas, seja no trato de iguais de forma desigual, seja no trato igual de pessoas ou grupos desiguais¹⁸.

Em outras palavras: a ausência de tratamento desigual para os desiguais ou a ausência da própria desigualdade é que pode acarretar a presença da discriminação, e não o contrário, como poderia se imaginar.

A discriminação estará presente quando, no campo do mundo fático, busca-se tratar os iguais de maneira desigual e os desiguais de forma igualitária, pouco importando, neste caso, qual será o elemento discriminador. Na realidade, haverá discriminação e, portanto, violação ao princípio da igualdade, todas as vezes que a utilização de um elemento discriminador mostrar-se abusiva, desnecessária, irreal. Porém, em outras situações, a utilização do mesmo *discrimen*, diante de certa situação concreta, poderá não se configurar em discriminação. Podemos dizer, então, que, se no passado a igualdade meramente formal foi um instrumento ideológico que serviu para ocultar a diferença existente entre os povos, na atualidade, a igualdade material ou substancial deve ser concretizada através da adoção de políticas que passam da mera enunciação do princípio da igualdade perante as leis para o campo da efetivação da igualdade entre todos.

Por tudo o que foi exposto, parece estar evidente que o princípio da igualdade de tratamento comporta certas desigualdades para se operar com justiça. Portanto, há que se ter sempre em mente que as desigualdades se farão necessárias em casos específicos e desiguais, como o caso apresentado da mãe de gémeos, porém, com o devido cuidado de não se fazer discriminações. O princípio da igualdade comporta desigualdades, mas não discriminações.

¹⁷ LIMA, Firmino Alves. *O princípio da proibição de discriminação no Direito Brasileiro*. Disponível em: <http://aulavirtual.upo.es:8900/webct/urw/lc102116011.tp0/cobaltMainFrame.dowebct>. Acesso em 26 de Fevereiro de 2011.

¹⁸ Ibidem. 26 de Fevereiro de 2011.

**A COMMENT ABOUT THE EQUALITY PRINCIPLE IN THE C-149/2010
JUDGMENT OF THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION IN
THE CASE ZOI CHATZI AGAINST YPOURGOS OIKONOMIKON (GREECE)**

ABSTRACT: This article makes an analysis of the C-149/2010 judgment of the Court of Justice of the European Union, in order to question the equality principle. It's about a request done by a Greece's public official to a second parental leave because of her second twin son at the Administrative Court of Appeal of Tessaloniki. As there were doubts concerning the case, the Administrative Court remanded the matter to the Court of Justice of the European Union, which decided, according to the equality principle, that as it's required a particular effort to twin's parents to take care and educate their children, a sensible longer time and more flexibility to enjoy the leave would be the best solution to absorb the bigger amount of tasks they get. Thus, we conclude the equality principle entails certain inequalities, but it does not admit discriminations.

Keywords: Parental leave. Twins. Equality principle.

REFERÊNCIAS

Acórdão C-149/2010 do TJUE. *Zoi Chatzi vs. Ypourgos Oikonomikon –Grécia (2010)*. Acedido em 21 de Fevereiro, 2011, de <<http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=pt&newform=newform&jurcdj=jurcdj&docj=docj&docnoj=docnoj&typeord=ALL&affclose=affclose&numaff=&ddatefs=&mdatefs=&ydatefs=&ddatefe=&mdatefe=&ydatefe=&nomusuel=&domaine=&mots=direito+ao+desenvolvimento&resmax=100&Submit=Pesquisar>>

Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (2011). Acedido em 23 de Fevereiro, 2011, de <<http://www.fd.uc.pt/CI/CEE/pm/Tratados/Nice/Carta%20Direitos%20Fundamentais.htm>>

Código do Trabalho Português (2011). Acedido em 26 de Fevereiro, 2011, de <http://www.ces.uc.pt/aigaion/attachments/IL992003.pdf-c2846199ee256822985e217519882f68.pdf>.

Ferraz, Fernando Basto (2005). *Princípio constitucional da igualdade*. São Paulo, Revista LTR 69-10, p.1199.

Gomes, Joaquim B. Barbosa (2011). *O debate constitucional sobre as ações afirmativas*. Acedido em 26 de Janeiro, 2011, de <http://www.lpp-uerj.net/olped/documentos/ppcor/0049.pdf>

Lima, Firmino Alves (2011). *O princípio da proibição de discriminação no Direito Brasileiro*. Acedido em 26 de Fevereiro, 2011, de <http://aulavirtual.upo.es:8900/webct/urw/lc102116011.tp0/cobaltMainFrame.dowebct>.

Piovesan, Flávia (2011). *Ações afirmativas no Brasil: Desafios e Perspetivas*. Acedido em 23 de Fevereiro, 2011, de <http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/ttce.p6t1.html>